

др Зорица Мршевић,

научни сарадник Института за криминолошка и социолошка истраживања

ОБАВЕЗНА ОДБРАНА У СР НЕМАЧКОЈ, ДР НЕМАЧКОЈ И АУСТРИЈИ

1. Уводне напомене

Кривичнопроцесни институти обавезне одбране у кривичним поступцима ових трију земаља немачког језичког подручја показују одређене сличности чије постојање оправдава њихово излагање на једном месту. Пре свега, ради се о уочљивој заједничкој карактеристици, доминантном присуству тзв. апсолутног система наступања обавезне одбране у сва три кривична поступка.

Под апсолутним системом обавезне одредбе подразумевамо њено такво законско регулисање да не постоји воља која ту обавезност може отклонити или модификовати ма у ком њеном аспект. Другим речима, поједине категорије према којима важи обавезна одбрана, таксативно су набројане, исто као и процесне ситуације у којима долази до примене института обавезне одбране, услови услед којих до ње долази као и процесни тренуци наступања обавезности и њеног трајања. Ни окривљени, а ни поједини државни органи, субјекти кривичног поступка не могу да утичу на тако законски конципирану обавезност, која наступа без обзира на то жели ли је окривљени или не, сматра ли, нпр., суд да је она у конкретном случају заиста неопходна или не. Тиме се са једне стране, искључује могућност арбитрерног тумачења прописа кроз дискреционо право доношења одлука на основу процене ситуације што би умањило суштинске одлике института обавезне одбране и омогућава се механичка примена у свим подударним процесним ситуацијама. Са друге стране, искључује се могућност окривљеног да својом вољом укине обавезност стручне одбране, мислећи да ће се сам најбоље бранити, јер се сматра да су ситуације у којима је предвиђена обавезна одбрана такве да за окривљеног представљају тзв. ситуације повишеног процесног ризика (дакле више од оног који кривични поступак иначе представља за лице у улози окривљеног).

Релативан систем наступања обавезности постоји онда када окривљеним може својом вољом да укине законски предвиђену обавезност одбране, или супротно, да захтевањем стручног браниоца створи обавезу државних органа, субјеката кривичног поступка да му је обезбеде. Постоји у кривичним поступцима СССР-а, САД-а, Мађарске, Француске и др., али ни тамо где се јавља нема главну улогу, тј. не „покрива” већину

случајева обавезне одбране, већ се јавља у појединим, специфичним процесним ситуацијама. У кривичним поступцима СР Немачке, ДР Немачке и Аустрије уопште није заступљен, ни у најмањем обиму, тј. нема га ни у једном случају, што је следећа карактеристика ових кривичних поступака.

Оно што та три кривична поступка по питању института обавезне одбране још карактерише, осим доминантне присутности апсолутног регулисања обавезне одбране уз потпуно одсуство релативног система, је сте присуство тзв. индиректне обавезности. Тај трећи систем наступања обавезности стручне одбране постоји онда када обавезна одбрана то постаје по оцени појединих државних органа, субјеката кривичног поступка, тј. када они сматрају да је окривљеном неопходна стручна одбрана. У поступцима о којима је реч, индиректна обавезност има корективни, допунски карактер и функционише у малом броју граничних случајева, које не би било рационално нити целисходно регулисати апсолутном обавезношћу одбране. Тиме се кривични поступци СР Немачке, ДР Немачке и Аустрије разликују од нпр. англосаксонског кривичног поступка у коме је индиректан систем наступања обавезне одбране, доминантан, тј. све је препуштено надлежном судском органу да ценећи „потребе окривљеног“ или његову „немогућност да се самостално брани“ као и „интересе праведног поступка“ одреди обавезност одбране.

Сличан однос појединих система наступања обавезне одбране, тј. доминантно присуство апсолутне обавезности, уз допунско индиректно наступање обавезне одбране уз потпуно одсуство релативне обавезности, заступљен је и у југословенском кривичном поступку, што је вероватно проузроковано историјским утицајем немачке теорије и законодавства на поједине наше крајеве. А то је уједно и разлог више да се тим кривичним поступцима посвети пажња.

2. Историјске основе

Када се помињу сличности функционисања института обавезне одбране у поменути три кривична поступка, треба рећи да оно има своју историјску основу. Од значаја уопште за институт обавезне одбране је историјска чињеница да су земље немачког језичког подручја прве земље које су у постинквизиторском периоду увеле институт обавезне одбране. Наиме, одмах по увођењу права окривљеног на стручног браниоца ишло је и признање (обавезе) права да га у, за њега посебно компликованим процесним ситуацијама, увек има. Интересантно је да се управо на прелазу инквизиторског у савремени поступак, може уочити појава обавезности стручне одбране, коју иначе, чисти акузаторски поступци не познају. Наиме, у античком Риму као и средњовековим поступцима, дешавало се, као спорадична појава, да се окривљеном на његов захтев али и без њега, постави неко треће лице да га брани у појединим случајевима отежане личне одбране, због младости, физичке или психичке хендикепираности окривљеног, или тежине кривичног дела које му се ставља на терет. Обавезати окривљеног да користи нешто што је његово право, страно је чистим акузаторским поступцима, и представља, мада то звучи парадоксално, решење у духу инквизиторског начина третирања ок-

ривљеног, комбиновано са продирањем савременог третмана личности у кривичном поступку.

Први пут обавезна одбрана се јавља у пруском кривичном закону (*Criminal Ordnung*) из 1805. г. где се искључује могућност окривљеног да се одрекне стручне одбране када је оптужбом терећен за кривично дело забрањено казном робије (тј. казном у казнионици-*Zuchthaus*) од 10 година, одредбама § 436. Нешто касније, 1834. г. у *Württembergu* слична одредба обухвата све окривљене оптужене за кривично дело за које им се може изрећи казна робије ма у ком трајању. Међутим, пуно право на стручну одбрану дошло је тек укидањем последњих остатака инквизиторског поступка, до кога је у Пруској дошло законима од 3. I 1848. г. и 5. V 1852. г. Обавезна одбрана је била за окривљене оптужене за кривична дела из надлежности тз. царског суда (*Reichsgericht*), поротног суда (*Schwurgericht*), затим за дела из надлежности земаљског суда ако је окривљени глумонем, ако је дело злочинство, без обзира пред којим судом му се суди, али само под условом да окривљени тражи браниоца, и коначно, ако је предложено да се оптужени пошаље на посматрање у болницу за умоболне (1).

У Аустрији је после револуционарних догађаја 1848. г. дошло до стварања новог кривичнопроцесног законодавства, којим је укинута инквизиторски поступак и између осталог уведено право на стручну одбрану Законом о кривичном поступку од 15. јануара 1850. г. Иако се овај закон као превише либералан није одржао, јер је 25. маја 1873. г. донет нови Закон који је уређивао кривични поступак конзервативније од свог претходника, одбрана је ипак задржала своје место као право окривљеног које је важило после подизања оптужнице.

Одмах са том могућношћу окривљеног да има стручну одбрану у аустријском кривичном поступку су прецизирани и случајеви када је она обавезна. То су били следећи случајеви: 1) сви окривљени за кривична дела из надлежности поротног суда, али само за главни претрес, као и другостепену, касациону инстанцу (§ 41. ст. 2. и § 347); 2) поступак који се води против одсутног окривљеног (§ 421), захтевао је обавезну одбрану; 3) у поступку пред преким судом (*Standgericht*), § 440 предвиђао је обавезну стручну одбрану. Непоштовање одредаба о обавезној одбрани имало је за последицу поништавање целог кривичног поступка сходно одредбама § 344. ст 2 (2).

Разлози за постојање обавезне одредбе у деветнаестом веку били су формулисани као заштита друштвених интереса који су велики и знатни управо у поменутих случајевима обавезне одбране. Наиме, што је теже кривично дело, то је строжа прописана казна, и према томе, постоји већи интерес друштва да се спречи проширење власти, а нарочито да се спречи ограничавање индивидуалних слобода загарантованих правом које у кривичном поступку не смеју да се наруше (3). Дакле, циљ који се хтео постићи увођењем института обавезне одбране, према речима Фридмана (4) никако није била индивидуална корист окривљеног, јер такву бесмислицу, да се неко законом присиљава на своју корист никако не би

(1) Frydmann Marcell, *Systematisches Handbuch der Verteidigung im Strafverfahren*, Wien 1878, стр. 134.

(2) Frydmann, *op. cit.*, стр. 131.

(3) Frydmann, *op. cit.*, стр. 129.

(4) Frydmann, *op. cit.*, стр. 129.

требало импутирати законодавцу. Дакле, улога стручног браниоца уопште (а не само када је била у питању обавезна стручна одбрана), није се схватала као заштита права окривљеног, него се подвлачило да он испуњава свега један велики друштвени задатак, да је он један важан чинилац правног живота и заједничке правне сигурности у првом реду, а тек у другом плану саветник и бранилац угроженог појединца у улози окривљеног (5).

3. Обавезна одбрана у СР Немачкој

(а) Одређивање услова за наступање обавезности одбране

Случајеви обавезне одбране се у чл. 140. ст 1. набрајају таксативно кроз одређивање седам категорија окривљених, носилаца (права) обавезе на обавезну стручну одбрану, а затим се у другом ставу истог члана одређује као додатни и критеријум оцењивања конкретне ситуације као такве да је у њој неопходна стручна одбрана.

Тежина кривичног дела која се јавља као критеријум постојања обавезности одбране, одређује се системом навођења судске надлежности и именовањем врсте друштвено негативних радњи за које се води кривични поступак: 1) када се главни претрес прве инстанце води пред Савезним судом или Вишим земаљским судом — чл. 140. ст 1. тач. 1. и 2) ако се окривљеном ставља на терет преступ. Сложеност процесне ситуације присутна је: 3) ако поступак који се води може довести у установу за негу или до забране вршења позива; 4) ако се окривљени налазио најмање три месеца због ове или неке друге ствари у истражном затвору или је из њега премештен на основу службене одредбе у установу за негу и лечење или је пуштен на слободу али не више од две недеље пре почетка главног претреса из истражног затвора или установе за негу и лечење; 5) ако је у поступку о коме је реч његово смештање у отворену установу за негу и лечење ради прибављања документације о његовом социјалном стању; 6) ако је окривљени одсутан из кривичног поступка.

Од особина личности које смо окарактерисали као неке индикаторе његове личне хендикепираности које му отежавају комуникацију са самим тим и одбрану у кривичном поступку, предвиђена је, 7) немоћ и глувоћа.

Осим тих седам набројаних категорија окривљених у различитим личним и процесним ситуацијама којима се мора обезбедити бранилац, чл. 140. ст. 2. предвиђа да је одбрана обавезна и у свим другим случајевима када председавајући оцени да је одбрана обавезна с обзиром на тежину кривичног дела, тежину чињеничног и правног стања или ако је очигледно да се окривљени не може бранити сам. Тада се одређује обавезни бранилац на захтев било окривљеног, било на иницијативу председавајућег, али у сваком случају, таква одбрана је по доношењу оцене о њеној неопходности, обавезна. „Тежина дела”, како се наводи (6) оцењује се узимањем у обзир особина личности одбране окривљеног у односу на очекивану врсту и висину санкције. „Тежина чињеничног стања” пос-

(5) Frydmann, *op. cit.*, стр. 81.

(6) Kleinknecht Theodor, *Strafprozessordnung, München 1970*, стр. 370—372.

тоји како се на истом месту наводи, код тежине доказивања одговорности окривљеног, постојања онога што се назива тешким доказима, односно индицијама, или ако се доказивање врши вештачењем. Сложеност процесне ситуације се цени, рецимо, и с обзиром на постојање чињенице да је окривљени наглув или није потпуно глув, или ако остали саокривљени имају стручну одбрану што онда њихов положај битно побољшава у односу на положај оног окривљеног који се брани сам, и сл. Ако се те околности измене током поступка, а чије је првобитно постојање навело председника већа да конкретну процесну ситуацију сматра сложеном у тој мери да је неопходна стручна одбрана, онда долази до повлачења стручног браниоца.

(б) Постављање обавезног браниоца (надлежност и време)

Браниоца поставља председник већа надлежног за вођење главног претреса у односној кривичној ствари. Присуство браниоца на главном претресу у свим наведеним случајевима постојања обавезне одбране уопште није спорно, али, такође, није спорна ни чињеница да у принципу, у претходном поступку заправо стручној одбрани нема места (7).

У свим случајевима постојања обавезне одбране из чл. 140. ст. 1. и 2. окривљеном који нема браниоца поставља му се вршилац обавезне одбране по службеној дужности, да би му „разјаснио оптужницу“ а то значи тек после њеног подизања. У случају да се потреба за обавезном одбраном појави касније, дакле пошто је оптужница већ подигнута, а који се моменат узима иначе, као редовни процесни тренутак наступања обавезности одбране, до постављања браниоца долази одмах. Изузетно, до постављања браниоца може да дође и раније. Најранија могућност постављања браниоца као вршиоца обавезне одбране је у случају када постоје законом одређени услови за постојање обавезне одбране у претходном поступку, али по завршетку истраге, тј. за време судске истраге коју воде судија и иследник. После закључивања тзв. тужилачке истраге, државни тужилац поставља захтев за постављање обавезног браниоца после завршеног саслушавања у том делу поступка, ако је према његовом мишљењу одбрана неопходна с обзиром на постојање услова из чл. 140. ст. 1. Закључак истраге се у овом случају саопштава окривљеном тек после постављања браниоца.

Захтев државног тужиоца у погледу постављања обавезног браниоца у претходном поступку обавезан је за председника већа и то не само у случајевима када се захтев базира на обавезности одбране из чл. 140. ст. 1, већ и у случају предвиђеном чл. 140. ст. 2, како сматра Kleinknecht (8), јер саопштавање закључака истраге, државно тужилаштво одлаже све док се бранилац не постави у оба случаја поменутог законског прописа.

Ако се потреба за браниоцем јави и раније, дакле, током тужилачке истраге, и тужилац постави такав захтев на основу своје процене (или га постави сам окривљени) пре завршетка истраге, он не обавезује председавајућег да постави браниоца, као што је случај са постављањем тужи-

(7) Roxin Claus & Kern Eduard, *Stafverfahrensrecht*, München 1969, стр. 74.

(8) Kleinknecht, *op. cit.*, стр. 373—375.

лачког захтева у периоду закључивања истраге Председник већа је у таквом случају слободан да захтев реши позитивно или негативно.

У редовном поступку надлежан за постављање браниоца у случају постојања обавезне одбране када окривљени нема браниоца је председник већа који, такође, одлучује и о личности браниоца.

(ц) Вршилац функције обавезне одбране

Законски је предвиђен нешто ужи круг лица која могу да врше обавезну одбрану у односу на категорије које могу да врше факултативну стручну одбрану у кривичном поступку. Као потенцијални вршиоци обавезне одбране јављају се, пре свих, адвокати регистровани у целој Савезној Републици Немачкој за одбрану у кривичним стварима (не важи, дакле, принцип локалне ограничености). Једини изузетак постоји када су у питању адвокати регистровани пред Савезним судом, јер њих могу позвати, осим тога суда, само Виши земаљски судови и Савезни Уставни суд. Одбрану, затим, може да врши професор права на немачким високошколским установама, као и техничким вишим школама, као и лица у звању доцента универзитета. Под одређеним условима, одбрану могу да врше и судски приправници-референдари, под условом да су положили стручни испит, да су запослени у правосудју најмање 15 месеци, као и да нису приправници при већу, функционално надлежном за расправљање конкретне кривичне ствари, тј. да им председавајући тога већа није ментор.

У кривичном поступку постоји, такође, могућност да стручну одбрану врше тзв. „друга лица“ која предвиђају одредбе чл. 138. ст. 2. Ст ПО, али које ту функцију могу вршити само уз сагласност суда. Они могу, иначе, да буду правни заступници, инострани правни заступници, затим лица која се баве пословима пореза и сл. Та сагласност се током поступка може дати и прећутно, тј. непротивљењем суда да такво лице предузима одређене радње у поступку. Један од услова за постојање те дозволе, изричите или прећутне је да између окривљеног и таквог браниоца постоји успостављен тзв. однос „посебног поверења“. Неопходно је да такво лице буде квалификовани стручњак за конкретан случај одбране (9).

Када је у питању вршење обавезне одбране постављањем браниоца по службеној дужности, предвиђено је да такав бранилац, кога постави суд може да буде изабран само из реда адвоката који стоје на располагању председавајућем. Иако он овом одредбом (чл. 142. ст. 1) заправо није обавезан на листи локалних адвоката, њен упућујући карактер делује сужавајуће, односно ограничавајуће када су у питању остали адвокати изван седишта суда.

Приправници који су положили правосудни испит и запослени су у правосудју најмање петнаест месеци (али опет не код надлежног већа) не могу да врше одбрану која је обавезна у неким случајевима. Ради се о ситуацијама када је претрес у првој инстанци заказан пред Савезним судом, затим ако поступак који се води може да доведе до смештања

(9) Kleinknecht, *op. cit.*, стр. 363.

окривљеног у установу за лечење и негу ради прибављања документације о његовом социјалном стању (то су случајеви обавезне одбране предвиђени чл. 140. ст. 1. тач. 1, 3. и 6.) и у свим случајевима када је обавезна одбрана предвиђена чл. 140. ст. 2.

Као носиоци обавезне одбране јављају се, дакле, адвокати и приправници под одређеним условима а не помињу се (бар када је у питању постављање браниоца по службеној дужности) категорије професора и доцената универзитета као и других лица.

(д) Делатност обавезног браниоца у кривичном поступку

Постављени адвокат је по закону дужан да прихвати одбрану. Председник већа надлежан за постављење, избор врши по слободном уверењу водећи рачуна о специфичностима случаја и специјализацији адвоката. Дакле, ради се не о неком обичном нахођењу, већ процени целе ситуације у конкретном случају. Такође, овај избор се не врши механички, по редоследу или по систему случајног избора, већ се настоји да постављени бранилац буде такав да би могао да стекне поверење окривљеног, без чега се одбрана не сматра ефикасном.

Одбрана се уопште, у кривичном поступку сматра „поверљивом мисијом” (10) која претпоставља постојање поверења у дејство пуномоћника, тј. вршиоца функције одбране. Како се окривљеном у случају постављања обавезног браниоца не даје могућност утицања на избор конкретне личности, закон одређује да се о томе води рачуна кад се поставља бранилац по службеној дужности, јер суштина обавезне одбране није у самом физичком присуству браниоца у поступку, већ у ефективном вршењу те кривичнопроцесне функције.

Иначе, постојање поверења теорија сматра одлучујућим фактором ефикасности и квалитета одбране, тако да се као права форма реализовања тога поверења сматра слободан избор браниоца (11). А како те слободе нема код постављеног браниоца, то се таква одбрана не сматра максималном и предлажу се нова решења у виду увођења могућности избора и у овој области. Наиме, Welp наводи (12) да ако је тачно да је однос поверења између браниоца и окривљеног критеријум ефикасности и квалитета одбране, ако изабрани бранилац важи као бранилац који испуњава тај важан захтев за поверењем, онда постоји само једно решење проблема које задовољава захтев за успостављање стварне социјалне једнакости у кривичном поступку, а то је омогућавање окривљеном да утиче на избор постављањем вршиоца обавезне одбране у кривичном поступку.

Али, не треба испустити из вида да је постављени бранилац по службеној дужности само један од начина обезбеђења обавезне одбране, јер окривљени може и самостално да изабере браниоца по сопственом нахођењу, када не долази до именовања по службеној дужности (13). Постављени бранилац се повлачи ако се изабере други бранилац. Не каже

(10) Welp Jürgen, *Die Verteidiger als Anwalt des Vertrauens Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, New York, De Gruyter, 1978, № 1, стр. 101.

(11) Welp, *op. cit.*, стр. 101—105.

(12) Welp, *op. cit.*, стр. 112.

(13) Kleinknecht, *op. cit.*, стр. 367—370.

се изричито ко врши избор у том случају, али је јасно да избор који поништава постављање по службеној дужности долази од стране окривљеног или председавајућег већа надлежног иначе за постављање и разрешавање браниоца по службеној дужности. Да би тај избор довео до повлачења раније постављеног браниоца, потребно је да је новоизабрани бранилац прихватио вршење те дужности, да је добио сагласност суда као и да избор није извршен у „невреме“ (14).

Окривљеном који се не налази на слободи омогућено је комуницирање са својим браниоцем (чл. 148). Ти контакти су дозвољени без обзира да ли се ради о постављеном или изабраном браниоцу. Контакт је могућ писмено и усмено и не може га ограничити суд или неки други орган кривичног прогона. Са становишта окривљеног, ти контакти су право, односно могућност коју може али не мора да реализује, али када је у питању бранилац, комуницирање са притвореним клијентом је обавеза (15). Размена писмених порука се не сме контролисати у погледу садржине. Евентуална контрола се односи само на то да ли се према спољним обележјима стварно ради о размени писмених порука са браниоцем. Окривљени лишен слободе може неограничено и неконтролисано да се дописује са својим браниоцем.

Код усменог контакта бранилац мора поштовати кућни ред установе у којој је његов клијент лишен слободе у погледу избора времена за посету. Иначе, окривљени има право на онолико времена за разговор колико му је потребно. Те контакте бранилац може да користи искључиво ради одбране. Лишени слободе нема право да користи телефон установе у којој је затворен. Када се контакт остварује у тој установи, нема основа да захтева да буде насамо са својим браниоцем.

(е) Трајање обавезне одбране

Време трајања обавезне одбране у кривичном поступку исто је као и време трајања одбране изабраног браниоца. Наиме, њихова овлашћења трају до окончања поступка правноснажном одлуком, укључујући и евентуално обнављање, до окончања тог обновљеног поступка. Обавезност одбране се гаси смрћу окривљеног, јер се тиме окончава и сам поступак.

Обавезност одбране не престаје, али престаје овлашћење за вршење обавезне одбране конкретном браниоцу у случају постојања једног процесног института специфичног за немачко право, искључење браниоца. Без обзира да ли је постављен или изабран, бранилац може да буде искључен из поступка одлуком суда, при чему се предвиђа у случају да се разрешење таквог браниоца обавеза врши против воље окривљеног, то захтева тзв. „добру основу“. Савесни Уставни суд предвиђа уопштено да те добре основе треба наћи увек када постоје околности које озбиљно угрожавају сврху постављања обавезног браниоца, затим обезбеђење „одговарајућег“ браниоца окривљеном и обезбеђење тока поступка сходно околностима (16). Судови врше разрешење обавезног браниоца ако не испуњава своје обавезе, чак и ако је окривљени задовољан таквом одбра-

(14) Kleinknecht, *op. cit.*, стр. 378—380.

(15) Kleinknecht, *op. cit.*, стр. 378—380.

(16) Roxin & Kern, *op. cit.*, стр. 73; Kleinknecht, *op. cit.*, стр. 357.

ном, јер обавезна одбрана као процесни институт није предвиђена да првенствено служи у корист окривљеног већ у корист правилног одвијања поступка.

Бранилац ће бити искључен ако постоји основана сумња да је учествовао у вршењу кривичног дела које је предмет расправљања у конкретном поступку, затим ако одбрану врши по улутствима неког трећег тако да у конкретном случају та пристрасност иде на штету окривљеном, затим у случају тзв. издаје поступка, и ако постоји колизија интереса са окривљеним кога брани (17). Kleinknecht, такође, наводи (18) да је и помагање у извршењу кривичног дела довољан разлог за искључење, а не само саизвршилаштво. Разлог за искључење је, такође, и противзаконито помагање у одбрани, под чиме се подразумевају активности као што је уклањање трагова, конструисање лажног алибија, наговарање сведока на лажно сведочење и сл. Одређени политички став браниоца, међутим, не може да буде основ за искључење чак и у политичким процесима, и онда када се бранилац солидарише са идејама окривљеног — свога браћеника, тј. када постоји ситуација да окривљени има исти политички став као и његов бранилац. Бранилац се, такође, искључује када је позван у поступак као сведок.

Од питања искључења браниоца треба разликовати питање одузимања речи у случају нпр. његово излагање нема никакве везе са предметом одбране. Такође, треба разликовати и евентуална удаљавања због непослушности и непристојности, мада има мишљења да се због тих разлога бранилац не би смео искључити, јер је он поред суда и државног тужиоца равноправни процесни учесник.

(ф) Новине у процесном законодавству

У први план је ступила брига за ефикасност кривичног прогона чему је све више погодовао и став јавног мњења у коме је превладао страх од експанзије неконтролисаног насиља охрабреног наводно недовољно енергичним супротстављањем власти (19). Уопште речено, нове тенденције су погодовале проширивању могућности државних органа да интервенишу у кривичном поступку, при чему је у теорију, такође, продрло двосмислено формулисано уверење, да је одбрана у кривичном поступку право унутар поступка а не никако право против поступка (20).

У првом пакету закона од децембра 1974. г. налазимо одредбе које ограничавају број бранилаца који могу да бране једног оптуженог на три, олакшавају искључење браниоца из кривичног поступка, забрањују заједничку одбрану више оптужених и омогућавају ширење могућности одржавања главног претреса у одсуству окривљеног.

18. августа 1976. г. донете су нове допуне процесних одредаба од којих помињемо могућност да се у случају сумње у припадност терористичком удружењу допусти истражни затвор без решења о затварању, уве-

(17) Kleinknecht, *op. cit.*, стр. 357.

(18) Roxin & Kern, *op. cit.*, стр. 73—74.

(19) Müller-Dietz Heinz, *Die Stellung des Beschuldigten im Strafprozess, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, New York, De Gruyter, 1981, № 4. стр. 1187—1188; Roxin & Kern, *op. cit.*, стр. 75.

(20) Gössel Karl-Heinz, *Die Stellung des Verteidigers im Rechtsstaatlichen Strafverfahren, Zeitschrift* ... 1/80 стр. 30.

дена је контрола преписке са браниоцем, такође само ако постоји сумња у ту припадност, а искључење браниоца је проширено и на случај постојања саме сумње у његову повезаност са криминалном делатношћу окривљеног.

10. децембра 1977. г. донет је Закон о забрани контаката који омогућава потпуну изолацију затвореника од спољњег света док је у истражном затвору, па према томе и забрану сваког контактирања са браниоцем у року трајања од 14 дана и то по одлуци министра правосудја, дакле, без судске одлуке. Ове одлуке фактички су примењиване и пре званичног ступања овог закона на снагу у случају истраге у вези с отмицом Ханса Мартина Шлајера.

14. априла 1978. г. перфекционирано је искључење браниоца које се тако свело готово на право нахођења органа који води поступак, и то не само када се поступак води због кривичних дела тероризма, него и шире; даље прописано је као обавеза, уградња херметичких баријера без којих је усмени контакт између браниоца и притвореног окривљеног постао немогућ. Такође су знатно проширена овлашћења државног тужиоца и полиције при спровођењу контроле на улицама, приликом претреса целих стамбених блокова са могућношћу хапшења сведока и задржавања ради утврђивања идентитета трећих лица која ни у чему нису учествовала (21), што је посредно омогућило малтретирање адвоката и њихових службеника у канцеларијама или на улици.

4. Обавезна одбрана у Немачкој Демократској Републици (22)

Апсолутна обавезност одбране у Немачкој ДР одређена је за малолетне окривљене, током целог кривичног поступка за сва кривична дела, зато што се сматра да је њима без прекида потребна његова потпора и саветовање. Што се тиче пунолетних лица, обавезна одбрана је решена на апсолутан и индиректан начин који су предвиђени законским одредбама. Као специфичност овог поступка треба поменути и један случај апсолутно обавезне одбране која се базира на одлуци Врховног суда ге земље.

Обавезна одбрана је одређена по критеријуму судске надлежности, што је, у ствари, критеријум сложености кривичне ствари која је предмет поступка, на тај начин што постоји обавеза суда да постави браниоца свим окривљеним лицима која га немају у поступку прве и друге инстанце пред окружним судовима, и прве и друге инстанце у поступку пред Врховним судом. Окривљени у тим случајевима не може ни у ком случају да се одрекне стручне одбране, нити да од ње одустане.

Комбиновани критеријум постоји када суд цени компликованост предмета и способност окривљеног, закључујући да овај не може сам успешно да се брани у конкретном случају. Закон не наводи таксативно све такве случајеве, него само неке, остављајући суду да у тим или њима сличним случајевима процени да ли је окривљеном неопходна стручна

(21) Söllner Alfons: *Jürgen Hebermeis и критичка теорија савремене државе — покушај историјско-научног систематизовања* (превод објављен на Трећем Програму Радио-Београда током новембра 1983. г.) стр. 7 рукописа.

(22) Група аутора, *Strafverfahrensrecht-Lehrbuch*, Staatsverlag der DDR, Berlin, 1977. стр. 118—126.

одбрана. Закон наводи као упућујуће неке случајеве када окривљени има психичке и физичке недостатке, нпр., када је глув, нем или слеп или не зна језик на коме се води поступак. Ако у таквом случају окривљени нема браниоца, поставља му га суд по службеној дужности. Међутим, у сваком случају се осим личности окривљеног цени и сложеност предмета, тако да до обавезности одбране долази ако се подударе сложеност предмета и смањена способност окривљеног да се сам брани. Овде имамо случај тзв. индиректне обавезности, тј. када она наступа по одлуци надлежног правосудног органа који такву одлуку доноси, ценећи сваку конкретну ситуацију.

Осим тог случаја индиректне обавезности, тај начин наступања стручне одбране предвиђен је и независно од сложености предмета када се оптуженом на главном претресу другостепеног суда поставља бранилац. То је специфичан случај када је оптужени лишен слободе а његово лично присуство се на том претресу законом не предвиђа као неопходно (тј. закон га не наређује) а орган који води поступак цени да није неопходно. Овај случај обавезне одбране чије би разлоге окарактерисали као процесне природе, представља гаранцију окривљенима да ће њихова права бити правично и правилно штитењена упркос њиховом одсуству. Треба, међутим, нагласити, да овај случај не личи на случајеве из упоредно-правних решења који се генерално називају обавезном одбраном одсуственог окривљеног, јер се овде уопште не ради о окривљеном који је недоступан државним органима. Напротив, он им је у рицу, тј. лишен је слободе а одсутан је са конкретног претреса зато што закон његово присуство не прописује као обавезно, а орган цени да претрес може тећи и без окривљеног. Пошто законске одредбе предвиђају да његово присуство може да буде замењено присуством и делатношћу стручног браниоца, имамо прерастање стручне одбране у вид заступништва, јер је бранилац у ситуацији да уместо окривљеног самостално обавља у његово име и за његов рачун процесне радње штитећи његове интересе и права.

Осим тих законом одређених случајева обавезне одбране, у кривичном поступку ДР Немачке постоји и случај који се базира на одлуци Врховног суда те земље, која је донета 22. I 1972. г. Ради се, заправо, о неколико специфичних процесних ситуација у којима по поменутој одлуци постоји обавеза за судећи суд да постави окривљеном браниоца по службеној дужности. У питању су ситуације дуже болести постојећег браниоца, мењања браниоца од стране окривљеног, ангажовања службено постављеног браниоца у неком другом поступку, када се термини главних претреса поклапају, и у случају постојања колизије интереса између више окривљених које брани исти бранилац.

Моменат ступања браниоца у кривични поступак везује се за стизање претреса у суд, дакле обавезност наступа после подизања оптужног акта. Пре тога, током истраге, и окривљени и државни тужилац могу захтевати постављање браниоца од суда ако сматрају да је то неопходно, са тим што одлуку о томе доноси суд. Дакле, само тражење не ствара обавезу за суд. Иначе, одредбе чл. 63. ст. 3. предвиђају да је јавни тужилац обавезан да постави такав предлог у истрази кад год примети недораслост окривљеног кривичном поступку, и тај случај наступања обавезности одбране у истрази по одлуци суда а на захтев неке од странака, такође је један од случајева индиректне обавезности.

Функцију обавезне као и факултативне одбране врши тзв. Правобранилаштво — *Rechtanwaltschaft*, које представља, како се наводи, друштвену установу социјалистичког правосуђа. Приватних адвоката уопште нема. Сматра се да активност браниоца одабраног или постављеног по службеној дужности доприноси ефикасности кривичног поступка са тим што се истицање ауторитета државног органа кривичног правосуђа сматра као моменат који, наводно, стимулише однос поверења између државе и грађана.

Што се тиче права и обавеза браниоца, сматра се да се они подударају, тј. све оно што бранилац има право да учини у кривичном поступку, представља уједно и његову дужност. При томе се, нарочито када је у питању обавезна одбрана, подвлачи његово право-дужност присуствовања главном претресу (чл. 65). Сматра се, такође да бранилац може ефикасно да оствари свој задатак у кривичном поступку само ако му се одобри непосредна веза с окривљеним, односно оптуженим, која служи узајамном информисању, давању савета и подршке окривљеном. Бранилац има право да се дописује са притвореним окривљеним, право увида у акта и право на достављање процесних одлука. Са тим у вези се посебно наглашава да бранилац има не само увид у акта него и обавезу да их брижљиво проучи (чл. 64. ст. 2). То право наступа најкасније након закључивања истраге, дакле, после подизања оптужног акта. Пре тог момента, уколико и постоји обавезна одбрана (случај када суд усвоји захтев јавног тужиоца или окривљеног за постављање браниоца), то право се може ускраћивати ако тако одговара сврхи истраге. При томе се помиње да, и када се браниоцу током истраге дозволи увид у акта, да је то искључиво у интересу ширег расправљања (чл. 123). Са тим у вези постоји одлука Врховног суда НДР од 28. II 1968. г. у којој се, између осталог, наводи да: „... мора се браниоцу дозволити увид у акта и обезбедити разговор са оптуженим, јер он само тако може остварити своје задатке у кривичном поступку”.

Као суштинско право стручног браниоца сматра се право на подношење доказа, као и захтева за извођењем доказа. Са тим у вези је и једно од основних права стручног браниоца без обзира да ли се ради о факултативној или обавезној одбрани, да учествује у судском претресу како главном, тако и у свим другим усменим претресима у процесуирању односне кривичне ствари. Поред завршне речи, као још једно од важних права на главном претресу је и контрола записника.

Против воље окривљеног (изузев малолетног) бранилац не може користити ниједан правни лек. Такође не може ни да повуче ниједан поднет правни лек, без обзира ко га је поднео (дакле, ни сопствени), сем у случају када му окривљени за то изда нарочито писмено овлашћење (чл. 286). На захтев окривљеног, бранилац мора поднети сваки законом допуштени правни лек, иако га можда лично сматра бескорисним са тим што има обавезу да брањеника упозна са могућим исходом.

5. Обавезна одбрана у Аустрији

Основна карактеристика обавезне одбране у аустријском кривичном поступку је да се она поклапа са одбраном сиромашних. Једина разлика је у томе ко сноси трошкове одбране. То је, иначе, доста интересантна

и доста ретка појава у савременим кривичним поступцима, где се сем у погледу субјеката који сnose трошкове одбране, та два кривичнопроцесна института диференцирају и по низу других карактеристика.

Ова појава подударана института обавезне одбране сиромашних са обавезном одбраном нема корене у историји аустријског кривичног поступка, јер се већ у деветнаестом веку, са првим савремено концептираним кривичним поступком јасно диференцирају случајеви једне и друге одбране (23). Али у исто време, дакле у другој половини деветнаестог века, у раздобљу укидања инквизиторског поступка и његовог замењивања савременим, постојала је поменута подударност у неким немачким државама, где се одбрана сиромашних ограничавала на случајеве обавезне одбране комбиноване са сиромаштвом окривљеног, односно његовом материјалном немогућношћу да плати трошкове стручне одбране (погледати код „Историјских основа“).

У савременом аустријском кривичном поступку, одбрана је апсолутно обавезна у следећим случајевима:

- 1) када се оптуженом ставља на терет кривично дело из надлежности судског већа (пар. 428. сл. 8);
- 2) ако му се ставља на терет дело из надлежности поротног суда (пар. 41. ст. 2);
- 3) ако је оптужени одсутан из кривичног поступка (пар. 195. ст. 3);
- 4) ако је окривљени дуже од шест месеци у истражном затвору (пар. 182) (24).

У првом случају обавезне одбране, обавезност наступа са подизањем оптужног акта, тако да бранилац учествује у следећим процесним ситуацијама: подношење приговора против оптужнице, учествовање на главног претресу, учествовање у поступцима по правним лековима уз њихово претходно подношење у корист окривљеног, учествовање на претресу другостепеног суда када се такав претрес одржава без обзира ко је покренуо другостепени поступак.

У случају обавезне одбране за дело из надлежности поротног суда њена обавезност долази до изражаја на главном претресу и у поступцима пред вишим судским инстанцама, по подигнутим правним лековима, док се пре главног претреса јавља само извођење појединих радњи којима окривљени не може да присуствује, јер је у притвору.

Бранилац одсутног окривљеног обавезан је за главни претрес.

Бранилац окривљеног који се налази у истражном затвору дуже од шест месеци, обавезан је од момента навршавања тога рока, без обзира у којој се фази налази кривични поступак, све до правноснажности пресуде.

Индиректна обавезност у аустријском кривичном поступку постоји у случају када бранилац постаје обавезан према одлуци истражног судије још у претходном поступку за извођење доказа, ако постоји оправдана бојазан да је без помоћи браниоца окривљени беспомоћан, а то су иначе процесне радње којима би и изабрани бранилац имао право да присуствује.

У свим наведеним случајевима, ако би трошкови одбране угрожавали издржавање оптуженог и његове породице у смислу задовољавања

(23) Frydmann, *op. cit.*, стр. 134.

(24) Bertel Ch., *Grundriss des österreichischen Strafprozessrechts*, Wien, 1975, стр. 61—62.

потреба једноставног начина живота, оптужени не сноси трошкове за постављање стручног браниоца, који се тада назива браниоцем сиромашних (*Armenverteidiger*). У случају да се не ради о горњој ситуацији, тј. да сношење трошкова за стручног браниоца не угрожава оптуженог и његову породицу на описан начин, а он га упркос упозорењу надлежног органа о обавезности одбране, сам не ангажује, поставиће му га суд по службеној дужности. У том случају бранилац се назива браниоцем по службеној дужности (*Amtsverteidiger*). Трошкове одбране службени бранилац има право да захтева од оптуженог.

Када су у питању малолетни окривљени, ситуација је у смислу по-дударана обавезне одбране и одбране сиромашних идентична као и ка-да се ради о пунолетним окривљенима. За малолетнике одбрана је оба-везна: 1) када су оптужени за кривична дела из надлежности судског већа и 2) када су оптужени за кривична дела из надлежности окруж-ног суда.

У првом случају одбрана је обавезна од прве предузете судске рад-ње па макар се она десила и пре формалног почетка истраге (нпр., саслу-шавањем малолетника у току претходних извиђања), па све до правно-снажности пресуде.

У другом случају одбрана је обавезна само на главном претресу и евентуалном жалбеном поступку. Пре главног претреса обавезност може једино да наступи изузетно, ако је окривљени у притвору, ако му закон-ски заступник не може помоћи у одбрани, или ако постоји бојазан да је без стручног браниоца потпуно беспомоћан.

Ако у поменутим случајевима малолетни окривљени није добио браниоца на неки други начин, добија или браниоца сиромашних (*Armenverteidiger*) ако би трошкови стручног браниоца отежали његов раз-вој и угрозили његово издржавање у смислу потреба вођења једноставног начина живота, а ако то није случај, добија браниоца по службеној дужно-сти (*Amtsverteidiger*).

И када је у питању обавезна одбрана пунолетника као и одбрана малолетних окривљених, важи правило да више саоптужених могу имати заједничког браниоца, било да се ради о изабраном, или браниоцу сиро-машних, односно браниоцу по службеној дужности. Међутим, ако су у конкретним случајевима интереси саокривљених у супротности, о чему суд води рачуна, мора им доделити сваком понаособ посебног браниоца: за оне који немају средстава — браниоца сиромашних, а за оне који има-ју — браниоца по службеној дужности.

Одлуку о постављању браниоца доноси надлежни судски орган ко-ји, такође, води рачуна и о законским условима за постојање обавезне одбране, роковима за њено наступање као и о ком типу одбране се ради у конкретном случају, тј. да ли се ради о постојању потреба и услова за одбрану сиромашних или обавезну одбрану по службеној дужности.

Конкретног адвоката, међутим, не поставља суд, већ је за то над-лежна одговарајућа адвокатска комора.

Бранилац по службеној дужности, односно бранилац сиромашних, разрешавају се дужности ако окривљени изабере приватно другог бра-ниоца или за њега то ураде овлашћена лица. Њихова дужност у случају обавезне одбране малолетних престаје још и ако је у току поступка ма-лолетник навршио 18 година, осим ако истовремено не постоји и неки од случајева обавезне одбране пунолетних.