Врховни суд Србије

БИЛТЕН

СУДСКЕ ПРАКСЕ

бр. 2/2006

Београд

БИЛТЕН СУДСКЕ ПРАКСЕ ВРХОВНОГ СУДА СРБИЈЕ

ПРИРЕЂИВАЧ: **Врховни суд Србије**
За приређивача: Вида Петровић-Шкеро, председник

ИЗДАВАЧ: **Intermex**, Београд, Булевар војводе Мишића 37/II
За издавача: Љиљана Миланковић-Васовић, директор

ГЛАВНИ И ОДГОВОРНИ УРЕДНИК: Драгиша Слијепчевић, судија Врховног суда Србије

У приређивању Билтена учествују судије, саветници и стручни сарадници Врховног суда Србије и других судова, као и други истакнути правници.

РЕДАКЦИЈСКЕ ГРУПЕ

За Кривично право: Новица Пековић, Слободан Газивода, Јанко Лазаревић, Драгомир Милојевић, Драгиша Ђорђевић и Никола Латиновић, судије Врховног суда Србије

За Грађанско право: Стојан Јокић, Предраг Трифуновић, Владимир Тамаш, Љубица Милутиновић, Слободан Дражић и Јасминка Станојевић, судије Врховног суда Србије

За Управно право: Милена Саватић, Љубодраг Пљакић, Снежана Живковић, мр Јадранка Иљац и Олга Ђуричић, судије Врховног суда Србије

РЕДАКЦИЈА: Драгиша Слијепчевић, Војимир Цвијовић, Новица Пековић, Стојан Јокић и Милена Саватић, судије Врховног суда Србије

ЗАМЕНИК ГЛАВНОГ И ОДГОВОРНОГ УРЕДНИКА: Војимир Цвијовић, судија Врховног суда Србије

СЕКРЕТАР РЕДАКЦИЈЕ: Даница Илић, саветник Врховног суда Србије

РЕДАКЦИЈСКА ПРИПРЕМА: Јелена Чакаревић, Тања Тодоровић, Андријана Недовић и Љиљана Иконић, редакцијски сарадници

ПРЕЛОМ, КОРЕКТУРА И ДИЗАЈН: **Intermex**, Београд

ШТАМПАРИЈА: **"Радунић",** Београд

Свако копирање, умножавање, објављивање и дистрибуирање целине или делова текста из овог Билтена представља повреду ауторског права и кривично дело (сходно одредбама члана 187. Закона о ауторском и сродним правима и члана 199. Кривичног законика РС).
Коришћење делова текста из овог Билтена дозвољено је сходно ауторском праву и уз сагласност издавача.

САДРЖАЈ

КРИВИЧНО ПРАВО

- Горан Чавлина**, судија Врховног суда Србије**
НОВИ ЗАКОНИК О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ 11

- Драган Јоцић**, судија Врховног суда Србије**
ВРЕМЕНСКО ВАЖЕЊЕ И ОБАВЕЗНА ПРИМЕНА БЛАЖЕГ КРИВИЧНОГ ЗАКОНА 17

- Никола Латиновић**, судија Врховног суда Србије**
СТВАРНА ЗАБЛУДА И ПРАВНА ЗАБЛУДА У НОВОМ КРИВИЧНОМ ЗАКОНИКУ 31

- Новица Пековић**, судија Врховног суда Србије**
АЛТЕРНАТИВНЕ КРИВИЧНЕ САНКЦИЈЕ 36

- Јанко Лазаревић**, судија Врховног суда Србије**
КАЗНЕ У КРИВИЧНОМ ЗАКОНИКУ СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА КАЗНУ ЗАТВОРА 52

- Слободан Газивода**, судија Врховног суда Србије**
МАЛОЛЕТНИЧКА ДЕЛИНКВЕНЦИЈА 68

- Верољуб Љ. Цветковић**, судија Врховног суда Србије у Београду**
КРИВИЧНО ДЕЛО СИЛОВАЊА ИЗ ЧЛАНА 178. КЗ РС 77

- Соња Манојловић**, судија Врховног суда Србије**
ПРЕДЛОГ ЗАКОНА О СПРЕЧАВАЊУ ФИНАНСИРАЊА ТЕРОРИЗМА 83

- Др Данило Николић**, председник Окружног суда у Нишу**
ПОСЕБНИ ПОСТУПЦИ У ЗАКОНИКУ О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ 92

- Др Глигорије Спасојевић**, судија Врховног суда Србије**
ВАНПРОЦЕСНА ЗАШТИТА УЧЕСНИКА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ 120

- Мр Сретко Јанковић, **судија Врховног суда Србије**
ГРЕШКЕ И ПРОПУСТИ ПРИ ИЗРАДИ ПРВОСТЕПЕНЕ КРИВИЧНЕ ПРЕСУДЕ 135

- Драган Обрадовић**, председник Окружног суда у Ваљеву**
РАЗЛИЧИТИ АСПЕКТИ ВЕШТАЧЕЊА У ПРОЦЕСУ СТВАРАЊА ЈЕДИНСТВЕНЕ БАЗЕ ПОДАТАКА 156

ГРАЂАНСКО ПРАВО

- Вида Петровић-Шкеро**, председник Врховног суда Србије**
ПРИМЕНА ЗАКОНА О ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ 181

- Др Славољуб Царић**, заступник пред Европским судом за људска права**
УЛОГА ЗАСТУПНИКА ПРЕД ЕВРОПСКИМ СУДОМ ЗА ЉУДСКА ПРАВА 198

- Проф. др Гордана Станковић, **Правни факултет - Ниш**
НАЧЕЛО ДИСПОЗИЦИЈЕ И НЕДОЗВОЉЕНЕ РАДЊЕ РАСПОЛАГАЊА У ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ 211

- Љубица Милутиновић**, судија Врховног суда Србије**
ТУЖБА И ОДГОВОР НА ТУЖБУ 229

- Предраг Трифуновић**, судија Врховног суда Србије**
ВАНРЕДНИ ПРАВНИ ЛЕКОВИ 248

- Проф. др Невена Петрушић**, Правни факултет у Нишу**
ПОРОДИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА ОД НАСИЉА У ПОРОДИЦИ У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ 270

- Бранислава Апостоловић**, судија Врховног суда Србије**
ВРШЕЊЕ РОДИТЕЉСКОГ ПРАВА 304

- Миломир Николић**, судија Врховног суда Србије**
РОКОВИ И РЕТРОАКТИВНОСТ НОРМИ ПОРОДИЧНОГ ЗАКОНА 325

- Мила Маричић**, саветник Врховног суда Србије**
ПОРОДИЧНО ПРАВО: ПРАВО НА ПРИВАТНОСТ 340

- Слободан Дражић**, судија Врховног суда Србије**
ВИШАК ЗАПОСЛЕНИХ 358

- Лидија Ђукић**, судија Окружног суда у Новом Саду**
НЕЗАКОНИТ ОТКАЗ 377

- Снежана Андрејевић**, судија Врховног суда Србије**
ПРИВРЕМЕНЕ МЕРЕ 390

- Младен Николић**, судија Трговинског суда у Београду**
СПОРНА ПИТАЊА У ПРИМЕНИ НОВОГ ЗАКОНА О ИЗВРШНОМ ПОСТУПКУ 412

- Стојан Јокић**, судија Врховног суда Србије**
ПРИВРЕМЕНЕ МЕРЕ У ТРГОВИНСКИМ СУДОВИМА 427

- Драгиша Слијепчевић**, судија Врховног суда Србије**
СПОРНА ПИТАЊА У ПОСТУПКУ РЕОРГАНИЗАЦИЈЕ СТЕЧАЈНОГ ДУЖНИКА 451

- Бранко Станић**, судија Вишег трговинског суда**
ПРИМЕНА ЧЛАНА 452. ЗАКОНА О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА У ПОСТУПКУ ПРИВАТИЗАЦИЈЕ 467

- Владимир Тамаш, судија Врховног суда Србије
ПОСТУПАК ЗА РЕШАВАЊЕ СПОРНОГ ПРАВНОГ ПИТАЊА И УСВОЈЕНИ ПРАВНИ СТАВОВИ ГРАЂАНСКОГ ОДЕЉЕЊА ВРХОВНОГ СУДА СРБИЈЕ 476

УПРАВНО ПРАВО

- **Љубодраг Пљакић**, судија Врховног суда Србије

ПРОДАЈА КАПИТАЛА И ИМОВИНЕ СУБЈЕКТА ПРИВАТИЗАЦИЈЕ МЕТОДОМ ЈАВНЕ АУКЦИЈЕ 489

- Јелена Ивановић**, судија Врховног суда Србије**
ВРАЋАЊЕ ЗАДРУЖНЕ ИМОВИНЕ 500

- Драган Скоко**, судија Врховног суда Србије**
ВРАЋАЊЕ ГРАЂЕВИНСКОГ ЗЕМЉИШТА РАНИЈИМ СОПСТВЕНИЦИМА 520

- Мирјана Ивић**, судија Врховног суда Србије**
ПРОПУСТИ ПРОЦЕСНЕ И МАТЕРИЈАЛНО-ПРАВНЕ ПРИРОДЕ У ПРИМЕНИ ЦАРИНСКОГ ЗАКОНА У ОБЛАСТИ ПРЕКРШАЈА 539

- Горан Јосифов**, саветник Врховног суда Србије**
НАКНАДНА КОНТРОЛА ЦАРИНСКЕ ДЕКЛАРАЦИЈЕ И ПОНАВЉАЊЕ УПРАВНОГ ПОСТУПКА..... 544

- Душанка Марјановић**, судија Врховног суда Србије**
ПРЕКРШАЈНА ОДГОВОРНОСТ ОДГОВОРНОГ УРЕДНИКА ЈАВНОГ ГЛАСИЛА..... 554

- Ружа Урошевић**, саветник Врховног суда Србије**
ДОСТУПНОСТ ИНФОРМАЦИЈА ОД ЈАВНОГ ЗНАЧАЈА ПРЕМА ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА 563

- Гордана Џакула**, судија Врховног суда Србије**
УПРАВНО-СУДСКА ЗАШТИТА ОСУЂЕНИХ ЛИЦА ТОКОМ ИЗВРШЕЊА КАЗНЕ ЗАТВОРА 576

- Обрад Андрић**, судија Врховног суда Србије**
ЗАШТИТА ПОСЛАНИЧКОГ МАНДАТА 590

- Весна Даниловић**, саветник Врховног суда Србије**
САГЛАСНОСТ НА ЕЛАБОРАТ О ОПРАВДАНОСТИ ОСНИВАЊА ФАКУЛТЕТА, ОДНОСНО УНИВЕРЗИТЕТА..... 603

- Јелена Тишма-Јовановић**, саветник у Врховном суду Србије,**
члан Пројектне и Радне групе Савета Европе за управно право
АКТИВНОСТИ И ЗАКЉУЧЦИ ПРОЈЕКТНЕ И РАДНЕ ГРУПЕ САВЕТА ЕВРОПЕ ЗА УПРАВНО ПРАВО (2003. -2006. ГОДИНА)..... 613

ОГЛЕДИ

КРИВИЧНО ПРАВО

Горан Чавлина,
судија Врховног суда Србије

НОВИ ЗАКОНИК О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Законик о кривичном поступку, објављен у Службеном гласнику број 46 02. јуна 2006. године, ступио је на снагу 10. јуна 2006. године, а у смислу члана 555. овог Законика примењиваће се 01. јуна 2007. године, изузев неколико одредаба које се односе на питања која се не смеју постављати оштећеном или сведоку, правила саслушања посебно осетљивих оштећених и сведока, заштићене сведоке, на почетак, прекид и паузе главног претреса.

Овај Законик о кривичном поступку представља осавремењавање нашег процесног законодавства у кривично-правној материји при чему су задржане проверене вредности континентално-европског система којем је у суштини остао привржен. Овај законик тежи да превазиђе неефикасност и спорост нашег постојећег кривичног поступка и његову формалност сведе на нужну меру у циљу заштите Уставом и међународно-правним актима гарантованих људских права и слобода. Нови Законик о кривичном поступку консултује искуства позитивно-правних европских система и успоставља правила и институте савремене Европе, а с друге стране криминолошки и материјално је прилагођен одредбама новог Кривичног законика. Међутим, то ни у ком случају не значи да је овај законик идеалан, па се већ најављују неке његове измене.

Посебно упадљива новина, која је већ изазвала разне коментаре у јавности, је ово што сада истрагу спроводи јавни тужилац, а истражни судија може на његов захтев спровести поједине доказне радње. Противници овог решења су истицали да још није време да се јавном тужиоцу повери истрага, јер јавни тужилац за тако нешто није оспособљен. Реално гледано, у ствари је изражена сумња у стручност и савесност јавног тужиоца, што је неприхватљиво, јер то је државни орган са јасно прецизираном

улогом и интересима, а искуства већег броја земаља показују да укључивање јавног тужиоца у истрагу потенцијално убрзава кривични поступак, својом активном улогом познајући чињенице и доказе од почетка поступка знатно доприноси разјашњењу конкретне кривично-правне ствари. Уз то оваквим решењем кривични суд се у одређеној мери растерећује, јер истражни судија задржава контролну функцију и поједине доказне радње предузима на захтев јавног тужиоца. У односу на тужилачку истрагу каква постоји у неким земљама Европе и света, ово је блажа, мање радикална форма прилагођена условима који код нас постоје. Водило се рачуна да јавни тужилац и даље остане орган правосуђа, да његова страначка функција до окончања кривичног поступка остане изражена, а да његова нова улога у истрази буде у функцији рационализације поступка. Као орган гоњења јавни тужилац је оваквим законским решењем знатно приближен полицији која је обзиром на своју функцију у највећем броју случајева прва у контакту са кривичним делом, тако да у претходној истрази јавни тужилац има значајну улогу и даје одобрење за низ извиђајно потражних радњи које најчешће спроводе органи СУП-а. Законик потенцира на валидности радњи које предузима јавни тужилац, па тако сведок који је саслушан у претходној истрази уопште се не мора саслушавати у истрази, ако до ње дође. Без обзира што јавни тужилац спроводи истрагу и доноси решење о спровођењу истраге, одлука о одређивању и укидању притвора је резервисана за суд, то јест, за истражног судију, ванрасправно веће суда првостепеног суда и Врховног суда Србије, при чему јавни тужилац у овим случајевима само изражава свој став.

Јавни тужилац има на располагању институт одлагања кривичног гоњења који се дефинише као опроштај кривичног гоњења, што у ствари представља условљени опортунитет кривичног гоњења и овим законником су му дати алтернативни услови које може да одреди лицу коме прети кривично гоњење. Уз то, јавном тужиоцу је остављена могућност да може одлучити да се кривично гоњење предузме само за једно или само за нека од више кривичних дела извршених у стицају, ако оцени да могућа јединствена казна затвора не би била противна разлозима правичности, а тиме би се знатно олакшао доказни поступак и убрзало доношење одлуке суда. Такође, јавни тужилац може да у случају лакших кривичних дела не предузима кривично гоњење против лица које је изразило стварно кајање, па би гоњење било нецелисходно.

Нови институт у нашем кривично-правном законодавству је споразум о признању кривице, тзв. нагодба, која може довести до бржег окончања кривичног поступка и смањења трошкова, а да се при том не угрозе интереси законитости и правичности. Споразум о признању кривице између тужиоца и окривљеног је могућ код кривичних дела за које је предвиђена казна затвора до 10 година, који мора бити у писаној форми, а њиме се окривљени и тужилац заправо договарају о висини казне и о другим санкцијама које ће окривљеном бити изречене, мерама упозорења, трошковима кривичног поступка и о имовинско-правном захтеву, о одрицању од права на жалбу, све уз предуслов да окривљени у потпуности признаје кривично дело које му се ставља на терет. О споразуму одлучује председник ванрасправног или расправног већа, зависно од фазе поступка, а предвиђена је другостепеност. За најтежа кривична дела споразум о признању кривице није предвиђен управо из разлога правичности.

Законик о кривичном поступку је задржао приговор на оптужницу у коме се, као и у посебном писменом поднеску, може предложити суду извођење одређених доказа, а предвиђена је и обавеза странака и бранилаца да присуствују седници ванрасправног већа на којој се решава о приговору против оптужнице ако се у приговору позива на споразум о признању кривице. Ако приговор против оптужнице није поднесен или је одбачен, као и уколико је приговор поднесен, али његов садржај не омогућава правилно преиспитивање оптужнице, председник већа пред којим треба да се одржи главни претрес ће обавезно испитати оптужницу и у службеној белешци констатовати да ли је нашао постојање неког разлога за доношење одлуке којом се кривични поступак обуставља или одбацује оптужница, те да таквих разлога нема, што практично значи да се овим уводи потврђивање оптужнице од стране председника већа или да се на овај начин захтева њено преиспитивање од стране ванрасправног већа. Према томе, председник већа је дужан да захтева преиспитивање оптужнице ако утврди постојање разлога који искључују главни претрес.

Питање апсолутних и релативно битних повреда кривичног поступка које су од значаја за доношење другостепене одлуке је овим законником решено тако, да досадашња тачка 11. став 1. члана 368. ЗКП, представља апсолутну битну повреду одредаба кривичног поступка, само ако је то било од утицаја на законитост и правилно пресуђење. Овим ће се

смањити просечно трајање поступка, као и тиме што ће другостепени суд у седници већа или након одржаног главног претреса сам донети пресуду, ако је првостепена пресуда два пута већ укидана.

Законик о кривичном поступку уводи неке чисто терминолошке промене, као што уместо раније "основних начела" сада наводи "основна правила", нека начела изричито прокламује за разлику од досадашњег законика, као што је In dubio pro reo, нека права употпуњује и прецизније дефинише, као што је право на одбрану и права лица неоправдано осуђених или неосновано лишених слободе, а у односу на ранија решења извршене су и неке измене у значењу појединих израза употребљених у законику, коришћене због прилагођавања Кривичном законику и који је сада на снази. Значајне измене су и у погледу састава судских већа, јер нови Законик предвиђа веће од тројице судија и двојице судија поротника за кривична дела за која је прописана казна од 30 година и тежа, док је код лакших кривичних дела веће састављено од једног судије и двојице судија поротника. Поред тога, суд у трећем степену више не суди у већу од седам судија, већ се предвиђа да судови и у другом и у трећем степену суде у већима од пет, односно троје судија, у зависности од прописане казне за конкретно кривично дело. Сходно технолошком напретку појављују се и нека нова решења, па се тако месна надлежност дефинише и за кривична дела извршена путем Интернета. О изузећу одлучује заменик председника суда. Јавни тужилац под одређеним условима може захтевати покретање дисциплинског поступка против припадника органа унутрашњих послова или другог државног органа који током претходне истраге не поступи по његовом захтеву. Више није могуће водити истрагу за кривична дела која се гоне по приватној тужби. У циљу спречавања доказне опструкције може се искључити бранилац из поступка, а окривљени може имати највише три браниоца пред судом, јасно се прецизира моменат од када окривљени у притвору мора имати браниоца тако што се одређује да је то обавезан од тренутка када му је притвор одређен и током трајања притвора, што значи да може бити саслушан и без браниоца јер му се он поставља тек када се донесе решење о притвору, његов бранилац мора бити способан да му пружи ефектну правну помоћ, а не само да има звање адвоката, што је у складу са стандардима Европске уније. Раније радње доказивања су прецизно означене и набројане као доказне радње, при чему значајну новину код привременог одузимања предмета представља могућност затварања лица које упркос два пута изреченој новчаној казни одбија да преда тра-

жене предмете. За привремено одузимање писама, телеграма и других пошиљки неопходан је предлог јавног тужиоца, а прибављање података од банке или другог правног лица више није резервисано само за дела организованог криминала већ је сврстано у општу доказну радњу, при чему је додато да се сумњиве новчане трансакције могу привремено одузети. Законик је конципиран тако да је терет доказивања апсолутно пребачен на јавног тужиоца, права окривљеног приликом његовог саслушања су потпуно заштићена, али су предвиђене мере за спречавање опструкције доказа од стране окривљеног.

Нови Законик предвиђа широко коришћење аудио-визуелног снимања појединих доказних радњи, у циљу повећања њихове доказне вредности, што се односи на исказ окривљеног, препознавање предмета од стране окривљеног, суочење окривљеног са другим лицима и слично, а сви ови снимци се прилажу списима и могу се користити као доказ у поступку. Велику новину представља могућност позивања сведока електронском поштом или другим електронским преносиоцем порука, предвиђена је употреба техничких средстава за пренос слике и звука, нарочито приликом саслушања посебно осетљивих оштећених и сведока, а први пут детаљно се регулише саслушање заштићених сведока, одређујући у којим случајевима једно лице може добити овакав статус, посебне мере заштите, чување тајности о његовом идентитету током поступка итд. Овај Законик у складу са напретком технологије и савременим кретањима показује и могућност увиђаја и реконструкције коришћењем рачунарске симулације, примена ДНК анализе је прецизирана, док потпуно нову доказну радњу представља увид у фотографије, слушање звучних снимака и увид у звучне и видео-снимке, а као посебне доказне радње наводе се тајни звучни и оптички надзор осумњиченог. Законик познаје ангажовање прикривеног иследника, контролисане испоруке, аутоматско-рачунарско претраживање личних и других података, сведока сарадника. У циљу рационализације поступка и појачане заштите права учесника у поступку неки рокови су промењени у односу на ранија решења.

Према новим решењима више нема тзв. "обавезног притвора". Такође, нема више рокова у којима се у појединим фазама поступка након завршене истраге окривљени може задржавати у притвору. Значајну новину представља одредба која омогућава да се уз сагласност ванрасправног већа иако је одлагање трајало дуже од четири месеца или је пак промењен

председник већа, поједине доказне радње не изводе поново већ се могу прочитати ранији записници. Предвиђено је да се главни претрес одржава непрекидно, сваког радног дана до окончања, као и да се може прекинути најдуже 10 дана.

Законик о кривичном поступку више не предвиђа захтев за испитивање законитости правноснажне пресуде као самостални ванредни правни лек, јер у пракси је раније најчешће представљао увођење трећег степена на мала врата, али одређена рестриктивна варијанта захтева за испитивање законитости правноснажне пресуде постоји у вези са захтевом за заштиту законитости. Скраћени поступак ће се убудуће водити за кривична дела за која је прописана новчана казна или казна затвора до пет година.

Да ли ће Законик о кривичном поступку испунити очекивања, остаје да покаже време.

Драган Јоцић,
судија Врховног суда Србије

ВРЕМЕНСКО ВАЖЕЊЕ И ОБАВЕЗНА ПРИМЕНА БЛАЖЕГ КРИВИЧНОГ ЗАКОНА

Устав Републике Србије чланом 120. одређује да закон, други пропис или општи акт не могу имати повратно дејство, али дозвољава и одступање од овог начела, тако да се законом може одредити, изричито, да има повратно дејство. У одредби члана 121. став 3. Устав изричито прописује ретроактивну примену кривичног закона, када је блажи за учиниоца.

Глава друга Кривичног законика који је ступио на снагу 01.01.2006.године (у даљем тексту КЗ) носи наслов **важење кривичног законодавства Републике Србије** и почиње чланом 5. чији је наслов **временско важење кривичног законодавства.** Садржином одговара члану 4. Основног кривичног закона (у даљем тексту ОКЗ).

Судови су дужни да на учиниоца примене блажи закон. У раније важећем ОКЗ на то је упућивао и назив одредбе члана 4. **обавезно примењивање блажег кривичног закона.**

На учиниоца кривичног дела, према ставу 1. члана 5. КЗ примењује се закон који је важио у време извршења кривичног дела, што нас одмах упућује на одредбу члана 16. КЗ, којом се одређује време извршења кривичног дела. Према првом ставу, кривично дело је извршено у време када је извршилац радио (комисивна кривична дела) или када је био дужан да ради (омисивна и комисивно-омисивна), без обзира када је последица наступила. Идентично је гласила и одредба члана 31. ОКЗ. Међутим, одредба члана 16. КЗ садржи и нов, други став: да је саучесник кривично дело извршио у време када је радио или био дужан да ради, идентично кривичном законодавству Немачке. Тиме је решена дилема која је постојала у нашој теорији и која је, полазећи од акцесорне природе саучесништва и да постоји одговорност извршиоца и саучесника за једно дело,

прихватала решење да је за примену кривичног закона одлучно време када је извршено главно дело, а не време када је извршено подстрекавање или помагање. За потребе овог рада ваља напоменути да се код трајних кривичних дела, са индиферентним бројем чињења, сматра да се кривично дело врши све док се радњом учиниоца одржава противправно стање: док држи оружје, док не плаћа издржавање...

Дакле, прворедна обавеза суда је да утврди када је кривично дело извршено и који је кривични закон, односи се и на одредбе тзв. споредног кривичног законодавства, важио у време извршења кривичног дела, јер ће тај закон и применити, по правилу, осим ако су испуњени услови предвиђени у ставу 2. члана 5. КЗ. У примени става 1. члана 5. КЗ судови немају значајнијих проблема.

Потпуно нова је одредба става 3. којом је одређено да се на учиниоца кривичног дела које је предвиђено законом са одређеним временским трајањем примењује тај закон, без обзира на то када му се суди, ако тим законом није другачије одређено. Дакле, одредба става 2. дерогира примену става 1. а одредба става 3. дерогира примену става 2. враћајући нас на примену става 1. код закона са одређеним временским трајањем. Ванредне околности као што су ратно стање, пандемије, елементарне непогоде... могу захтевати доношење закона са одређеним (или одредивим) роком важења, који су, по правилу, и строжи од "редовних" кривичних закона. Због времена потребног за откривање кривичних дела, специфичних околности извршења и времена потребног за окончање кривичног поступка они се, у одсуству става 3. члана 5. КЗ практично никада не би применили. Одредба се очигледно односи на будуће, могуће, ситуације, јер нам није познато да важи било који закон на који би се овај став применио.

Значај примене става 2. члана 5. КЗ посебно је изражен у ситуацијама као што је актуелна, јер је донет нов Кривични законик. Готово да нема одредбе КЗ у чијој примени се не поставља питање примене блажег закона, почев од појма кривичног дела који је новим законом другачије одређен, па до сваког појединог кривичног дела. Исто питање се отвара и код примене Законика о кривичном поступку, јер се зависно од Кривичног закона који се примењује и запрећене казне одређује и надлежност и састав суда. Сходно одредби члана 37. ЗКП суд пази на своју стварну надлежност и чим примети да није надлежан огласиће се ненадлежним. То може учинити до отварања главног претреса, који почиње читањем опту-

жнице (члан 319. ЗКП) односно само док оптужница није прочитана, као и након укидања првостепене пресуде. Према становишту Врховног суда Србије у осталим случајевима када главни претрес треба почети изнова: због протека рокова, измене председника већа...виши суд се не може огласити ненадлежним. И када смо код процесног закона ваља напоменути да се блажи закон примењује до правноснажности пресуде. Ако је блажи закон ступио на снагу после правноснажности пресуде, у поступку по ванредним правним лековима неће бити примењен само зато што је блажи, изузев када виши суд поводом њих донесе одлуку којом окривљени долази у ситуацију да му се поново суди (понављање поступка због укидања првостепене пресуде у поступку за заштиту законитости...).

Посебно се поставља питање како поступити када дође до понављања поступка, применом члана 404. до 414. ЗКП? Пошто је реч о ванредном правном леку, да је поступак већ био правноснажно довршен и ако је чињенично стање остало неизмењено у новом поступку, суд није овлашћен да примени блажи закон који је ступио на снагу после доношења раније пресуде. Учинилац је већ довољно "погодован" одредбом члана 407. ЗКП која прописује да се кривични поступак завршен правноснажном пресудом може поновити само у корист окривљеног.

Утврдити који је закон блажи за учиниоца је сложено питање и у његовом решавању судови су дужни да оцене све законе који су важили, од извршења кривичног дела па до правноснажности пресуде, дакле и "међузаконе", што несумњиво произилази из дела формулације става 2. члана 5. КЗ "измењен једном или више пута".

Примена правних схватања седнице Кривичног одељења Врховног суда Србије обавезна је за судове, па се у тумачењу одредбе члана 5. КЗ мора применити и правно схватање од 08.02.1978. године, које није изгубило на својој актуелности:

1. Суд није дужан да у одлуци образложи зашто није применио нови кривични закон када нађе да није блажи за учиниоца, јер се по правилу примењује закон који је важио у време извршења кривичног дела. Одлука суда треба да садржи разлоге о томе који је кривични закон блажи за учиниоца само у оном случају када се у смислу става 2. има применити кривични закон који је блажи.

2. Када другостепени суд нађе да првостепену пресуду треба преиначити и кривично дело квалификовати по новом Кривичном закону, као блажем за учиниоца, није дужан да само због примене блажег закона обавезно изрекне блажу казну учиниоцу.

3. Ако су за одређена кривична дела прописане исте санкције и по ранијем и по новом кривичном закону, али је новим законом предвиђена могућности примене неког института који би кривичноправну ситуацију учиниоца таквог кривичног дела могао чинити повољнијом, нови закон неће се само због тога сматрати блажим, већ само ако суд нађе да тај институт треба применити.

4. Ако неко кривично дело садржи више алтернатива у погледу радње извршења, од којих су неке изостављене у новом кривичном закону, нови закон неће се самим тим, сматрати блажим, већ само ако кривичноправна ситуација учиниоца услед изостављања овакве радње извршења, постаје повољнија.

5. Приликом оцене да ли ће се на учиниоца применити кривични закон који је важио у време извршења кривичног дела или нови, као блажи, мора се поћи од тога да кривични закон СФРЈ (касније ОКЗ) и кривични закон Републике Србије представљају јединствено кривично законодавство.

6. Нови кривични закон не може се сматрати блажим само због тога што је вредност која представља квалификаторну околност за одређено кривично дело означена у већем износу, него у ранијем кривичном закону ако би по оба закона радње учиниоца садржале обележја тог кривичног дела и ако су за то дело у оба закона прописане исте казне.

7. У случајевима када је за одређено кривично дело новим законом прописан нижи посебни минимум казне од оног у одговарајућој одредби ранијег закона, на учиниоца таквих кривичних дела примениће се нови закон као блажи.

Посебно је значајан став 7. којим се, по правилу, као блажи одређује закон са нижим посебним минимумом.

Решавајући питање примене блажег закона треба поштовати следеће основне принципе:

1. На једног учиниоца за једно извршено кривично дело може се применити само један, онај који је блажи, закон. Суд није овлашћен да комбинује одредбе старог и новог закона, стварајући тако најповољнију ситуацију за учиниоца, јер би таквим поступањем, практично, применио норму која у целини не постоји ни у старом ни у новом закону, већ би створио и применио неки трећи закон.

Нису правилно поступили судови који су применили законску одредбу о кривичном делу из посебног дела једног закона, а одредбе општег дела: о одмеравању казне, њеном ублажавању или урачунавању притвора, по другом закону.

2. **На једног учиниоца више кривичних дела** суд може применити различите законе за поједина кривична дела, односно један учинилац једном пресудом може бити осуђен за поједина кривична дела по старом, а за поједина кривична дела по новом закону.

У таквој ситуацији се одредба о санкцији за кривична дела у стицају може применити и по новом и по старом закону, она која је у конкретној ситуацији повољнија за учиниоца.

3. **На више учинилаца једног кривичног дела** могу се применити различити закони, односно на сваког од учинилаца примениће се онај закон који је за њега блажи. Не мора један закон бити блажи за све учиниоце, с обзиром на околности везане за личност учиниоца (малолетник или млађе пунолетно лице,сродство са оштећеним...)

Претходно изложени принципи нас доводе и до кључне речи у примени блажег закона **"за учиниоца".** Објективна оцена да је један закон блажи од другог, не мора имати практични значај. Зато ће се кривичним санкцијама и њиховој општој оцени посветити недовољна, само неопходна пажња.

Кривични законик је у члану 66. став 2. и 3. знатно пооштрио услове за изрицање **условне осуде.** Карактеристично је да КЗ изрицање условне осуде ограничава не само потребним минимумом утврђене казне, као што је предвиђао ОКЗ, већ и максимумом законом прописане казне за односно кривично дело, уз ограничење да се иста не може изрећи ако није протекло више од пет година од правноснажности осуде којом је учиниоцу изречена казна затвора за умишљајно кривично дело.

Новчана казна је блажа у старом закону, јер је предвиђена у нижим, инфлацијом девалвираним, износима. Исто важи и за институт ублажавања новчане казне, с тим што члан 57. став 2. КЗ дозвољава ублажавање новчане казне без ограничења прописаних за ублажавање казне, када се стекну услови прописани овом одредбом, до најнижег износа новчане казне прописаног чланом 50. КЗ.

Кривични законик није блажи ни у извршењу новчане казне јер се учиниоцу који је не плати у остављеном року одмах замењује казном затвора (члан 51. КЗ) за разлику од одредбе члана 39. ОКЗ, која је предвиђала поступак принудне наплате новчане казне, пре него што буде замењена казном затвора. Код замене новчане казне казном затвора примениће се исти закон који је примењен код осуде на новчану казну, односно није дозвољена комбинација закона. Међутим, према члану 66. став 1. КЗ, условна осуда се може изрећи само када је учиниоцу утврђена казна затвора, не и новчана казна, што је било могуће по старом закону, члан 51. став 1. ОКЗ. Уколико би суд нашао да окривљеном треба утврдити новчану казну и њено извршење условити, онда је блажи стари закон.

Новчана казна у дневним износима је потпуно нова казна предвиђена Кривичним закоником. Утврђивање висине дневног износа применом члана 49. став 3. КЗ, потпуно је везано за материјалне прилике учиниоца. Међутим, уколико се примени најнижа висина дневног износа од 500,00 динара и помножи са бројем дневних износа који не може бити мањи од 10 добија се износ од 5.000,оо динара, који је виши од најнижег износа новчане казне прописане ОКЗ. Зато је новчана казна прописана ОКЗ блажа од новчане казне у дневним износима прописане КЗ.

Кривични законик је чланом 52. предвидео потпуно нову казну **рад у јавном интересу** која се може изрећи за кривична дела за која је прописан затвор до три године или новчана казна. Примена ове казне условљена је изричитим прихватањем учиниоца. Оцена суда (објективна) да ли је ова казна блажа за учиниоца је замењена оценом учиниоца, па је ова казна увек блажа по учиниоца, јер ју је он таквом учинио својим избором, несумњиво заснованом на сопственој процени материјалних, личних и породичних прилика (које суду до детаља не морају бити познати) и прихватањем да њоме буде осуђен. Не треба занемарити ни утицај моралних и етичких схватања учиниоца, којима се руководио прихватајући ову казну.

Код истих минимума од 30 дана казне **затвора,** строжији по учиниоца је нови закон који предвиђа максимум од 20 година за разлику од ОКЗ који је предвиђао као максималну казну затвора у трајању од 15 година. Међутим, за најтежа кривична дела и најтеже облике тешких кривичних дела блажи је КЗ, јер дозвољава могућност изрицања казне затвора од 30 до 40 година, док је ОКЗ предвиђао искључиво 40 година.

За учиниоца кривичног дела, код кога су се стекли услови за ублажавање казне за кривична дела за која је прописан затвор у трајању од 5 или више година, блажи је ОКЗ због ограничења прописаних у члану 57. став 1. тачка 1. али и тачка 5. КЗ.

Кривични закон који пружа и само могућност да учиниоцу кривичног дела буде изречена блажа кривична санкција, без обзира на то да ли ће та могућност у пресуди бити реализована, је блажи за учиниоца. До реализације такве могућности може доћи после правноснажности пресуде, рецимо у поступку по захтеву за ванредно ублажавање казне.

За учиниоца може бити блажи онај закон који прописује строжу кривичну санкцију, ако тај закон у целовитој својој примени доводи до повољнијег положаја учиниоца. За оцену блажег закона од посебног значаја су модификације појединих кривично-правних института, јер ће често један закон бити блажи управо због њихове примене. Тако суд може учиниоца ослободити од казне када на основу споразума са оштећеним испуни све обавеза према њему (члан 59. КЗ) па је блажи за учиниоца код кога се ови услови стекну (видети тачку 2. претходно изложеног правног схватања седнице Кривичног одељења ВСС), јер ову могућност ОКЗ није предвиђао.

Супротан пример је конструкција продуженог кривичног дела, која је примењивана у судској пракси и пре доношења КЗ. Према ставу 5. члана 61. КЗ ако продужено кривично дело обухвата кривична дела чије је битно обележје одређени новчани износ, сматраће се да је продуженим кривичним делом остварен збир износа остварених појединачним делима уколико је то обухваћено јединственим умишљајем учиниоца. Зато је правна конструкција продуженог кривичног дела, примењивана пре КЗ, повољнија по учиниоце кривичних дела крађе, тешке крађе, преваре... када се правна оцена продуженог кривичног дела одређивала према најтежем појединачном кривичном делу.

Важно је имати у виду да се конкретни положај учиниоца кривичног дела у односу на примену блажег закона цени **у моменту пресуђења и изрицања кривичне санкције и у вези са изрицањем ове санкције.** Према томе, приликом оцене положаја учиниоца не могу се узети у обзир елементи везани за његов положај после суђења као што су: услови за наступање правних последица осуде, брисање осуде...

При истом максимуму блажи је закон који има мањи минимум а при истом минимуму блажи је закон који има мањи максимум. Комбинацијом ова два, у судској пракси неспорна принципа, долази се и до трећег: када је једним законом предвиђен нижи минимум и виши максимум, а другим виши минимум, а нижи максимум, блажи је закон који предвиђа нижи минимум, али се не може прекорачити максимум предвиђен другим законом, па ће се тај закон применити код осуде на максималну казну. Ово је изузетак од правила да се не може комбиновати примена два закона.

Код, у пракси судова најчешћих кривичних дела, примена блажег закона је следећа:

Прописане казне за кривична дела убиства из члана 113. КЗ и убиства на мах из члана 115. КЗ су блаже од прописаних за иста кривична дела у КЗРС.

Код кривичног дела тешког убиства из члана 114. КЗ, раније члан 47. став 2. КЗРС, ситуација је сложенија. КЗ је строжији јер прописује нове облике овог кривичног дела у тачкама 4, 7. и 8. и проширује круг лица предвиђених у тачки 6. Учинилац који је лишио живота лице млађе од 14 година пре ступања на снагу КЗ, одговараће за "обично" убиство, а за исте радње извршене после ступања на снагу КЗ одговараће за тешко убиство. Кривично дело тешки случајеви разбојничке крађе и разбојништва из члана 169. став 2. КЗРС, са запрећеном казном најмање 12 или 40 година, сада је кривично дело тешког убиства из тачке 4. члана 114. КЗ, за које је запрећена казна најмање 10 година или 30 до 40 година затвора.

Учиниоца кривичног дела из члана 169. став 2. КЗРС, коме се суди после ступања на снагу КЗ, суд ће:

- осудити за кривично дело тешког убиства из члана 114. став 4. КЗ ако га осуђује на казну затвора испод 12 година (мањи је минимум него у КЗРС).

- осудити за кривично дело из члана 169. став 2. КЗРС ако оцени да учиниоца треба осудити на казну већу од 12 година, али не на казну затвора преко 30 година, јер је казна ограничена максимумом од 15 година.

- осудити за кривично дело тешког убиства из члана 114. став 4. КЗ ако утврди да учиниоца треба осудити на казну затвора преко 30 година, јер се може определити за казну у распону од 30 до 40 година, а не само за 40 година, како је предвиђено чланом 169. став 2. КЗРС.

Међутим, за облике кривичног дела тешког убиства који су идентични у члану 114. КЗ и члану 47. став 2. КЗРС, блажи је КЗ због нижег минимума запрећене казне али и могућег нижег максимума.

За кривично дело силовања КЗ предвиђа казну затвора од 2 - 10 година, а КЗРС од 1 - 15 година. Када учиниоца осуђује на сваку казну мању од 10 година, суд ће применити КЗРС. Међутим, ако учиниоца треба осудити на максималну казну, због вишеструког поврата..., учинилац не може бити осуђен на казну затвора у распону од 10-15 година, иако ту могућност дозвољава КЗРС, због максимума од 10 година који предвиђа КЗ, који је у том случају повољнији по учиниоца. Међутим, и за учиниоце на које би се правилном оценом применио КЗРС, као блажи, за кривична дела силовања, обљубе над немоћним лицем и недозвољених полних радњи (називи кривичних дела су из КЗ) може постати повољнији КЗ, ако се стекну услови предвиђени чланом 186. КЗ којим је кривично гоњење за ова дела, када су учињена према брачном другу, условљено предлогом оштећеног, дакле ако оштећени предлог повуче. Међутим, КЗ није блажи за ово кривично дело када је учинилац женског пола, који према КЗРС није могао бити учинилац овог кривичног дела.

Код кривичног дела недавања издржавања у ставу 2. члана 195. КЗ предвиђено је да се учинилац неће казнити, када су испуњени услови прописани овим ставом. Пример је узет да би се указало на сложеност института примене блажег закона, јер се за потпуно разумевање морамо вратити на одредбу члана 112. КЗ **"значење израза у овом законику",** којом је одређено да израз "неће се казнити значи да у том случају нема кривичног дела", па ће учинилац на којег се примени став 2. бити ослобођен од оптужбе.

Кривично дело насиља у породици из члана 194. КЗ је строжије у КЗ, јер се може извршити једном радњом учиниоца, пошто се за радњу извршења не употребљава трајни глагол. То произлази и из члана 112. тачка

30. КЗ, наравно под условом да су породични односи трајно нарушени. Нови закон је строжији и због проширеног круга лица према којима се кривично дело може извршити: сада и према бившем супружнику и његовој деци, која нису из заједнице са учиниоцем, као и према родитељима бивших супружника (члан 112. тачка 29. КЗ). Не само то, већ је КЗ проширио и круг радњи извршења дела, које се сада може извршити и "дрским или безобзирним понашањем", а дело ће бити извршено не само када је повређен или угрожен душевни или телесни интегритет, већ и када је угрожено "спокојство" члана породице.

Такође је прописан и потпуно нов облик извршења овог кривичног дела у ставу 5.

Међутим, по запрећеним казнама блажи је КЗ, па ће се он применити када се не ради о проширењима о којима је претходно било речи.

КЗ је блажи у односу на кривично дело разбојништва из става 1. члана 206. КЗ због ниже запрећене казне. Кривиично дело тешки случајеви разбојничке крађе и разбојништва у КЗ више не постоји. Квалификовани облик из става 2. овог кривичног дела је у КЗ кривично дело тешког убиства, док је облик извршења дела из става 1. члана 169. КЗРС "пребачен" у став 3. кривичног дела разбојничке крађе и у став 3. кривичног дела разбојништва КЗ. Међутим, за ове облике кривичних дела КЗ формулацијом "више лица" не дозвољава њихово извршење у саизвршилаштву, већ су и два учиниоца довољна за квалификовани облик, док је КЗРС у члану 169. став 1. прописивао најмање 3 учиниоца за то кривично дело. Зато је за два учиниоца кривичних дела разбојништва и разбојничке крађе блажи КЗРС, јер би се њихове радње квалификовале као основни облици ових кривичних дела у саизвршилаштву (занемарена је висина прибављене имовинске користи).

Дакле, ако је број учинилаца 3 и више блажи је КЗ пошто је запрећена казна за кривично дело разбојничке крађе и разбојништва из члана 205. став 3. и 206. став 3. КЗ нижег минимума, док ће за једног или два учиниоца бити блажи КЗРС.

Одредба става 4. код кривичног дела разбојништва је нова и повољнија по учиниоца код кога се стекну законска обележја овог облика кривичног дела.

За кривично дело неовлашћене производње, држања и стављања у промет опојних дрога блажи је КЗ за став 1. и 2, па ће и бити примењен.

За став 3. није блажи па ће судови применити ОКЗ. КЗ у ставу 4. и у ставу 5 прописује нове облике извршења овог кривичног дела који су несумњиво повољнији по учиниоце. Судови су дужни да, како у изреци пресуде, тако и у разлозима утврде постојање новопрописаних обележја ових облика кривичног дела. Погрешно су судови у бројним одлукама разматраним у Врховном суду по жалбама ове основе третирали као основе за ослобађање од казне, тако што су учиниоца оглашавали кривим за кривично дело из става 3. а на основу става 4. га ослобађали од казне, односно примењивали као основ ослобађања од казне, а не као облик кривичног дела са својим посебним обележјима.

Код кривичног дела тешко дело против безбедности јавног саобраћаја КЗРС је за дело из става 1. предвиђао казну затвора од 1 до 10 година, док је КЗ предвидео казну затвора од 1 до 8 година, али и обавезно изрицање мере безбедности забране управљања моторним возилима. Зато, уколико суд нађе да учиниоцу треба изрећи казну затвора до 8 година за учиниоца су блаже одредбе старог закона који није предвиђао обавезно изрицање мере безбедности забране управљања моторним возилом уз казну за кривично дело. Међутим, уколико би суд утврдио да је учиниоцу неопходно изрећи казну затвора преко 8 година, тада је за учиниоца блажи КЗ у којем је за ово кривично дело прописан нижи максимум казне затвора, до 8 година.

Одредба става 2. је блажа у КЗ због нижег и минимума и максимума, као и могућности да казна затвора буде ублажена до 6 месеци (по КЗРС до једне године).

У односу на став 3. блажи је КЗРС јер допушта да се учинилац казни новчаном казном, док је у случају осуде на максималну казну затвора блажи КЗ због нижег максимума запрећене казне.

Ставом 4. су запрећене исте казне у оба закона, па је блажи КЗРС који не предвиђа обавезно изрицање мере безбедности забране управљања моторним возилом.

Као закључак, блажи је закон који:

1. Више не одређује као кривично дело радње учиниоца које су биле предвиђене као кривично дело.

Примери кривичних дела КЗРС која је КЗ декриминизовао су кривично дело противправно ослобађање лица лишеног слободе из члана 244.

КЗРС, непредузимање мера за спречавање сексуалне злоупотребе лица лишених слободе из члана 244-а КЗРС, насилно узимање људских органа или делова тела из члана 54-а КЗРС, излагање поруди највиших државних органа или представника тих органа из члана 98. став 2. КЗРС... део одредбе става 2. члана 141. КЗРС, кривично дело завођење из члана 109. КЗРС.

КЗ није декриминизовао нека кривична дела прописана КЗРС, али је могућ и у пракси присутан "привид декриминизовања" тих кривичних дела. Радње кривичног дела противприродног блуда КЗРС су радње кривичног дела силовања КЗ, док су радње кривичних дела сексуално злостављање и блудне радње КЗРС сада радње кривичног дела недозвољене полне радње КЗ. Учиниоца који би применом КЗРС био осуђен за кривично дело силовања и кривично дело противприродног блуда, у стицају, применом КЗ као блажег, суд може осудити само за кривично дело силовања, па је за таквог учиниоца, фактички, радња другог дела декриминизована.

2. Предвиђа нове основе искључења кривичне одговорности (кривице)

Може се одмах поставити питање оправданости задржавања овог основа оцене блажег закона, зато што је КЗ објединио појмове кривичног дела и кривичне одговорности. Институт кривичне одговорности у КЗ више не постоји, јер је конзумиран појмом кривице (члан 22. КЗ) и постао је елеменат општег појма кривичног дела (члан 14. став 1. КЗ). Међутим, овај основ оцене блажег закона има свој значај, јер ОКЗ предвиђа кривичну одговорност, као и ЗКП који такође предвиђа кривичну одговорност у члану 254. став 1. тачка 2, члану 274. став 1. тачка 2, члану 355. тачка 2. и члану 369. тачка 2. ЗКП. Зато је оправдано задржати овај основ.

Поред претходно наведеног примера из члана 195. став 2. КЗ нови закон је проширио могућност примене института нужне одбране и крајње нужде јер више није неопходно да учинилац одбија напад од себе или другог, већ од свог добра или добра другог (материјалног или нематеријалног добра). КЗ уводи као основ искључења постојања кривичног дела одредбе о неодољивој сили, које ОКЗ није садржао. Неотклоњива правна заблуда је у КЗ такође основ искључења постојања кривичног дела, док је у ОКЗ била факултативни основ за блаже кажњавање или ослобађање од казне. Неотклоњива стварна заблуда и неурачунљивост учиниоца такође искључују постојање кривичног дела, док су у ОКЗ били основи искључења кривичне одговорности.

Зато ће судови учиниоце кривичних дела који су их учинили у стању неурачунљивости, под дејством неодољиве силе, у неотклоњивој правној или стварној заблуди ослободити од оптужбе на основу члана 355. тачка 1. ЗКП, јер дело за које су оптужени по закону није кривично дело, а не, као до сада, применом члана 355. тачка 2. ЗКП - због околности које искључују кривичну одговорност учиниоца, што је све последица другачијег дефинисања појма кривичног дела.

3. Предвиђа нове, привилеговане облике кривичног дела.

Убиство из самилости из члана 117. КЗ јер би радње учиниоца биле кривично дело убиства из члана 47. став 1. КЗРС, кривична дела из члана 246. ст. 4. и 5. КЗ тј. држање опојне дроге за сопствену употребу и када учинилац открије од кога је дрогу набавио, кривично дело сексуално злостављање из члана 102-а сада садржано у лакшем облику кривичног дела, недозвољених полних радњи, кривично дело разбојништва из члана 206. став 4. КЗ.

4. Предвиђа више услова и теже услове за постојање кривичног дела односно већу количину криминалне делатности учиниоца.

Одредба члана 348. КЗ у односу на одредбу члана 33. Закона о оружју и муницији. Учинилац који држи ручну бомбу неће извршити кривично дело из члана 33. став 3. ЗООМ, као најтежи облик овог кривичног дела, већ лакши облик, сада из члана 348. став 2. КЗ.

5. **Предвиђа блажу врсту и блажу меру казне.**

Најбројнији су примери овог принципа: убиство на мах...као блаже мере док би рад у јавном интересу био пример блаже врсте казне.

6. **Кривично гоњење условљава предлогом или подношењем приватне тужбе.**

Одредба члана 186. КЗ којом се кривично гоњење за кривична дела силовања, обљубе над немоћним лицем и недозвољених полних радњи из става 1. условљава предлогом брачног друга као оштећеног, затим брисање одредбе става 2. члана 101. КЗРС по којем се кривично гоњење предузимало по службеној дужности за кривична дела из чл. 92. и 93. КЗРС када су учињена према територијалној јединици, државном органу или према службеном или војном лицу... затим за кривична дела из члана 149 ст. 1. и 2, из чл. 150, 151. став 1. и члана 152. став 2. све у вези са чланом 153. став 2. КЗ.

7. Не предвиђа споредне казне или мере безбедности.

ОКЗ је у члану 39-а предвиђао могућност конфискације имовине уз казну за кривична дела предвиђена у ставу 2. ове одредбе, док КЗ не предвиђа могућност конфискације имовине. КЗ предвиђа обавезно изрицање мере безбедности забране управљања моторним возилом, уз осуду за кривично дело тешко дело против безбедности јавног саобраћаја, па је са овог аспекта блажи КЗРС који није предвиђао обавезно изрицање ове мере безбедности.

8. Предвиђа шире могућности за ублажавање санкције или предвиђа повољније услове за учиниоца у вези са изрицањем кривичних санкција.

Пример би била примена члана 59. КЗ тј. ослобађање од казне по овом основу.

Несумњиво да у овом реферату није било могуће потпуно размотрити све ситуације у тако сложеној проблематици као што је примена блажег закона. Коментарисањем свих одредби и ситуација везаних за примену овог института, добио би се коментар Кривичног законика. Зато је пажња посвећена само карактеристичним примерима. Поређења су вршена само између ОКЗ и КЗРС, на једној страни и Кривичног законика на другој страни, због лакшег разумевања принципа примене блажег закона. Занемарен је КЗ СРЈ иако су бројни предмети у којима се и он примењује, као и кривична дела прописана у посебним законима.

Никола Латиновић,
Судија Врховног суда Србије

СТВАРНА ЗАБЛУДА И ПРАВНА ЗАБЛУДА У НОВОМ КРИВИЧНОМ ЗАКОНИКУ

Народна Скупштина Републике Србије донела је 29. септембра 2005. године Кривични законик Републике Србије ("Службени гласник РС" бр. 85/05) који је ступио на снагу 01.01.2006. године. На овај начин је удовољено вишегодишњим захтевима стручне јавности да се изврши кодификација кривичног законодавства.

Ако посматрамо новију историју у изградњи кривичног законодавства (од Другог светског рата до данас) без обзира на измене, као основ искључења друштвене опасности и противправности предвиђене су: незнатна друштвена опасност (дело малог значаја), нужна одбрана и крајња нужда и ове околности се сво време сматрају као општи основи искључења друштвене опасности и противправности.

Поред наведених околности теорија сматра да постоје још неки прећутни основи искључења друштвене опасности и противправности - пристанак повређеног (лекарска интервенција, спортска такмичења, самоповређивање); службено овлашћење – нпр. извршење смртне казне док је иста постојала; лишење слободе; наређење претпостављеног.

Неке од ових основа познавало је и кривично законодавство Краљевине Југославије (Кривични законик из 1936. године- параграфи 23, 24, и 25.) и садржина прописа у односу на наведене основе се није битно мењала у целом овом периоду, а и у сада важећем Кривичном законику ови институти (дело малог значаја – члан 18; нужна одбрана – члан 19; крајна нужда - члан 20) описани су скоро на идентичан начин као и раније и једино је мењана нумерација изменом закона.

Међутим, када су у питању стварна заблуда и правна заблуда, ситуација је битно другачија. У свим поменутим кривичним законима од

1936. године па до ОКЗ из 2003. године су стварна и правна заблуда сматране као општи основ за искључење кривице и сматране су као субјективни основи који искључују виност те су представљали факултативни основ за блаже кажњавање ако је реч о неотклоњивој стварној, односно правној заблуди. У новом Кривичном законику правна заблуда и стварна заблуда су добиле неуопоредиво већи значај и предвиђени су као основ искључења кривичног дела што је битна разлика у односу на ранија решења – "није кривично дело оно дело које је учињено у неотклоњивој стварној (правној) заблуди."

С обзиром да је тема овог реферата стварна и правна заблуда у даљем излагању бавићу се само овим институтима - са акцентом на решења у Кривичном законику који је сада на снази.

Стварна заблуда

Као што је већ речено за разлику од ранијих решења нови Кривични законик стварну заблуду одређује као основ искључења кривичног дела ако је исто учињено у неотклоњивој стварној заблуди и то на следећи начин:

Члан 28. Кривичног законика.

1. Није кривично дело оно дело које је учињено у неотклоњивој стварној заблуди.

2. Стварна заблуда је неотклоњива ако учинилац није био дужан и није могао да избегне заблуду у погледу неке стварне околности која представља обележја кривичног дела или у погледу неке стварне околности која би да је заиста постојала, чинила дело дозвољеним.

3. Ако је учинилац био у стварној заблуди услед нехата, постојаће кривично дело учињено из нехата кад закон такво кривично дело предвиђа.

У свом општем значењу заблуда (ерора) значи постојање погрешне представе у некој околности, тј., непостојање свести или постојање погрешне свести о неким околностима.

Наведено решење из члана 28. Кривичног законика (а и члана 29. КЗ) има за последицу другачија решења у пракси а везано за основ доношења ослобађајуће пресуде. Према ранијем решењу у случају стварне заблуд (став 1. члана 16. ОКЗ) основ за доношење ослобађајуће пресуде је био садржан у члану 355. став 2. ЗКП, док ће убудуће судска пракса осло-

бађајућу пресуду, ако утврди да је кривично дело извршено у стварној заблуди (члан 28. став 1. и 2. КЗ), донети на основу члана 355. став 1. ЗКП, јер према дефиницији појма неотклоњивости стварна заблуда искључује виност (кривицу) учиниоца и то умишљај као облик виности, као елеменат општег појма кривичног дела.

Међутим, ставом 3. члана 28. Кривичног законика (идентичан је у ставу 2. члана 16. ОКЗ) је предвиђено да ће учинилац који је био у стварној заблуди услед нехата, одговарајуће кривично дело учињено из нехата ако закон предвиђа такво дело као кривично дело.

Не бих се овде сада бавио разним теоретским разматрањима о томе када ће постојати неотклоњива стварна заблуда и тиме искључивање постојања кривичног дела, а битно је рећи да је то у суштини фактичко питање у сваком конкретном случају. Теорија познаје неотклоњиву стварну заблуду у ужем смислу – заблуда се мора везивати за свест учиниоцима о стварним обележјима кривичног дела (бића кривичног дела), тј., свест да треба да обухвати представу о свакој околности која улази у биће одређеног кривичног дела, а стварна заблуда у ширем смислу ће постојати нпр., када учинилац дело врши у тзв., "путативној" нужној одбрани погрешно држећи да је био противправно нападнут, а таквог напада није било, дакле радило би се о стварној заблуди у односу на разлоге искључења противправности. Ово значи да учинилац има тачну представу о околности која чине биће кривичног дела али погрешно држи да постоји нека околност која, када би стварно постојала, чини то дело дозвољеним. Из напред наведеног можемо закључити да само неотклоњива стварна заблуда и у ужем и у ширем смислу, искључује и умишљај и нехат, док отклоњива стварна заблуда искључује само умишљај и заснива кривичну одговорност за нехатно извршење кривичног дела. Дакле, неотклоњива стварна заблуда и у ширем и у ужем смислу ће постојати када се постојање те заблуде не може приписати ни његовом (учиниоцу) нехату. Када је реч о неотклоњивој заблуди учинилац нити је био свестан нити је могао и био дужан да буде свестан неког обележја кривичног дела.

Отклоњива стварна заблуда такође представља постојање погрешне представе околностима које су кривично-правно релевантне, али се постојање те забуде може приписати кривици учиниоца; он је према околностима извршења дела и личним својствима био дужан и могао је да има тачну представу и оваква заблуда се може приписати његовом нехату.

Код неотклоњиве правне заблуде нема психичког односа учиниоца према делу које би се могло квалификовати као умишљај или нехат и за дело извршено у оваквој заблуди кривично се не одговара. Код отклоњиве стварне заблуде учинилац нема тачну представу о околностима која улазе у бића кривичног дела или дело чине дозвољеним, па према томе нема умишљаја али је погрешна представа резултат његове непажње, нехата, па сходно томе треба да одговара за оно кривично дело за које закон прописује кажњавање и када је извршено из нехата (став 3. овог члана).

Правна заблуда

Нови Кривични законик је унео највеће измене у односу на "правну заблуду" јер је у члану 29. прописано:

1. није кривично дело оно дело које је учињено у неотклоњивој правној заблуди:

2. правна заблуда је неотклоњива ако учинилац није био дужан и није могао да зна да је његово дело забрањено;

3. учиниоцу који није знао да је дело забрањено али је то био дужан и морао да зна, казна се може ублажити.

Као што се види према одредби члана 29. Кривичног законика није кривично дело оно које је учињено у неотклоњивој правној заблуди, док је према досадашњем решењу које је било садржано у члану 17. ОКЗ правна заблуда била факултативни основ за блаже кажњавање или ослобођење од казне учиниоца кривичног дела који из оправданих разлога није знао да је то дело забрањено.

Према томе, правна заблуда је неотклоњива ако учинилац није био дужан и није могао да зна да је његово дело забрањено, у ком случају кривично дело учињено у правној заблуди није кривично дело.

За разлику од стварне заблуде у правној заблуди учинилац је свестан свих обележја која чине радњу његовог дела, али није свестан да је то дело забрањено – нити је био дужан нити је могао да зна да је његово дело забрањено.

Значи да се према новом решењу у Кривичном законику правна заблуда појављује као основ за искључење постојања кривичног дела по основу кривице као елемента општег појма кривичног дела и последица је

решења појма кривице у члану 22. став 1. Кривичног законика јер да би кривица постојала, осим урачунљивости – умишљаја или нехата, нужно је да је учинилац био свестан, јер је био дужан и могао бити свестан да је његово дело забрањено, што значи да онај који није био дужан и није могао да зна да је његово дело забрањено биће урачунљив и у правној заблуди која искључује постојање кривичног дела по основу одсуства кривице као елемента општег појма кривичног дела.

У сваком случају ово је нови институт као основ искључења постојања кривичног дела. Учинилац треба да је у правној заблуди из оправданих разлога а ова околност је од посебног значаја и њу је најтеже и утврдити. Она се мора утврђивати у сваком конкретном случају и с обзиром на низ субјективних и објективних околности. Значи, правна заблуда је основ искључења кривичне одговорности када у односу на забрањеност дела није постојано ни умишљај ни нехат.

За разлику од наведеног у ставу 3. истог члана предвиђена је одговорност за отклоњиву правну заблуду и да се у таквом случају казна може ублажити. Отклоњива правна заблуда ће постојати и када учинилац "није знао да је дело забрањено али је то могао или је био дужан да зна" дакле, значи да је учинилац био у правној заблуди из нехата.

Када се ради о доношењу пресуде у кривичном поступку околности су и разлози исти као у вези са стварном заблудом.

Новица Пековић,
судија Врховног суда Србије

АЛТЕРНАТИВНЕ КРИВИЧНЕ САНКЦИЈЕ

- ПРОБЛЕМИ У ПРАКСИ -

Уводне напомене

У домаћем кривичном законодавству као алтернатива и замена за казну затвора до доношења новог Кривичног законика постојале су новчана казна, условна осуда, условна осуда са заштитним надзором, судска опомена и ослобођење од казне.

Нови Кривични законик поред до сада постојећих алтернативних кривичних санкција увео је као нове казну рад у јавном интересу, казну одузимања возачке дозволе, новчану казну у дневним износима и поравнање учиниоца кривичног дела и оштећеног као посебан основ за ослобођење од казне.

Примена алтернативних кривичних санкција у досадашњој судској пракси била је, можемо слободно закључити, то показују и званични статистички подаци, у знатној мери заступљена, а посебно се то односи на ширину заступљености условне осуде, у мањој мери у односу на новчану казну док условна осуда са заштитним надзором у судској пракси није доживела своју потврду. Разлози за овакву ситуацију у односу на изрицање условне осуде са заштитним надзором су вишеструки. Сигурно је да део одговорности за такву ситуацију сносе и судови, али чини се да је суштина те ситуације у спровођењу заштитног надзора, како је то одређено у члану 4а Кривичног закона Републике Србије (КЗ РС), јер је очигледно да надлежна служба за извршење заштитног надзора није заживела, тј. остала је за судове анонимна, а и саме обавезе уз заштитни надзор које су одређене у члану 4. КЗ РС и посебно неке од њих вероватно су биле несхватљиве за судије у смислу могућности њиховог извршења, као што су: по-

сећивање одговарајућих професионалних, психолошких или других саветовалишта, прихватање запослења које одговара стручној спреми и способностима осуђенога, престанак посећивања одређених локала и одређених приредби, располагање личним дохотком у складу са личним и породичним обавезама. По својој природи наведене обавезе из члана 4. већ поменутог раније важећег Кривичног закона Републике Србије су такве да су изазивале сумњу у могућност њиховог спровођења, док су друге обавезе као што су: лечење у одговарајућој здравственој установи, престанак уживања алкохолних пића и опојних дрога, биле изрицане као мере безбедности уз условну осуду.

Законодавац је увођењем нових алтернативних кривичних санкција, уз истовремено задржавање старих, омогућио судовима да имају на располагању више могућности него до сада у примени алтернативних кривичних санкција, ако ни због чега другог оно због њиховог већег броја.

Међутим, постоји и други разлог да судови одмах почну са применом новог Кривичног законика, сходно начелу временског важења кривичног законодавства, да се на учиниоца кривичног дела примењује закон који је важио у време извршења кривичног дела, али и одступања од тог начела по основу ретроактивне примене кривичних закона, уколико је нови закон блажи за учиниоца од оног који је важио у време извршења кривичног дела.

Напред наведени закључак о могућности примене новог Кривичног законика истовремено са његовим ступањем на правну снагу по основу начела ретроактивне примене кривичног закона произилази из чињенице да су прописане казне затвора из новог Кривичног законика за кривична дела која су честа у судској пракси блажа у односу на досадашње кривично законодавство (крађа, тешка крађа, превара, разбојничка крађа, разбојништво, тешка дела против безбедности јавног саобраћаја, недозвољено држање оружја и експлозивних материја, неовлашћена производња опојних дрога и др). Према томе, већ у првих неколико месеци примене новог Кривичног законика (исти је ступио на снагу и примењује се од 01. 01. 2006. године), изузетно је заступљена примена новог Кривичног законика по основу начела ретроактивне примене кривичног закона из напред наведеног разлога, тј. разлога о блаже прописаним кривичним санкцијама.

И управо на самом почетку примене новог Кривичног законика судска пракса наилази на неке проблеме и дилеме у односу на могућност изрицања алтернативних кривичних санкција.

О ПРОБЛЕМИМА У СУДСКОЈ ПРАКСИ У ОДНОСУ НА МОГУЋНОСТ ИЗРИЦАЊА АЛТЕРНАТИВНИХ КРИВИЧНИХ САНКЦИЈА

Можемо одмах скренути пажњу на то да је судска пракса у првих неколико месеци примене новог Кривичног законика веома резервисана у односу на изрицање новчане казне у дневним износима, казне рад у јавном интересу, казне одузимања возачке дозволе и условне осуде са заштитним надзором. Разлози за овакав став судске праксе на самом почетку примене новог Кривичног законика су различити за сваку алтернативну кривичну санкцију и из тог разлога у наставку реферата указаћемо на те проблеме посебно у односу на сваку од напред наведених алтернативних кривичних санкција.

О НОВЧАНОЈ КАЗНИ

Законодавац је у новом Кривичном законику одредио да се новчана казна може одмерити и изрећи или у дневним износима (члан 49. КЗ) или у одређеном износу (члан 50. КЗ).

Могућност изрицања новчане казне у дневним износима код судова изазива велики отпор из разлога што утврђивање висине дневног износа за ову новчану казну води одуговлачењу поступка, с обзиром на обавезу суда да уколико се одлучи на изрицање новчане казне у дневним износима тада је дужан да сходно члану 49. став 4. Кривичног законика, захтева податке од банака или других финансијских установа, државних органа и правних лица у циљу утврђивања висине дневног износа новчане казне. Сложићемо се да се суд одлучује за врсту кривичне санкције тек након окончаног главног претреса, тј. у току већања и гласања, па уколико напред наведени подаци, потребни за утврђивање висине једног дневног износа, недостају у предмету, то би нужно захтевало одлагање главног претреса уколико се суд одлучи за изрицање новчане казне у дневним износима. Осим тога, вођење података који су нужни ради одређивања висине једног дневног износа новчане казне није централизовано, па судови и ни-

су у могућности, уколико им сам оптужени то не саопшти, од којих банака или финансијских организација или државних органа могу тражити те податке.

Напред наведени проблем донекле се ублажава решењем предвиђеним у члану 49. став 5. Кривичног законика да суд може на основу расположивих података по слободној процени утврдити висину једног дневног износа новчане казне, уз услов да суд претходно констатује да се не могу прибавити веродостојни подаци о приходима и расходима учиниоца кривичног дела, односно да констатује да исти не остварује никакав приход али је власник имовине или носилац имовинских права, што опет води утврђивању неких чињеница које директно утичу на трајање кривичног поступка продужењем истог.

С друге стране, новчану казну у одређеном износу из члана 50. Кривичног законика судови могу изрећи тек уколико није могуће утврдити висину дневног износа новчане казне ни на основу слободне процене суда. То значи да је суд обавезан да претходно покуша да изрекне новчану казну у дневним износима и уколико се одлучи за изрицање новчане казне у одређеном износу, тада је дужан да да разлоге зашто није могао да изрекне новчану казну у дневним износима. Ова обавеза суда директно ће утицати на трајање и дужину кривичног поступка из разлога што је суд претходно дужан да покуша да утврди чињенице које ће омогућити изрицање новчане казне у дневним износима, што захтева да се одређено време у оквиру кривичног поступка посвети утврђивању тих чињеница.

Један од разлога за овакав резервисан став судске праксе према изрицању новчане казне у дневним износима или новчане казне у одређеном износу је и чињеница да је висина прописаних новчаних казни вишеструко већа од оних које су до сада изрицане у судској пракси, а законодавац није предвидео могућност ублажавања новчаних казни у оквиру прописаних износа за одређена кривична дела разврстаних по висини прописане казне затвора за та кривична дела, а новчане казне и у дневним износима и у одређеном износу могуће је изрећи само за кривична дела за која се може изрећи казна затвора до три године, а могућност ублажавања новчане казне дозвољена је само у случају ако је суд овлашћен да учиниоца кривичног дела ослободи од казне сходно члану 57. став 2. када суд може без ограничења прописаних за ублажавање казне да исту ублажи.

Одређену недоумицу у судској пракси изазива и то да законодавац у оквиру новчане казне у дневним износима и новчане казне у одређеном износу одређује распон новчаних казни у односу на могућност да се изрекне казна затвора до одређеног броја година, па тако у сваком од ставова предвиђених у члану 49. став 6. тачка 1. до 5. и члану 50. став 3. тачка 1. до 5. говори о висини до које се може изрећи новчана казна за кривична дела за која се може изрећи казна затвора у трајању до одређеног броја година и остаје нејасно зашто законодавац уместо термина "може изрећи казна затвора" није употребио термин "прописана казна затвора", па остаје нејасно да ли се новчана казна може изрећи за она кривична дела за која је предвиђена казна затвора преко три године, јер се и за та кривична дела може изрећи казна затвора до три године. Шта је законодавац овде хтео остаје да се види кроз судску праксу.

Код новчане казне у дневним износима судска пракса се суочава и са проблемом како треба да изгледа изрека пресуде којом се изриче новчана казна у дневним износима, а наиме да ли оптуженог треба осудити, тј. изрећи му новчану казну у одређеном броју дневних износа или пак преко изрицања одређеног броја дневних износа одмах у изреци пресуде одредити и висину новчане казне до које се дошло путем осуде на одређени број дневних износа.

Сматрамо да би пресуда којом се изриче новчана казна у дневним износима, на основу члана 49. Кривичног законика, требало да изгледа овако (узмимо пример да се ради о кривичном делу крађе из члана 203. став 1. Кривичног законика):

"па суд оптуженом Н. Н. применом напред наведеног законског прописа (члан 203. став 1. КЗ), и члана 4. став 2, члана 49. и 51. Кривичног законика, изриче

НОВЧАНУ КАЗНУ У ДНЕВНИМ ИЗНОСИМА

чију висину одмерава на износ од 200.000,00 динара, до које је дошао тако што је претходно оптуженом Н. Н. за наведено кривично дело утврдио број од 200 дневних износа и висину једног дневног износа на 1.000,00 динара, тако да је до висине изречене новчане казне у дневним износима дошао множењем утврђеног броја дневних износа са вредношћу једног дневног износа.

Оптужени Н. Н. је дужан да изречену новчану казну плати у року од два месеца.

Уколико окривљени Н. Н. не плати новчану казну у остављеном року од два месеца, суд ће новчану казну заменити у казну затвора, тако што ће за сваких започетих 1.000,00 динара новчане казне одредити један дан казне затвора, с тим да казна затвора по овом основу не може бити дужа од шест месеци".

На овом месту скрећем пажњу на то да се и неплаћена новчана казна може уместо казном затвора заменити казном рада у јавном интересу сходно члану 51. став 4. КЗ, па би део изреке пресуде када се замењује неплаћена новчана казна казном рада у јавном интересу могао да има овај облик:

"ако окривљени Н. Н. не плати новчану казну у остављеном року од два месеца, неплаћена новчана казна има се заменити казном рада у јавном интересу, тако што ће се за сваких започетих 1.000,00 динара новчане казне одредити осам часова рада у јавном интересу, с тим да рад у јавном интересу по овом основу не може бити дужи од 360 часова".

У судској пракси, форма изреке пресуде којом се изриче новчана казна у одређеном износу (члан 50. Кривичног законика), не изазива проблеме, осим што у образложењу пресуде којом се изриче новчана казна у одређеном износу суд мора да да разлоге зашто није изрекао новчану казну у дневнм износима, с обзиром на обавезу суда да је претходно дужан да покуша да изрекне новчану казну у дневним износима. Та обавеза одређена је у члану 50. став 1. Кривичног законика и уколико изостану разлози код ове врсте пресуде, у односу на то зашто суд није изрекао новчану казну у дневним износима, тада ће бити повређена одредба кривичног законика и то члана 50. став 1. КЗ.

Примећујемо да другостепени судови у жалбеном поступку настоје да уколико постоје разлози за преиначење ожалбене пресуде, изрекну новчану казну у одређеном износу сходно члану 50. Кривичног законика, с тим да у тој ситуацији постоји обавеза другостепеног суда да у разлозима за доношење такве алтернативне кривичне санкције (новчана казна у одређеном износу), наведе да је другостепени суд изрекао новчану казну у одређеном износу из разлога што би изрицање новчане казне у дневним износима сходно члану 49. КЗ, водило одуговлачењу кривичног поступка,

јер би у супротном другостепени суд морао да укине ожалбену пресуду и предмет врати првостепеном суду на поновни поступак са упутством о могућности изрицања новчане казне у дневним износима или би пак то захтевало одржавање главног претреса пред другостепеним судом, што би опет водило одуговлачењу кривичног поступка. Мишљења смо да другостепени судови у жалбеном поступку уколико постоји могућност изрицања новчане казне, одлуче се за изрицање новчане казне у одређеном износу управо са напред наведених разлога, а што не би водило повреди кривичног закона одређеној у члану 50. став 1. Кривичног законика.

И још нешто. Имајући у виду да је висина прописаних новчаних казни у новом Кривичном законику знатно виша од висине прописаних новчаних казни у досадашњем кривичном законодавству, судови примењују кривично законодавство које је важило у време извршења кривичног дела, с обзиром да решења у новом Кривичном законику у односу на могућност изрицања новчане казне нису у већини случајева блажа од оних у раније важећем кривичном законодавству.

О КАЗНИ РАД У ЈАВНОМ ИНТЕРЕСУ - ЧЛАН 52. КРИВИЧНОГ ЗАКОНИКА

Законодавац је одредио у члану 52. став 1. Кривичног законика да се казна рад у јавном интересу може изрећи за кривична дела за која је прописан затвор до три године или новчана казна и дефинисао рад у јавном интересу као сваки друштвено користан рад којим се не вређа људско достојанство и који се не врши у циљу стицања добити.

Дужина казне рад у јавном интересу не може бити краћа од 60 часова, нити дужа од 360 часова и у току једног месеца рад у јавном интересу траје 60 часова и казна рад у јавном интересу може се обавити у времену које не може бити краће од месец дана нити дуже од шест месеци.

Суд је обавезан да приликом одлучивања о изрицању казне рад у јавном интересу утврди да ли је оптужени спреман да обавља рад у јавном интересу и суд ову казну не може изрећи без пристанка учиниоца кривичног дела.

Законодавац је предвидео и могућност замене казне рада у јавном интересу у казну затвора одредивши да се сваких започетих осам часова рада у јавном интересу замењује у један дан затвора.

Казна рад у јавном интересу апсолутно је нова алтернативна кривична санкција у нашем кривичном законодавству. Констатујемо да је овде законодавац отклонио ону сумњу која постоји код изрицања новчане казне, а наиме да ли се новчана казна може изрећи и за кривична дела за која је прописан затвор преко три године, с обзиром да је употребио термин "ако су у питању кривична дела за која се може изрећи казна затвора до три године", овде је законодавац ту сумњу искључио јер је одредио да се казна рад у јавном интересу може изрећи за кривична дела за која је "прописан затвор до три године или новчана казна", па остаје нејасно зашто је законодавац у техници израде текста кривичног закона употребио различите појмове, јер морамо се сложити да појмови "прописан затвор до... " и "може се изрећи казна затвора до... " су различити по својој садржини.

Искуство нам показује да изрицање казне рад у јавном интересу у почетној примени Кривичног законика у судској пракси није заступљено, чини се из разлога што постоји недоумица код судова у односу на то да ли код изрицања казне рад у јавном интересу треба одредити и субјекат код кога се ова казна има извршавати.

На овоме месту можемо да укажемо на то да имајући у виду одредбе Закона о извршењу кривичних санкција које се односе на извршење казне рада у јавном интересу да судови не одређују субјекат у којем би се казна рада у јавном интересу имала извршавати, па би део изреке пресуде којом се изриче казна рад у јавном интересу (у нашем примеру за кривично дело крађе из члана 203. став 1. Кривичног законика), требало да изгледа овако:

"па суд окривљеном применом напред наведеног законског прописа (члан 203. став 1. Кривичног законика) и члана 4. став 2, члана 42. и члана 52. Кривичног законика изриче казну

РАД У ЈАВНОМ ИНТЕРЕСУ

чију дужину одређује на 240 часова, с тим да исти у току једног месеца траје 60 (шездесет) часова и одређује се да буде обављен за време од 4 (четири) месеца.

Ако окривљени не обави део или све часове изречене казне рада у јавном интересу, суд ће ову казну заменити казном затвора, тако што ће за сваких започетих 8 (осам) часова рада у јавном интересу одредити један

дан затвора, а уколико окривљени испуњава све своје обавезе везане за рад у јавном интересу, суд може дужину изреченог рада у јавном интересу умањити за 1/4".

У образложењу ове пресуде треба навести да је окривљени осуђен за кривично дело за које се може изрећи казна рада у јавном интересу и дужан је да да разлоге зашто се одлучио за изрицање казне рад у јавном интересу и суд је посебно дужан да да разлоге о врсти кривичног дела и личности учиниоца који оправдавају изрицање казне рада у јавном интересу и при том је суд дужан да утврди да је оптужени спреман да обавља рад у јавном интересу, јер се рад у јавном интересу не може изрећи без пристанка учиниоца.

Имајући у виду начин на који се доносе одлуке у кривичним поступцима и истовремено имајући у виду решење законодавца да се казна рад у јавном интересу не може изрећи без пристанка учиниоца, овакво решење ствара обавезу суду пред којим се води поступак да на неки начин врши прејудицирање у доношењу одлуке у односу на могућност узимања изјаве од окривљеног да ли је спреман да прихвати казну рад у јавном интересу, и у сваком случају изјава окривљеног о пристанку да је спреман да прихвати казну о раду у јавном интересу уколико му суд исту изрекне, судија појединац или судеће веће морали би од окривљеног узети пре завршетка главног претреса, односно у завршној речи за окривљеног или браниоца.

На овом месту због потпунијег објашњења проблема везаних за изрицање казне рада у јавном интересу указујемо на одредбу члана 182. Закона о извршењу кривичних санкција ("Сл. Гласник РС", бр. 85 од 06. 10. 2005. године), где је одређено да се казна рад у јавном интересу обавља код послодавца који се бави делатношћу у оквиру које се може остварити општа сврха кривичних санкција и да врсту рада одређује повереник посебне организационе јединице Управе за извршење заводских санкција, док је према члану 12. став 2. истог Закона Управа орган управе у саставу Министарства правде Републике Србије и према члану 181. Закона о извршењу кривчних санкција суд који је одлучивао у првом степену покреће поступак за извршење казне рада у јавном интересу пред повереником посебне организационе јединице Управе према пребивалишту, односно боравишту осуђеног лица и повереник прати извршење казне рада у јавном

интересу и о томе обавештава суд и Управу (члан 183. Закона о извршењу кривичних санкција).

О КАЗНИ ОДУЗИМАЊЕ ВОЗАЧКЕ ДОЗВОЛЕ - ЧЛАН 53. КРИВИЧНОГ ЗАКОНИКА

Казна одузимање возачке дозволе апсолутно је нова казна у систему кривичних санкција у нашем кривичном законодавству и законодавац је у новом Кривичном законику одредио да се казна одузимања возачке дозволе може изрећи и као главна и као споредна казна (члан 44. став 2. КЗ), као и новчана казна, док се казна рад у јавном интересу може изрећи само као главна казна. У члану 53. став 1. КЗ законодавац је одредио за која кривична дела се може изрећи казна одузимање возачке дозволе и судови практично имају могућност да ову казну изрекну за скоро сва кривична дела уз услов када се изриче као главна казна за кривична дела за која је прописана казна затвора до две године и истовремено утврде да је у извршењу или припремању извршења кривичног дела коришћено моторно возило. Ова казна се може изрећи и као споредна казна уз казну затвора или новчану казну и њено трајање не може бити краће од једне нити дуже од три године, рачунајући од дана правноснажности одлуке, с тим да се време проведено у затвору не урачунава у време трајања ове казне, а уколико осуђени управља моторним возилом, за време док траје ова казна, суд ће казну одузимања возачке дозволе заменити казном затвора тако што ће за једну годину одузимања возачке дозволе одредити један месец затвора.

У почетној примени Кривичног законика у судској пракси није уочено изрицање казне одузимање возачке дозволе сходно члану 53. Кривичног законика. Разлози за овакво поступање судова леже у чињеници да иако постоји могућност да се ова казна изриче практично у односу на сва прописана кривична дела уз напред наведене услове, да се ипак судови неће одлучивати за њено често изрицање. Најчешће поље примене ове казне може бити код кривичних дела против безбедности јавног саобраћаја, јер би у тим случајевима изрицање ове казне било ефикасније него изрицање мере безбедности одузимања возачке дозволе јер ако осуђени управља моторним возилом за време док траје казна одузимања возачке дозволе, тада се та казна може заменити у казну затвора, док та могућност код кршења забране управљања моторним возилом не постоји.

У сваком случају изрицање казне одузимања возачке дозволе изриче се у форми пресуде, и за потребе овог рада (како треба да изгледа пресуда у случају када је изречена казна одузимања возачке дозволе као главна) користићемо као пример да је учињено кривично дело неовлашћено коришћење туђег моторног возила из члана 213. став 1. Кривичног законика, чија радња се састоји у томе да је учинилац без пристанка овлашћеног лица користио туђе моторно возило и за које кривично дело је законодавац одредио да се учинилац има казнити новчаном казном или затвором до две године и у том случају изрека пресуде за наведено кривично дело којом се изриче казна одузимања возачке дозволе требало би да изгледа овако:

"па суд окривљеном, применом напред наведеног законског прописа (члан 213. став 1. КЗ) и члана 4. став 2, члана 42. и члана 53. КЗ, изриче казну

ОДУЗИМАЊЕ ВОЗАЧКЕ ДОЗВОЛЕ

у трајању од две године, рачунајући овај рок од дана правноснажности пресуде.

Ако окривљени управља моторним возилом за време док траје казна одузимања возачке дозволе, суд ће казну одузимања возачке дозволе заменити казном затвора тако што ће за једну годину одузимања возачке дозволе одредити један месец затвора".

У образложењу пресуде суд је дужан да дâ разлоге о томе да су испуњени услови за изрицање казне одузимања возачке дозволе у смислу члана 53. став 1. Кривичног законика, а наиме да је у питању учинилац кривичног дела у вези са чијим извршењем или припремањем је коришћено моторно возило и суд би требало да дâ разлоге о томе да је у сваком конкретном случају оправдано изрицање казне одузимања возачке дозволе управо због природе самог кривичног дела и посебно образложити део одлуке о начину замене ове казне у казну затвора у случају да окривљени управља моторним возилом за време док траје казна одузимања возачке дозволе.

Код истог кривичног дела (у нашем примеру кривично дело неовлашћено коришћење туђег возила из члана 213. став 1. КЗ), судови могу казну одузимања возачке дозволе изрећи као споредну уз изрицање новчане казне или казне затвора као главне и у том случају део изреке којим се изриче главна казна и споредна казна одузимање возачке дозволе, треба да изгледа овако:

"па суд окривљеном применом напред наведеног законског прописа (члан 213. став 1. КЗ) и члана 4. став 2, члана 42, 44. став 2, 50. и 53. КЗ, као главну изриче

НОВЧАНУ КАЗНУ У ИЗНОСУ ОД 100.000 ДИНАРА

коју је дужан платити у року од два месеца рачунајући од дана правноснажности пресуде, и

као споредну изриче казну

ОДУЗИМАЊЕ ВОЗАЧКЕ ДОЗВОЛЕ

која има трајати једну годину, рачунајући овај рок од дана правноснажности пресуде.

Уколико окривљени не плати новчану казну у остављеном року од два месеца, иста ће бити замењена у казну затвора тако што ће се за сваких започетих 1.000,00 динара новчане казне одредити један дан затвора.

Ако осуђени управља моторним возилом за време док траје казна одузимање возачке дозволе, као споредна, суд ће казну одузимања возачке дозволе заменити у казну затвора тако што ће за једну годину одузимања возачке дозволе одредити један месец затвора".

У образложењу одлуке о казни, првостепени суд треба да наведе разлоге којима се руководио при изрицању ових казни, водећи при томе рачуна да је дужан да да разлоге о томе зашто у конкретном случају није изрекао новчану казну као споредну у дневним износима, већ новчану казну у одређеном износу. Суд је, такође, дужан да посебно образложи разлоге за замену неплаћене новчане казне и замену казне управљања моторним возилом у казну затвора ако осуђени управља моторним возилом за време док траје казна одузимања возачке дозволе као споредна.

О ПОРАВНАЊУ УЧИНИОЦА И ОШТЕЋЕНОГ - ЧЛАН 59. КРИВИЧНОГ ЗАКОНИКА

Овај институт апсолутно је нов у нашем кривичном законодавству и исти представља основ за ослобођење од казне учиниоца кривичног дела за којег је прописана казна затвора до три године или новчана казна, уз услов да је окривљени на основу постигнутог споразума са оштећеним ис-

пунио све обавезе из тог споразума (члан 59. став 1. КЗ) и уколико је дошло до таквог споразума, а имајући у виду као пример из овог рада да је учињено кривично дело крађе из члана 203. став 1. Кривичног законика за које је прописана казна затвора до три године или новчана казна, тада суд може таквог учиниоца кривичног дела ослободити од казне. У том случају врста одлуке је пресуда и том пресудом која се изриче у име народа, окривљени се оглашава кривим за учињено кривично дело а део изреке о санкцији у том случају гласи:

"па суд окривљеног на основу члана 59. став 1. Кривичног законика

ОСЛОБАЂА ОД КАЗНЕ. "

У образложењу такве пресуде суд треба да да разлоге да су испуњени законски услови из члана 59. Кривичног законика а наиме да се ради о кривичном делу за које је прописана казна затвора до три године или новчана казна и да је дошло до споразума окривљеног са оштећеним, као и да је окривљени испунио све обавезе из тог споразума, наводећи и садржину тог споразума.

Суд може и сходно члану 59. став 2. Кривичног законика ослободити од казне учиниоца кривичног дела за којег је прописана казна затвора до пет година, уз услов да је окривљени после извршеног кривичног дела, а пре него што је сазнао да је откривен отклонио последице дела или надокнадио штету проузроковану кривичним делом. У том случају, првостепени суд је дужан да у образложењу пресуде наведе разлоге да је оптужени отклонио последице дела, односно надокнадио штету проузроковану кривичним делом, пре него што је сазнао да је откривен као извршилац кривичног дела.

О УСЛОВНОЈ ОСУДИ СА ЗАШТИТНИМ НАДЗОРОМ - ЧЛАН 71. КРИВИЧНОГ ЗАКОНИКА

Нови Кривични законик преузео је и условну осуду са заштитним надзором као алтернативну кривичну санкцију јер је у члану 71. одредио да се учинилац коме је изречена условна осуда може ставити под заштитни надзор за одређено време у току времена проверавања. Као што смо на почетку излагања рекли ова врста санкције није заживела у судској пракси иако је постојала и у ранијем кривичном законодавству, али мишљења

смо да је иста по својој природи таква да заслужује пажњу од стране судова, јер даје широке могућности у остваривању опште сврхе кривичних санкција и посебно спречавање учиниоца да чини кривична дела и зато намеће обавезу судовима да се упознају са начином извршења условне осуде са заштитним надзором која је одређена у Закону о извршењу кривичних санкција и то у одредбама од члана 186. до члана 201. У тим одредбама је одређено да суд који је донео првостепену одлуку дужан је да исту достави поверенику у року од три дана од дана када је одлука постала извршна и то поверенику према пребивалишту, односно боравишту осуђеног лица који се потом стара о извршењу условне осуде са заштитним надзором и исти је обавезан да најмање једном у шест месеци обавештава суд који је одредио заштитни надзор о резултатима извршења заштитног надзора.

Форма изреке пресуде којом се изриче условна осуда са заштитним надзором треба да изгледа овако:

"па суд окривљеном применом напред наведеног законског прописа (члан 203. став 1. КЗ РС) и члана 4. став 2, чл. 64. и 71. КЗ, изриче

УСЛОВНУ ОСУДУ СА ЗАШТИТНИМ НАДЗОРОМ

тако што се окривљеном Н. Н. за напред наведено кривично дело утврђује казна затвора у трајању од пет месеци и истовремено одређује да се иста неће извршити ако окривљени за време од три године рачунајући од дана правноснажности пресуде не учини ново кривично дело.

Суд одређује да се окривљени Н. Н. има ставити под заштитни надзор за време од једне године и то тако што се исти има подвргнути лечењу од алкохолизма у одговарајућој здравственој установи.

У случају да окривљени не испуњава обавезе које су му одређене условна осуда се има опозвати".

У образложењу такве пресуде, суд треба да да разлоге којима се руководио када је изрекао ову санкцију и при том је дужан да наведе законске разлоге за то, а ти разлози садржани су у одредбама од члана 71. до 76. Кривичног законика.

Како у судској пракси нису уочени проблеми у вези са изрицањем условне осуде (члан 65. КЗ) и судске опомене (члан 77. КЗ), то расправа о овим алтернативним кривичним санкцијама у овом реферату изостаје, као

и расправа о проблемима у вези са изрицањем васпитних мера према малолетничком кривичном законодавству, која би могла да буде и тема посебног реферата.

О ИЗВРШЕЊУ АЛТЕРНАТИВНИХ КРИВИЧНИХ САНКЦИЈА

Судови који изричу кривичне санкције морали би у сваком случају да се упознају и са садржином Закона о извршењу кривичних санкција и посебно у оном делу који се односи на извршење алтернативних кривичних санкција, јер ће им то у сваком случају омогућити потпуније сагледавање проблематике у односу на избор кривичне санкције и могућност њиховог извршења.

На овом месту за потребе овог реферата указујемо на несагласност одредбе о извршењу новчане казне из члана 51. став 2. Кривичног законика и члана 176. и 177. Закона о извршењу кривичних санкција.

О чему се заправо ради?

Наведене одредбе из Кривичног законика и Закона о извршењу кривичних санкција су у супротности и то битној, јер је према Кривичном законику (члан 51. став 3) одређено да се новчана казна одмах замењује у казну затвора уколико осуђени исту не плати, док се у наведеним одредбама из Закона о извршењу кривичних санкција уређује поступак принудне наплате новчане казне. Значи ради се о апсолутно различитим решењима у овој ситуацији и захтева се хитно усклађивање наведених законских одредби.

Ближе прописе о извршењу казне рада у јавном интересу доноси министар надлежан за правосуђе, у сарадњи са министром надлежним за рад, док ближе прописе о извршењу заштитног надзора доноси министар надлежан за правосуђе и до дана писања овог рада ти ближи прописи још увек нису донети или су непознати судовима и очигледно је да се са доношењем и применом ових ближих прописа касни иако је почела примена новог Кривичног законика, што свакако отежава рад судова у односу на могућност изрицања нових алтернативних кривичних санкција. У односу на извршење казне одузимања возачке дозволе у члану 185. Закона о извршењу кривичних санкција одређено је да суд који је одлучивао у првом степену, доставља извршну одлуку о изрицању казне одузимања возачке

дозволе органу унутрашњих послова надлежном према пребивалишту, односно боравишту осуђеног лица у време када је одлука којом је изречена казна постала правноснажна.

ЗАКЉУЧНЕ НАПОМЕНЕ

Почетни проблеми уочени у судској пракси у примени новог Кривичног законика код изрицања нових алтернативних кривичних санкција сигурно ће временом нестајати, најпре из разлога обогаћивања судске праксе, затим заузимања правних схватања и доношења ближих прописа којима се уређује питање извршења алтернативних кривичних санкција, али и из разлога неопходности перманентног стручног усавршавања судија, тужилаца и адвоката, све у циљу остварења једног од основних начела садржаног у праву на правично суђење.

Јанко Лазаревић,
судија Врховног суда Србије

КАЗНЕ У КРИВИЧНОМ ЗАКОНИКУ СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА КАЗНУ ЗАТВОРА

Кривично право је незамисливо без казне, односно оно би без ње сасвим променило свој карактер. Зато данас не постоји ни једна држава која би била спремна да се лиши казне као вољног причињавања одређеног зла учиниоцу дела. Казна је законом предвиђена репресивна мера која се у циљу сузбијања криминалитета примењује према учиниоцу кривичног дела на основу одлуке суда након спроведеног кривичног поступка. Најважнија разлика у овом појму, у односу на појам кривичних санкција, јесте што се овде као претпоставка за примену казне тражи да је учињено кривично дело. Чланом 42. прописана је сврха кажњавања, па се каже да у оквиру опште сврхе кривичних санкција сврха кажњавања је:

1. спречавање учиниоца да чини кривична дела и утицање на њега да убудуће не чини кривична дела;

2. утицање на друге да не чине кривична дела и

3. изражавање друштвене осуде за кривично дело, јачање морала и учвршћивање обавезе поштовања закона.

У новом Кривичном законику предвиђене су следеће казне:

1. казна затвора

2. новчана казна

3. рад у јавном интересу

4. одузимање возачке дозволе.

Из наведеног јасно произилази да су рад у јавном интересу и одузимање возачке дозволе две нове казне, јер је у досадашњем кривичном закону постојала казна затвора и новчана казна. Ове казне се деле на главне и споредне па се казна затвора и рад у јавном интересу могу изрећи са-

мо као главне казне, а новчана казна и одузимање возачке дозволе могу се изрећи и као главна и као споредна казна. Ако је за једно кривично дело прописано више казни само се једна може изрећи као главна казна. Само главна казна се може изрећи самостално, с тим што се уз њу може изрећи и споредна казна. Изрицање споредне казне је обавезно само онда када је она кумулативно прописана уз главну казну (затвор и новчана казна). У осталим случајевима суд процењује да ли је оправдано уз главну казну и остваривање сврхе кажњавања да се изрекне и споредна казна. Суд може изрећи и условну осуду и новчану казну као главну казну (нарочито у случају ако је за кривично дело кумулативно прописан затвор и новчана казна), јер се ради о две врсте санкција и није искључена њихова истовремена примена, ако то налаже општа сврха кривичних санкција. Неспорно је да се уз казну затвора као главну казну могу изрећи као споредне новчана казна и одузимање возачке дозволе. Поставља се питање да ли се новчана казна као споредна казна може изрећи уз казну рада у јавном интересу. Одговор на ово питање је да се може уз казну рада у јавном интересу изрећи и новчана казна као споредна. Што се тиче новчане казне и казне одузимања возачке дозволе неспорно је да се казна одузимања возачке дозволе може изрећи уз новчану казну као главну казну. Дакле, ако суд одлучи да изрекне те две казне заједно, узимајући новчану казну као главну, а одузимање возачке дозволе као споредну. Одузимање возачке дозволе не може се као споредна казна изрећи уз казну рада у јавном интересу, а што произилази из члана 53. став 3. КЗ. За једно кривично дело не може се изрећи више главних казни, већ само једна казна.

Казна затвора прописана је у члану 45. Кривичног законика и она не може бити краћа од 30 дана нити дужа од 20 година. Казна затвора изриче се на пуне године и месеце, а до шест месеци и на дане. За најтежа кривична дела и најтеже облике тешких кривичних дела може се уз казну од 20 година изузетно прописати и казна затвора од 30 до 40 година. Казна затвора од 30 до 40 година изриче се на пуне године. Ова казна од 30 до 40 година не може се изрећи лицу које у време извршења кривичног дела није навршило 21 годину живота. Из напред наведеног произилази да је општи максимум повећан са 15 на 20 година а да за најтеже кривично дело уместо досадашње предвиђене казне од 40 година од сада се може изрећи казна затвора од 30 до 40 година. За казну затвора од 30 до 40 година потребно је истаћи као што је већ наведено да се она изриче само на

пуне године тако да се не може изрећи 35 година и 6 месеци, већ само 35, 36, 37, итд., односно у распону од 30 до 40 година.

Осуђени који је издржао половину казне може се условно отпустити са издржавања казне, ако се у току издржавања казне тако поправио да се може са основом очекивати да ће се на слободи добро владати, а нарочито да до истека времена за које је изречена казна не учини ново кривично дело. При оцени да ли ће се осуђени условно отпустити узеће се у обзир његово владање за време издржавања казне, извршавање радних обавеза, с обзиром на његову радну способност, као и друге околности које показују да је постигнута сврха кажњавања. У случају ако условни отпуст не буде опозван, сматра се да је осуђени издржао казну. Дакле, да би осуђено лице добило условни отпуст потребно је да је издржало најмање једну половину казне и да се за време издржавања казне тако поправило да се са основом може очекивати да више неће вршити кривична дела. У члану 47. Кривичног законика, прописани су услови за опозивање условног отпуста, па је тако наведено да ће суд опозвати условни отпуст ако осуђени, док је на условном отпусту, учини једно или више кривичних дела за које је изречена казна затвора преко једне године. Такође суд може опозвати условни отпуст, ако условно отпуштени учини једно или више кривичних дела за која је изречена казна затвора до једне године. При оцени да ли ће опозвати условни отпуст суд ће нарочито узети у обзир сродност учињених кривичних дела, побуде из којих су учињена и друге околности које указују на оправданост опозивања условног отпуста. Напред наведено примењиваће се и кад се условно оптуштен осуди за кривично дело које је учинио пре него што је условно отпуштен. Кад суд опозове условни отпуст изрећи ће казну применом одредаба члана 60. и 62. став 2. Кривичног законика, узимајући раније изречену казну као већ утврђену, а део казне који је оптужени издржао по ранијој осуди урачунава се у нову казну, а време проведено на условном отпусту не урачунава се. Ако условно отпуштени буде осуђен на казну затвора до једне године, а суд не опозове условни отпуст, продужава се условни отпуст за време које је осуђени провео на издржавању те казне затвора. Условни отпуст се може опозвати најкасније у року од две године од дана када је условни отпуст истекао.

Одмеравање казне је најзначајнији део кривичног поступка за лице коме се суди, а које је извршило кривично дело. Након правилног и потпуно утврђеног чињеничног стања и одређивања правне квалификације, приступа

се одмеравању казне. Одмеравање казне ни мало није лако и то је једна од најтежих фаза у кривичном поступку. У члану 54. Кривичног законика прописана су општа правила о одмеравању казне, па се у овом члану каже да ће суд учиниоцу кривичног дела одмерити казну у границама које су законом прописане за то дело, имајући у виду сврху кажњавања и узимајући у обзир све околности које утичу да казна буде мања или већа (олакшавајуће и отежавајуће околности), а нарочито: степен кривице, побуда из које је дело учињено, јачину угрожавања или повреде заштићеног добра, околности под којима је дело учињено, ранији живот учиниоца, његове личне прилике, његово држање после учињеног кривичног дела, а нарочито његов однос према жртви кривичног дела, као и друге околности које се односе на личност учиниоца. При одмеравању новчане казне у одређеном износу (члан 50. КЗ) суд ће посебно узети у обзир и имовно стање учиниоца. Околност која је обележје кривичног дела не може се узети у обзир и као отежавајућа, односно олакшавајућа околност, изузев ако прелази меру која је потребна за постојање кривичног дела или одређеног облика кривичног дела или ако постоје две или више оваквих околности, а само једна је довољна за постојање тежег, односно лакшег облика кривичног дела.

Критеријуми за редовно одмеравање казне тј., одмеравање казне која се креће у оквиру прописане казне за одређено кривично дело јесу: прописана казна, сврха кажњавања и олакшавајуће и отежавајуће околности. Приликом одмеравања казне суд мора у првом реду водити рачуна о прописаној казни за учињено кривично дело. Прописани распон казне би требало да буде један од основних оријентира приликом одмеравања казне.

Казна затвора у нашем праву се одмерава између посебног минимума и посебног максимума. Уколико није прописан посебан минимум или посебан максимум, примењује се општи минимум или општи максимум, тј., најмања, односно највећа мера те казне коју закон уопште дозвољава. Приликом одмеравања казне, суд мора водити рачуна о томе да је у конкретном случају потребно постићи сврху кажњавања. Трећи критеријум при одмеравању казне су олакшавајуће и отежавајуће околности и служи томе да се у оквиру прописане казне, а водећи рачуна о сврси казне, дође до тачно одређене казне, тј., те околности представљају непосредан основ за одмеравање казне. Кривични закон не прихвата прецизирање олакшавајућих и отежавајућих околности, нити садржи њихов "каталог" већ се приклања другом решењу које указује на најважније околности које суд мора узети у поступку од-

меравања казне. У зависности од тога како је остварена у конкретном случају, једна иста околност може бити или отежавајућа или олакшавајућа околност. То су следеће околности: степен кривице, побуде из којих је дело учињено, јачина угрожавања или повреда заштићеног добра, околности под којима је дело учињено, ранији живот учиниоца, његове личне прилике, његово држање после учињеног кривичног дела (нарочито његов однос према жртви), као и друге околности које се односе на личност учиниоца. То су околности на које законодавац посебно указује, што значи да осим њих, суд треба да узме у обзир и друге евентуалне околности које би могле имати значаја за одмеравање казне. На основу наведених околности суд може одмерити и изрећи казну која је у границама прописаних за кривично дело за које се казна одмерава (између посебног минимума и посебног максимума). Те наведене и утврђене околности у образложењу пресуде треба образложити. Посебно треба истаћи да околност која је обележје кривичног дела не може се узети у обзир и као отежавајућа, односно олакшавајућа околност, изузев ако прелази меру која је потребна за постојање кривичног дела, или ако постоје две или више оваквих околности, а само је једна довољна за постојање тежег, односно лакшег облика кривичног дела, а што је прописано у члану 54. став 3. Кривичног законика.

Кад суд одмерава казну учиниоцу за кривично дело које је учинио после издржане, опроштене, или застареле казне или ослобођења од казне, по протеку рока за опозивање условне осуде или после изрицања судске опомене, може ту околност узети као отежавајућу, ценећи при том посебно тежину раније учињеног кривичног дела, да ли је раније дело исте врсте, као и ново дело, да ли су оба дела учињена из истих побуда, околности под којима су дела учињена и колико је времена протекло од раније осуде, односно од изречене, опроштене или застареле казне, ослобођења од казне од протека рока за опозивање раније условне осуде или од изречене судске опомене. Кривични законик не предвиђа поврат као основ за пооштравање казне. Чињеница да поврат више не може бити основ за пооштравање казне, ипак не значи да је законодавац поврат свео на ранг било које друге отежавајуће околности која се може подвести под опште одредбе из члана 54. КЗ. Самим тим што га издваја у засебан члан, законодавац је хтео да изрази став да поврат има посебан значај и да укаже на релевантне околности које суд треба да има у виду када одмерава казну учиниоцу који се налази у поврату.

Одредбе члана 56. и 57. Кривичног законика говоре о ублажавању казне односно о границама ублажавања казне.

Суд може учиниоцу кривичног дела изрећи казну испод границе прописане законом или блажу врсту казне, кад:

1. закон предвиђа да се казна може ублажити;

2. закон предвиђа да се учинилац може ослободити од казне, а суд га не ослободи од казне;

3. утврди да постоје нарочито олакшавајуће околности и оцени да се и са ублаженом казном може постићи сврха кажњавања.

Институт ублажавања казне, односно начин одмеравања казне омогућава суду да под одређеним условима може да изрекне казну која је блажа од прописане за кривично дело за које одмерава казну. То може бити казна која је по мери нижа од прописаног минимума за одређено кривично дело, или блажа врста казне од оне која је за то дело прописана. Обзиром на то, разликује се ублажавање по врсти и по мери. Институтом ублажавања казне закон, уствари, дозвољава примену друге казне која је по врсти блажа или пак успоставља нове, шире казнене распоне у оквиру којих суд може изрећи казну нижу од посебног минимума прописане казне. Постоје две врсте ублажавања које су прописане у члану 56. У тачки 1. и 2 чл. 56. КЗ се говори о законском, а у тачки 3. о судском ублажавању казне. У првом случају суд је више везан законом, док у другом случају ублажавање казне у много већој мери зависи од процене суда. Разлика између законског и судског ублажавања је релативног карактера и ову поделу треба схватити условно. У првом случају суд је више везан законом, док у другом ублажавање казне у много већој мери зависи од његове процене. Дакле, не би се могло говорити о томе да суд код законског ублажавања казне аутоматски примењује законске одредбе, нити пак да код судског ублажења уопште није везан законом.

Законски основи за ублажавање казне прописани су како у општем делу, тако и у посебном делу код одређених кривичних дела. У општем делу прописано је више основа за ублажавање казне. Сви су они факултативног карактера. То су:

1. прекорачење граница нужне одбране

2. прекорачење граница крајње нужде

3. изазивање опасности из нехата код крајње нужде

4. компулзивна сила и претња

5. битно смањена урачунљивост

6. отклоњива правна заблуда

7. покушај

8. помагање

9. одсуство личног односа, својства или околности код подстрекача или помагача.

Неки од наведених основа уколико постоје одређени додатни, допунски услови (тако прекорачење границе нужне одбране и крајња нужда) представљају основ за ослобађање од казне. У посебном делу, код појединих кривичних дела, такође се може прописати могућност ублажавања казне. Наше кривично законодавство, међутим, скоро да не користи ту могућност. Само код кривичног дела самовољног одсуствовања и бекства из војске – члан 399. КЗ предвиђа се могућност ублажавања казне учиниоцу дела који се добровољно јави надлежном органу ради врешења војне службе. У основе за законско ублажавање казне спада и одредба која даје овлашћење суду да у случају када је прописан неки основ за ослобођење од казне (било у општем било у посебном делу), може учиниоцу казну (неограничено) ублажити уколико га не ослободи од казне.

За судско ублажавање казне потребна су два услова:

1. да постоје две или више нарочито олакшавајуће околности

2. да суд оцени да се и са ублаженом казном у конкрентом случају може постићи сврха кажњавања.

Ради се о генералном овлашћењу суда који може увек онда када сматра да су ова два услова испуњена да ублажи казну.

Нарочито је спорно да ли је дозвољено судско ублажавање казне у случају постојања и неке отежавајуће околности. У принципу, постојање неке отежавајуће околности не искључује примену одредбе члана 56. став 3. КЗ. То зависи од тога о каквим се отежавајућим околностима ради и у каквом су односу оне према нарочито олакшавајућим околностима, као и према услову да се и са ублаженом казном може постићи сврха кажњавања.

Кад постоје услови за ублажавање казне који су прописани у члану 56. Кривичног законика, суд ће ублажи казну у овим границама:

1. ако је за кривично дело као најмања мера казне прописан затвор у трајању од 5 или више година, казна се може ублажити до 2 године затвора

2. ако је за кривично дело као најмања мера казне прописан затвор у трајању од 3 године, казна се може ублажити до 1 године затвора

3. ако је за кривично дело као најмања мера казне прописан затвор од 2 године, казна се може ублажити до 6 месеци затвора

4. ако је за кривично дело као најмања мера прописан затвор од 1 године, казна се може ублажити до 3 месеца затвора

5. ако је за кривично дело као најмања мера прописан затвор испод 1 године, казна се може ублажити до 30 дана затвора

6. ако је за кривично дело прописана казна затвора без назначења најмање мере, уместо затвора може се изрећи новчана казна или рад у јавном интересу

7. ако је за кривично дело прописана новчана казна са назначењем најмање мере, казна се може ублажити до 10.000 динара.

Кад је суд овлашћен да учиниоца кривичног дела ослободи од казне може му казну ублажити, без ограничења прописаних за ублажавање казне.

Из напред наведеног јасно произлази да је Кривични законик прописао границе ублажавања казне. Кад постоје услови за ублажавање казне, суд ће ублажити казну према правилима прописаним у члану 57. став 1. од тачке 1. до 7.

За разлику од судског ублажавања казне која је увек ограничена, код којег је суд везан одређеним правилима и доњом границом до које казну може ублажити, законско ублажавање казне може бити и неограничено онда кад постоји неки од основа за ослобођење од казне. То значи да онда када закон предвиђа за суд учиниоца може ослободити од казне, може му уместо тога казну неограничено ублажити. Неограничено ублажавање казне се може вршити у читавом простору између општег и посебног минимума, а укључује и ублажавање по врсти.

Поред института ублажавања казне Кривични законик познаје и ослобођење од казне која је прописана у члану 58. Суд може ослободити од казне учиниоца кривичног дела само кад то закон изричито предвиђа. Такође може ослободити од казне и учиниоца кривичног дела учињеног из нехата, кад последице дела тако тешко погађају учиниоца да изрицање казне у таквом случају очигледно не би одговарало сврси кажњавања.

Институт о ослобођењу од казне подразумева да учинилац кривичног дела не мора увек да буде кажњен, било из одређених криминално-политичких разлога, било зато што су циљеви казни иначе већ постигнути. За разлику од ублажавања казне, суд може учиниоца ослободити од казне само у оним случајевима који су изричито предвиђени у Кривичном законику. Они су превиђени како у општем делу КЗ тако и у посебном делу, тј. код појединих кривичних дела.

У општем делу Кривичног законика прописано је више основа за ослобођење од казне. Сви су они факултативног карактера. То су:

1. прекорачења граница нужне одбране услед јаке раздражености или препасти изазване нападом

2. прекорачење граница крајње нужде учињено под нарочито олакшавајућим околностима

3. неподобан покушај

4. добровољни одустанак

5. добровољно спречавања извршења кривичног дела.

И у посебном делу, пре свега из политичких разлога, предвиђени су код појединих кривичних дела факултативни основи за ослобођење од казне. Нпр., учинилац кривичног дела давања мита који је дело пријавио пре него што је сазнао да је оно откривено, може се ослободити од казне.

У вези са ослобођењем од казне предвиђено је неограничено ублажавање казне, тј., могућност искључења примене одредбе којом се прописују границе ублажавања казне. У случајевима постојања неког од законом прописаних основа за ослобођење од казне, казна се може неограничено ублажити. Ослобођењем од казне се не дира у постојање кривичног дела. Кривично дело са свим својим елементима постоји, то је битна разлика у односу на ситуације где не може доћи до кажњавања зато што постоји неки од општих основа који искључује кривично дело (противправност или кри-

вица). То значи да се ослобађа од казне онај учинилац кривичног дела који се у начелу може казнити. У случају ослобођења од казне доноси се осуђујућа пресуда којом се учинилац оглашава одговорним за учињено кривично дело, али се ослобађа од казне. С обзиром на то да је реч о осуђујућој пресуди, она се уписује у казнену евиденцију, а брише се из ње наступањем законске рехабилитације ако осуђени у року од једне године од дана правноснажности судске одлуке не учини ново кривично дело. У случају ослобођења од казне, не могу наступити правне последице осуде.

Сем наведених основа за ослобођење од казне у општем и посебном делу, Кривични законик у општем делу предвиђа и специфичан основ за ослобођење од казне. За његову примену потребно је да су испуњени следећи услови: прво да је дело учињено из нехата, а друго да последице дела тако тешко погађају учиниоца да изрицање казне у таквом случају очигледно не би одговарало сврси кажњавања. Ради се о основу за ослобођење од казне који се у начелу може применити код свих кривичних дела учињених из нехата. Но, по природи ствари, његова примена долази у обзир нарочито код неких кривичних дела (нпр., кривично дело против безбедности јавног саобраћаја, кривично дело убиства из нехата и друго). Поред тога, када је реч о кривичном делу из нехата за примену овог основа потребно је да кумулативно буду испуњена два услова која су у тесној вези: један захтева да последице дела тешко погађају учиниоца, а други да због тога изрицање казне не би одговарало сврси кажњавања. Остварење оба, а нарочито другог услова, у конкретном случају у великој мери зависи од процене суда. У судској пракси преовлађује став да тумачење другог услова треба тумачити шире у смислу да није увек неопходно да последица кривичног дела буде остварена на добрима учиниоца, ваћ да учинилац може бити тешко погођен и последицама које трпе друга лица под условом да је он са њима у блиским односима и с обзиром на стварне односе према тим лицима.

Члан 60. Кривичног законика говори о стицају кривичних дела па се у ставу првом каже да ако је учинилац једном радњом или са више радњи учинио више кривичних дела за која му се истовремено суди, суд ће претходно утврдити казне за свако од тих дела, па ће се за сва та дела изрећи јединствена казна. Јединствену казну суд ће изрећи по следећим правилима:

1. ако је за неко од кривичних дела у стицају утврдио казну затвора од 30 до 40 година изрећи ће само ту казну

2. ако је за кривично дело у стицају утврдио казну затвора, повисиће најтежу утврђену казну с тим да јединствена казна не сме достићи збир утврђених казни, нити прећи 20 година затвора

3. ако су за сва кривична дела у стицају прописане казне затвора до 3 године, јединствена казна не може бити већа од 10 година затвора

4. ако је за кривична дела у стицају утврдио само новчане казне, изрећи ће једну новчану казну у висини збира утврђених казни, с тим да она не сме прећи 18.000.000,00 динара, а ако је утврдио само новчане казне у одређеним износима (члан 50.), она не сме прећи 1.000.000,00 динара, односно 10.000.000,00 динара када су једно или више кривичних дела извршени из користољубља

5. ако је за кривично дело у стицају утврдио само казну рада у јавном итересу, изрећи једну казну рада у јавном интересу у висини збира утврђених часова рада, с тим да она не сме прећи 360 часова, а време у коме се рад мора обавити не сме бити дуже од 6 месеци и

6. ако је за нека кривична дела у стицају утврдио казне затвора, а за друга дела новчане казне, изрећи ће једну казну затвора и једну новчану казну по одредбама тачке 2. до 4. става 2. члана 60. Кривичног законика.

Новчану казну као споредну казну суд ће изрећи ако је утврђена макар и за једно кривично дело у стицају, а ако је утврдио више новчаних казни, изрећи ће једну новчану казну у складу са одредбом става 2. тачке 4. члана 60. КЗ. Ако суд утврди новчану казну као главну казну, а утврди и новчану казну као споредну казну изрећи ће једну новчану казну примењујући правила из става 2. тачке 4. члана 60. КЗ.

Ако је суд за кривична дела у стицају утврдио казне затвора и малолетничког затвора, изрећи ће казну затвора као јединствену казну применом правила предвиђених у ставу 2. тачке 2. члана 60. КЗ.

Према одредбама члана 60. став 2. Кривичног законика принцип апсорпције примењује се онда када је за једно дело у стицају утврђена казна затвора од 30 до 40 година у ком случају она апсорбује друге казне. Например, ако је суд за једно дело утврдио казну затвора у трајању од 33 године а за друго пет година ирећиће јединствену казну затвора од 33 го-

дине. Такође апсорпција се примењује и онда ако је за неко кривично дело у стицају утврђена казна затвора од 20 година. Постоји и тзв. нужна апсорпција у случају да је за једно кривично дело утврђена казна затвора у трајању од 30 дана, а за друго у трајању од 6 месеци или дуже, јер се казна затвора преко 6 месеци не може изрицати на дане, што је прописано у члану 45. став 2. КЗ, а према принципу апсорпције јединствена казна мора бити мања од збира појединачих казни.

Принцип асперације према одредбама члана 60. КЗ примењује се у случају кад су за поједина дела у стицају утврђене казне затвора. Према принципу асперације, ако је за више дела утврђено више казни затвора, суд ће изрећи јединствену казну која мора бити већа од сваке појединo утврђене казне, али не сме достигнути збир утврђених казни. Другим речима, мора се повисити најстрожа појединачна казна, с тим да јединствена казна мора бити мања од збира свих појединих казни. Јединствена казна је ограничена општим максимумом казне затвора. Она не сме прећи општи максимум, тј., 20 година затвора.

Примена принципа асперације, и онда када је он ограничен општим максимумом као што је то случај са постојећим решењем из Кривичног законика, нема за резултат долажење до једне тачно утврђене, фиксне казне већ се долази до распона у оквиру којег ће се одмерити јединствена казна. Тај распон је одређен тако да је минимум јединствене казне повишена најтежа од утврђених казни, а максимум она казна која је мања од збира свих појединачних казни. Нпр., ако је за три кривична дела утврђена казна затвора у трајању од 1, 2, и 3 године, јединствена казна се мора кретати у распону од 3 године и 1 месеца до 5 година и 11 месеци. Тиме су одређени оквири у којима се одмерава јединствена казна, али одредбе члана 60. не дају даље критеријуме за одмеравање јединствене казне у оквиру тог распона који може бити доста широк. Приликом одмеравања јединствене казне у оквиру распона који се добија применом принципа асперације не би било оправдано поново узимати у обзир и процењивати све оне околности на основу којих је одмерена свака појединачна казна. Ипак, није могуће потпуно раздвојити околности које су релевантне само за одмеравање појединачних казни и оне које треба узимати у обзир приликом одмеравања јединствене казне. Неке од околности које су узете у обзир приликом одмеравања појединачних казни могу добити један нови квалитет, односно могу се другачије посматрати ако се имају у виду и остала учињена кривична дела.

У сваком случају приликом одмеравања јединствене казне у првом плану јесте укупна оцена о свим учињеним кривичним делима на основу значаја и тежине коју оне заједно имају, њихов међусобни однос у вези са тим њихова већа или мања самосталност, а такође и однос учиниоца према свим делима. За одмеравање јединствене казне није меродавна прописана казна. Распон у оквиру кога се казна одмерава одређен је искључиво принципом асперације и горња граница тог распона може бити знатно виша од прописане казне за појединачна кривична дела, тако да би се могло рећи да је у питању својеврсно пооштравање казне, тј. јединствена казна може бити знатно виша од прописаног посебног максимума за поједина кривична дела. Та горња граница је ограничена општим максимумом. Јединствена казна може ићи све до збира свих појединачних казни умањено за месец дана (с тим да се не пређе општи максимум од 20 година). Кривични законик ипак предвиђа једно ограничење у том погледу. Циљ тог ограничења јесте да се код лакших кривичних дела отклони могућност изрицања дугих казни затвора која не би била адекватна за таква кривична дела и њихове учиниоце. Ограничење се састоји у томе да ако су за сва кривична дела у стицају прописане казне затвора до 3 године, јединствена казна не може прећи 10 година затвора.

Принцип кумулације у нашем кривичном законодавству примењује се онда када је суд за кривично дело у стицају утврдио само новчане казне. Тада се изриче јединствена казна која одговара збиру појединачних казни, с тим да она не сме прећи општи максимум новчане казне. Наиме, ако је бар за једно кривично дело суд утврдио новчану казну користећи систем дневних износа, онда јединствена казна не сме прећи износ од 18.000.000,00 динара, ако је утврдио само новчане казне у одређеним износима (члан 50. КЗ), она не сме прећи 1.000.000,00 динара, односно 10.000.000,00 ако је бар једно кривично дело у стицају извршено из користољубља. То је код омеравања казне за кривично дело учињено у стицају најједноставнија ситуација када се до јединствене казне долази простим сабирањем појединачно утврђених казни.

Ако је за нека кривична дела у стицају утврдио казне затвора, а за друга дела новчане казне, суд ће изрећи једну казну затвора и једну новчану казну примењујући принцип асперације у погледу затвора, а принцип кумулације у погледу новчане казне.

Ако је суд за кривично дело у стицају утврдио само казне рада у јавном интересу, изрећи ће јединствену казну рада у јавном интересу у висини збира утврђених часова рада, с тим да она не сме прећи 360 часова, а време у коме се рад мора обавити не сме бити дуже од шест месеци.

Законом није предвиђена могућност да се за нека кривична дела учињена у стицају утврди условна осуда, а за друга кривична дела затвор, те да се изрекне заједно казна затвора и условна осуда, али се таква могућност изричито и не забрањује. Стога је донекле спорно да ли је то могуће. Ипак, имајући у виду одредбе о одмеравању казне за кривично дело учињено у стицају, као и одредбе које се односе на условну осуду и казну затвора, пре свега користећи систематско тумачење, долази се до закључка да то не би било дозвољено.

Новчану казну као споредну казну суд ће изрећи ако утврђује макар и за једно кривично дело у стицају, а ако је утврдио више новчаних казни, изрећи ће и једну новчану казну примењујући принцип кумулације. Ако суд утврди новчану казну као главну, а утврди новчану казну као споредну казну, изрећи ће једну новчану казну примењујући принцип кумулације.

Ако је суд за кривично дело у стицају утврдио казне затвора и малолетничког затвора, изрећи ће затвор као јединствену казну применом принципа асперације који важи за затвор (мада може доћи до примене принципа апсорпције).

Ако се осуђеном лицу суди за кривично дело учињено пре него што је започело издржавање казне по ранијој осуди или за кривично дело учињено за време издржавања казне затвора или малолетничког затвора, суд ће изрећи јединствену казну за сва кривична дела применом одредаба члана 60. Кривичног законика узимајући раније изречену казну као већ утврђену. Казна или део казне коју је осуђени издржао урачунаће се у изречену казну затвора.

За кривично дело учињено у току издржавања казне затвора или малолетничког затвора суд ће учиниоцу изрећи казну, независно од раније изречене казне, ако се применом одредаба члана 60. Кривичног законика, с обзиром на тежину кривичног дела и неиздржани део раније изречене казне, не би могла остварити сврха кажњавања.

Осуђени који за време издржавања казне затвора или малолетничког затвора учини кривично дело за које закон прописује новчану казну или казну затвора до једне године, казниће се дисциплински.

У случају када осуђено лице већ издржава казну по ранијој осуди предвиђена су два изузетка. Први изузетак омогућава изрицање казне независно од раније изречене казне, тј., искључује се примена одредаба за одмеравање казне за кривична дела учињена у стицају, под условом да се не би могла остварити сврха кажњавања с обзиром на тежину кривичног дела и неиздржани део раније изречене казне. То ће, пре свега, бити случај кад учинилац који је осуђен за неко теже кривично дело при крају издржавања казне поново изврши неко теже кривично дело.

Други изузетак од правила да се примењују одредбе за одмеравање казне за кривично дело учињено у стицају, предвиђен је уколико осуђени за време издржавања казне затвора или малолетничког затвора учини кривично дело које је запрећено казном затвора до једне године или новчаном казном. У том случају осуђени ће бити дисциплински кажњен.

Кривичним закоником у члану 63. прописано је урачунавање притвора и раније казне, па време проведено у притвору, као и свако друго лишење слободе у вези са кривичним делом урачунавају се у изречену казну затвора, новчану казну и казну рада у јавном интересу.

Ако је кривични поступак вођен за више кривичних дела у стицају, а притвор није одређен за свако од њих, време проведено у притвору урачунава се у изречену казну затвора, новчану казну и казну рада у јавном интересу за кривично дело за које је окривљени осуђен.

Затвор или новчана казна коју је осуђени издржао, односно платио за прекршај или привредни преступ, као и казна или дисциплинска мера лишења слободе коју је издржао због повреде војне дисциплине, урачунава се у казну изречену за кривично дело чија обележја обухватају обележја прекршаја, привредног преступа, односно повреда војне дисциплине.

При сваком урачунавању изједначава се дан притвора, дан лишења слободе, дан затвора, 8 часова рада у јавном интересу и 1.000,00 дин. новчане казне.

Према одредби става 1. члана 63. Кривичног законика у изречену казну затвора, новчану казну и казну рада у јавном интересу урачунава се време проведено у притвору. Обавезно је урачунавање и сваког другог ли-

шења слободе уколико је она у вези са кривичним делом. Реч је о случајевима лишења слободе која немају карактер притвора (нпр. лишење слободе од стране органа унутрашњих послова ради спровођења истражном судији, или лишавање слободе без доношења одговарајуће одлуке о притвору, време које је окривљени провео у психијатријској установи ради вештачења и друго). У случају да се ради о стицају кривичних дела, притвор који није одређен за сва кривична дела у стицају такође се урачунава у изречену казну.

Уколико се уз казну затвора изрекне и нека споредна казна (новчана казна, или одузимање возачке дозволе), урачунавање притвора или других лишења слободе се врши прво у односу на казну затвора, а у случају да је оно дуже од изречене казне затвора, урачунавање се врши и у односу на новчану казну. Не само у овом случају, него иначе није предвиђено да се урачунавање врши и у односу на казну одузимања возачке дозволе.

Слободан Газивода,
судија Врховног суда Србије

МАЛОЛЕТНИЧКА ДЕЛИНКВЕНЦИЈА

Нови закон - старе и нове дилеме

После дугог низа година, уз упорно настојање наше научне и стручне јавности, у околностима покренутог процеса демократизације у условима транзиције, са захтевима споља али и изнутра да се наша земља интегрише у Европску унију, што је поред осталог подразумевало и реорганизацију система институцијалне заштите малолетних лица као извршилаца кривичних дела, дошло се до тога да је 01. јануара 2006. године ступио на снагу Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица.

Даном ступања на снагу тога закона (у даљем тексту – нови Закон) престале су да важе одредбе Главе XXIX Законика о кривичном поступку које су до тада регулисале поступак према малолетницима.

Садржајно и суштински нови Закон је обухватио статус малолетних извршилаца кривичних дела, али и статус малолетних жртава извршених кривичних дела, као лица која се у кривичном поступку појављују у својству оштећених, односно оштећених као сведока.

Када смо се пре око годину дана упознали са тадашњим нацртом овога Закона, били смо уздржани у његовој оцени, следећи искуство које нас учи да ће практична примена тога закона показати у којој мери је он испунио потребе и очекивања, мада су се већ тада јавиле извесне сумње у ваљаност неких његових одредаба.

Сада, после вишемесечне примене новог Закона, у прилици смо да из непосредног искуственог угла о овом Закону кажемо коју реч више.

У овај Закон су уграђена скоро сва међународним актима прописана права малолетника, текст Закона је квалитетан и у највећем делу садр-

жи потпуно јасне ставове и када су у питању новине у односу на раније важећа законска решења. Стога се слободно може рећи да нови Закон несумњиво заслужује високу оцену.

И поред тога, аутор ових редова има обавезу али и право да укаже на могуће дилеме и недоумице које су постојале и раније, али и на нове, проистекле пропустом законодавца да оне буду отклоњене приликом доношења новог Закона.

Ево неких дилема са којима смо се срели у новијој судској пракси:

1. Једна од првих дилема које су се јавиле почетком примене новог Закона односи се на **учествовање малолетника у извршењу кривичног дела заједно са пунолетним лицем.** Одговор на питање да ли ће се и када водити јединствени поступак према малолетном лицу и према пунолетном лицу, као саизвршиоцима, могао се лакше добити пре примене новог Закона. Спајање поступака према малолетнику са поступком против пунолетног лица био је и сада представља процесни изузетак, до кога долази када суд процени да је спајање поступака неопходно ради свестраног разјашњења кривичне ствари, поступак се води као општи кривични поступак, при чему се у односу на малолетника морају увек применити законом таксативно наведене одредбе, али и друге одредбе чија примена зависи од процене суда, односно слободног судијског уверења.

Међутим, како је чланом 42. новог Закона предвиђено да се поступак према малолетнику у првом степену води пред судијом за малолетнике и већем за малолетнике искључиво окружног суда, те како је за највећи број кривичних дела, посебно са почетком примене Кривичног законика, у првом степену надлежан општински суд, јавља се више питања на која треба дати ваљане одговоре, првенствено одговор на питање да ли у таквим ситуацијама треба водити јединствени поступак пред окружним судом, дакле и према пунолетном лицу за кривично дело из стварне надлежности општинског суда. Сложићемо се да је за пунолетно лице повољније да се поступак према њему води и он буде осуђен од стране општинског а не од стране окружног суда, из више разлога.

У околностима пре ступања на снагу новог Закона, у већем броју предмета општинских судова била је донета одлука о спајању поступака ове врсте, па како је потом ступио на снагу нови Закон, а јединствени поступак по тим предметима није био довршен, већа за малолетнике окру-

жних судова којима су ти предмети били достављени, најчешће су доносили решења о раздвајању поступака и у односу на пунолетно лице враћали списе првостепеном стварно и месно надлежном општинском суду. Сходно законским одредбама, против таквих одлука жалба није дозвољена, али се поставља логично питање чиме се руководио један суд да изврши спајање поступака, односно чиме се руководио виши суд да по истом питању заузме другачији став. Прихватамо да раздвајање поступка може бити адекватно решење у оваквим случајевима. Али, може се појавити проблем, то јест шта учинити ако из неких процедуралних, правно-техничких или других разлога реално није могуће раздвојити поступак. И још једно питање, да ли у таквим случајевима и са каквом аргументацијом веће за малолетнике окружног суда, као специјализовано веће, треба да донесе мериторну одлуку и за пунолетно лице. Замислимо ситуацију ако је то лице у познијим годинама свога живота, далеко од времена свога малолетства, а одлуку и за њега доноси веће за малолетнике. Како се нови Закон појављује као Lex specialis, то налазимо да члан 51. новог Закона остаје недоречен, а да одредбе из члана 33. став 4. и став 5. ЗКП не могу представљати олакшицу за решење овог питања.

2. Када је у питању **бранилац малолетника,** ступањем на снагу новог Закона појавиле су се такође бројне дилеме. Према члану 49. новог Закона, малолетник мора имати браниоца приликом првог саслушања као и током читавог поступка, па се одмах поставља питање какав је смисао и суштина ове законске одредбе. Да ли то значи да, осим присуствовања првом саслушању малолетника, што је по природи ствари сасвим логично, бранилац малолетника може али не мора да присуствује некој другој процесној радњи у даљим фазама поступка.

Израз "читав поступак" подразумева преткривични поступак, затим припремни поступак, првостепени поступак и поступак по правним лековима, па се јавља дилема какав је смисао одредбе члана 73. став 4. новог Закона по којој се бранилац малолетника позива на седницу већа и седници већа обавезно присуствује, што се не тражи за малолетника. Поређењем са одредбом члана 74. став 3. новог Закона по којој главном претресу мора присуствовати бранилац, али и малолетник, произилази да малолетник не мора присуствовати седници већа. Да ли је та законска одредба ваљана чињеницом да се и у седници већа, дакле и у одсуству уредно

позваног малолетника, мада у присуству његовог браниоца, доносе одлуке о примени васпитних мера.

Овде ваља указати на то да су у последње време, и поред негирања од стране малолетника да је извршио кривично дело, исказа сведока који су се различито изјашњавали у вези предметног догађаја, као и др., првостепени судови заказивали и у одсуству уредно позваног малолетника, мада у присуству његовог браниоца, на седници већа доносили одлуке којима су изрицали малолетнику одговарајућу васпитну меру, дакле у ситуацијама када прибављени докази у припремном поступку нису давали реалну могућност за доношење одлуке без спровођења контрадикторног поступка. Тако се тежња за експедитивношћу суда може претворити у своју супротност, јер су по правилу браниоци малолетника у жалби на решење о изреченој васпитној мери с правом указивали на те пропусте суда, те је због тога често долазило до укидања ожалбених решења.

Као и у раније важећим одредбама, тако и у новом Закону постоје нелогичности које се односе и на радње које претходе тој седници већа. Стога се поставља и питање да ли под законским изразом "током читавог поступка" треба подразумевати право и обавезу браниоца малолетника за његово учешће и приликом поступања у смислу одредаба члана 57-62 новог Закона, јер се у тој фази поступка применом члана 59. по малолетника доноси тако важна одлука од које зависи да ли ће према њему поступак уопште бити покренут. Према тексту Закона, суд и у том случају заказује седницу већа на коју позива јавног тужиоца за малолетнике, али ништа није речено у односу на браниоца малолетника.

Посебне дилеме у пракси судова настају у вези примене одредаба из става 2. и става 3. члана 49. новог Закона, по којима ће судија за малолетнике поставити браниоца малолетнику ако малолетник сам, његов законски заступник или сродници не узму браниоца, а бранилац малолетника може бити само адвокат који је стекао посебна знања из области права детета и преступништва младих. Дакле, ове законске одредбе обавезују судију за малолетнике да не прихвати уредно пуномоћје адвоката који таква својства није стекао на начин предвиђен одредбом члана 165. новог Закона, иако је до таквих сазнања бранилац малолетника могао доћи на неки други начин, а што се разумљиво не може проверавати.

Да ли се може пренебрегнути чињеница да су родитељи најбољи познаваоци своје деце те да управо знајући све особине њихове личности

доносе пре свега по њихово дете а потом и по њих саме тако важну одлуку као што је избор браниоца из реда адвоката. Ако суд не прихвати браниоца ангажованог од стране малолетника или родитеља из горе поменутих формалних разлога, онда се морамо упитати да ли је тиме суштински повређено право одбране, које према слову закона представља битну повреду одредаба кривичног поступка и води укидању одлуке.

У пракси судова с тим у вези појавила се недоумица да ли треба пређутно прихватити браниоца ангажованог од стране малолетника или његових родитеља, дакле без провере поседовања његовог знања у смислу члана 165. новог Закона, или суд на томе мора да инсистира. Пређутно прихватање браниоца може имати сложеније последице, чак и злоупотребну радњу учесника у поступку, као нпр. да се тек у жалбеном поступку истиче да је повређено право одбране малолетника, али сада са другом аргументацијом, тј. да малолетник није имао браниоца са својством које му је Закон налагао. Наше је мишљење да суд мора доследно поштовати законске одредбе, дакле прихватати ангажовање само оних адвоката као бранилаца малолетника који су до посебног знања из ове области дошли у смислу члана 165. новог Закона, управо из горе изнетих разлога. При том, сигурно је да би олакшицу суду представљало добијање благовремених података од Правосудног центра за обуку и стручно усавршавање о издатим сертификатима ове врсте, при чему би те податке суду требало доставити и за јавне тужиоце за малолетнике и судије за малолетнике, како би и одбрана малолетника имала поуздано сазнање да су доследно испоштоване ове законске одредбе.

3. У Трећем делу новог Закона предвиђене су као новина посебне **одредбе о заштити малолетних лица као оштећених** у кривичном поступку. Поједине одредбе овога дела Закона формулисане су тако да и оне доводе суд у недоумицу у погледу њихове примене.

Према члану 154. став 1. новог Закона, малолетно лице као оштећено мора имати пуномоћника од првог саслушања окривљеног. Овде се појављује више питања на која се мора дати одговор. Прво питање је да ли ће се малолетном лицу као оштећеном поставити пуномоћник када се осумњичено лице први пут саслушава у преткривичном поступку у смислу члана 226. став 9. ЗКП, када суштински то лице добија својство окривљеног, јер се на њега примењују одредбе о саслушању окривљеног. Ко би у таквој ситуацији малолетном лицу као оштећеном поставио пуномоћ-

ника и на чији терет падају трошкови пуномоћника у тој фази поступка. Суд у тај део поступка није укључен и неизвесно је да ли ће поступак пред судом бити покренут, па се у тој фази поступка не могу примењивати одредбе става 2. члана 154. новог Закона. Оно што је суштински је питање смисла законске одредбе да малолетни оштећени мора имати пуномоћника од првог саслушања окривљеног, што логично подразумева да га мора имати и надаље, до окончања поступка. Да ли то подразумева обавезно присуство пуномоћника свим процесним радњама суда, или је препуштено пуномоћнику да он доноси одлуку када ће се, у којој фази поступка и у којој мери укључити у поступак. По нама, пуномоћник малолетног оштећеног би, свестан улоге која му је поверена, морао лично да се упозна са процесним радњама суда и морао би да процени потребу када ће и на који начин заступати интересе малолетног оштећеног, али у сваком случају би морао бити присутан на главном претресу и на записнику се изјаснити о свим релевантним питањима која се тичу малолетног оштећеног, првенствено у односу на придружење кривичном гоњењу, истицање имовинско-правног захтева, као и др. Међутим, шта ће бити ако на главни претрес не дође уредно позвани пуномоћник малолетног оштећеног, који се у том смислу није изјаснио, а испуњени су процесни услови за одржавање главног претреса и доношења првостепене одлуке. Одговор на ово питање се мора дати, без обзира на одредбу члана 285. ЗКП и одредбу члана 74. став 3. новог Закона.

4. Нови Закон био је прилика да се потпуније одреде **ванредни правни лекови** у поступку према малолетним учиниоцима кривичних дела, а што је изостало.

Члан 82. и члан 83. новог Закона представљају прост препис одредаба ЗКП и односе се само на два ванредна правна лека, захтев за заштиту законитости и понављање кривичног поступка. Следи дилема о дозвољености захтева за ванредно ублажавање казне и дозвољености захтева за испитивање законитости правноснажне пресуде.

На први поглед, одговор на ово питање може се добити применом општих одредаба ЗКП, уз примену члана 4. новог Закона. По нама, иако су по питању ванредног преиспитивања правноснажне пресуде мишљења неподељена ставом да је тај правни лек дозвољен и у поступку према малолетним извршиоцима кривичних дела, а да су у односу на ванредно ублажавање казне мишљења доста поларизована, у поступку према малолетним

извршиоцима кривичних дела дозвољен је и захтев за ванредно ублажавање казне. Ово стога што је малолетнички затвор само специфичан затвор, као такав представља врсту казне, па стога не би имало смисла искључити могућност подношења таквог захтева, у односу на који ће се такође примењивати општи услови прописани одговарајућим одредбама ЗКП.

Међутим, суд је у обавези да приликом доношења одлуке о захтеву за ванредно ублажавање казне има у виду, поред осталог, потребу образовања малолетника и стицање одговарајућих квалификација, такође и време које је потребно за одговарајућу оспособљеност и преваспитање малолетника, као и све конкретне околности које се односе на његову личност, о чему ће суд и тужилаштво сигурно водити рачуна приликом заузимања става о томе да ли су испуњени горе наведени и други услови, презентирајући такав став вишем суду, који о томе доноси коначну одлуку. Овде ваља додати да се, и поред тога што је чланом 29. новог Закона предвиђено краће трајање малолетничког затвора у поређењу са раније важећим одредбама ОКЗ, у таквим ситуацијама код овог правног лека нема места примени блажег закона, обзиром на раније заузети став о немогућности примене блажег закона у поступцима по овом правном леку.

5. Изрицање **кривичне санкције пунолетним лицима за дела која су учинили као малолетници** било је по старом и остало непотпуно регулисано новим Законом.

Према члану 81. став 4. ОКЗ пунолетном лицу које је у време суђења навршило двадесетједну годину суд може, изузетно, уместо малолетничког затвора, изрећи затвор или условну осуду, а члан 40. став 3. новог Закона је само престилизовао тај пропис задржавајући његову суштину, што води бројним дилемама у примени тих одредаба.

Ове дилеме се односе првенствено на одмеравање казне. Дакле, нови Закон не садржи конкретна правила о одмеравању казне затвора када се та казна изриче уместо казне малолетничког затвора, а нема одредаба које би указивале на аналогну примену одредаба које се односе на изрицање казне малолетничког затвора. Сличне дилеме се јављају и када је у питању изрицање условне осуде овој категорији лица.

Међутим, оно што мора бити присутно у примени ових прописа је тенденција законодавца да се изрицањем казне затвора, или условне осуде, то лице не доведе у неповољнији положај у односу на положај у коме

би било да му је суђено пре пунолетства, односно пре навршене двадесетједне године. Стога и приликом одлучивања о врсти кривичне санкције у околностима вођења поступка према овој категорији лица, када долази у обзир могућност изрицања условне осуде, налазимо да се на њих не односе ограничења из члана 66. став 2. КЗ. Уколико би та ограничења важила, онда би се у великој мери сузила могућност изрицања условне осуде тим лицима, чак и у ситуацијама када је то крајње оправдано. Због тога и одредбе члана 40. став 3. новог Закона треба тумачити тако да се условна осуда може изрећи у вези са ма којим кривичним делом за које постоје законски услови за изрицање малолетничког затвора ако суд, обзиром на околности извршења кивичних дела и личност учиниоца, сматра да је примена условне осуде оправдана.

6. Још једно питање заслужује адекватан одговор, а то је **рехабилитација малолетног извршиоца кривичног дела.**

Према члану 38. новог Закона, одредбе о рехабилитацији из члана 97-100 КЗ сходно се примењују и на малолетнике осуђене на казну малолетничког затвора. Према члану 97. став 1. КЗ рехабилитацијом се брише осуда и престају све њене правне последице, тако да се осуђени сматра неосуђиваним, што се дакле односи и на малолетника коме је изречена осуда – казна затвора.

Горе наведене одредбе саме за себе су потпуно јасне. Али, шта бива са изреченим васпитним мерама? У члану 37. новог Закона прописано је да евиденцију о изреченим васпитним мерама и казни малолетничког затвора води суд који је судио у првом степену. Дакле, ова одредба регулише само "вођење" података, а ни најмање не даје друге могућности. Стога, произилази да се рехабилитација може дати лицу осуђеном на казну затвора до три године (члан 98. став 2. тачка 5. КЗ), па и лицу осуђеном на казну затвора до пет година (члан 99. став 1. КЗ), уз престанак свих правних последица осуде и сматрањем да је то лице неосуђивано, док лицу према коме је само једном у животу, пре више година или можда и више деценија, изречена васпитна мера није дата могућност било какве рехабилитације. Тај ружни део његове биографије из времена малолетства остаје трајно регистрован. Шта више, из неких разлога, подаци о тада и тако изреченој васпитној мери под одређеним условима могу бити доступни и другима, јер је давање тих података предвиђено одредбом члана

27. новог Закона. Зато сматрамо да овакво парадоксално законско решење не може опстати.

На крају, ваља нагласити и овом приликом да се размиљишљања и ставови судија и других носилаца правосудних функција морају ценити са посебном пажњом од стране твораца овога и будућих закона, јер се носиоци правосудних функција у својој стручној пракси свакодневно срећу са увек новим животним ситуацијама и на њима лежи терет разјашњења сваког правног проблема и доношења одлуке, без обзира на то да ли је неко суштинско питање законом било регулисано. Очекујемо да ће задужени за измене овога Закона, које ће у предстојећем периоду морати да уследе из више разлога, у корелацији са другим постојећим и будућим прописима кривично-правне проблематике, прихватити добру вољу и наше настојање да у овој деликатној проблематици заједнички дођемо до таквог законског текста који ће бити свеобухватан и потпуно квалитетан, јер једино такав Закон може наћи потпуну примену у пракси.

Горе изнето био је један од циљева овога излагања. Други циљ је настојање да се још више развије постојеће интересовање и активност свих оних који се на професионалан, научни или какав други начин баве овом проблематиком. То сматрамо нужним како би поступци према овој категорији извршилаца кривичних дела били бржи и ефикаснији, како би избор у изрицању кривичне санкције на најбољи начин одразио њену сврху, али и допринео да судски поступак, кад год је то могуће, буде ослобођен ових и других бројних тешкоћа, уз увек присутни императив хитног поступања у предметима тако специфичне проблематике као што је малолетничка делинквенција.

Верољуб Љ. Цветковић,
судија Врховног суда Србије у Београду

КРИВИЧНО ДЕЛО СИЛОВАЊА ИЗ ЧЛАНА 178. КЗ РС

НЕКА ПРАВНА ПИТАЊА КОЈА СЕ ПОЈАВЉУЈУ У ПРАКСИ

Опредељујући се за писање овог рада, био сам свестан чињенице да је о овом кривичном делу написано, са различитих аспеката, много радова, како од стране теоретичара тако и од стране оних који су се у својој професионалној пракси, било у својству овлашћених службених лица органа унутрашњих послова, браниоца, тужиоца или судија, сусретали са овим кривичним делом.

Будући да Кривични законик, који је у примени од 01. јануара 2006. године, у битном на другачији начин, дефинише ово кривично дело и будући да кривично дело противприродни блуд, које је постојало у Кривичном Законику РС, није предвиђено новим Кривичним законом, а да су делови бића кривичног дела противприродни блуд из члана 110. КЗ РС, на известан начин, обухваћени кривичним делом силовања из члана 178. Кривичног законика, то су се у досадашњој краткој примени новог Кривичног законика, а у односу на кривично дело силовања, појавила нека спорна питања, на која ће овим радом бити указано, и дати размишљања, без претензије да буду у потпуности прихваћена, али која ће, надам се у извесној мери допринети да се у пракси што лакше дође до законите и логичне одлуке у поступцима који ће се водити због кривичног дела силовања из члана 178. Кривичног законика.

Због прегледности рада, наводим у целини одредбу кривичног дела силовања из члана 178. КЗ РС.

1. Ко принуди друго лице на обљубу или са њом изједначен чин употребом силе или претњом да ће непосредно напасти на живот или тело тог или њему блиског лица, казниће се затвором од 2 до 10 година.

2. Ако је дело из става 1. овог члана учињено претњом да ће се за то или њему блиско лице открити нешто што би шкодило његовој части или угледу или претњом другим тешким злом, учинилац ће се казнити затвором од 1 до 8 година.

3. Ако је услед дела из став 1. и 2. овог члана наступила тешка телесна повреда лица према којем је дело извршено или ако је дело извршено од стране више лица или нарочито свиреп или нарочито понижавајући начин или према малолетнику или је дело имало за последицу трудноћу учинилац ће се казнити затвором од 3 до 15 година.

4. Ако је услед дела из става 1. и 2. овог члана наступила смрт лица према којем је дело извршено или дело учињено према детету, учинилац ће се казнити затвором од 5 до 18 година.

С обзиром да је кривично дело силовања из члана 178. КЗ сврстано у групу кривичних дела против полне слободе (глава XVIII) за разлику од КЗ РС, који је кривично дело силовања сврстао у групу кривичних дела против достојанства личности и морала, начелно питање је питање заштитног објекта код кривичног дела силовања из 178. КЗ.

Полазећи од назива главе Кривичног законика у које је сврстано кривично дело силовања (кривична дела против полне слободе) може се закључити да је заштитни објект код овог кривичног дела право на слободан избор партнера у циљу истовременог, обостраног задовољења сексуалног нагона.

Дакле, заштитни објекат код овог кривичног дела је добровољност о избору партнера за ступање у сексуални однос.

Полазећи од законског текста основног облика кривичног дела силовања из члана 178. КЗ РС и чињенице да је радња кривичног дела силовања двоактно кривично дело које се састоји у принуди на обљубу и обљуби, у даљем делу рада указаће се на следеће:

С обзиром на чињеницу да принуда на обљубу може бити остварена применом силе или претње и да је теорија и досадашња судска пракса у начелу у битном разјаснила шта представља силу и претњу код овог

кривичног дела и која својства силе и претња треба да испуњавају да би се могло закључивати да се ради о принуди на обљубу, то у овом раду неће бити посебног осврта на силу и претњу код кривичног дела силовања, осим што указујем на следеће:

У сваком кривичном поступку, треба најпре поћи од чињенице да је заштитни објекат код кривичног дела силовања добровољност у избору партнера за ступање у сексуални однос и да се ова добровољност доводи у сумњу:

а) Уколико суд у току поступка утврди примену силе или претње;

б) Уколико суд утврди постојање отпора код оштећеног за сво време извршења радње кривичног дела.

У вези отпора, укратко у овом раду указујем да не постоји кривично дело силовања уколико је отпор привидан, симулован, те да се ради о отпору ради прикривања спремности односно добровољног пристанка на полни однос, те да није релевантан ни симболичан отпор, другим речима отпор мора да буде стваран, озбиљан и трајан. Коначно, отпор који оштећени пружа учиниоцу кривичног дела мора постојати од момента када је употребљена принуда у циљу обљубе па до момента када је дело свршено, а то значи до момента започињења уласка мушког полног органа у женски полни орган, односно у уста или анус, и да се отпор мора да креће у границама физичке снаге жртве и конкретних могућности за одбрану у датој ситуацији.

РАДЊА ИЗВРШЕЊА КОД КРИВИЧНОГ ДЕЛА СИЛОВАЊА

Полазећи од законског текста кривичног дела силовања из члана 178. Кривичног законика и чињеница да нови Кривични законик не предвиђа кривично дело противприродног блуда, поставља се питање шта представља радњу извршења кривичног дела силовања.

Прво, обљуба у класичном смислу представља продирање мушког полног органа у женски полни орган.

Друго, полазећи од законског текста (и са њом изједначен чин) радње извршења кривичног дела силовања обухватају и: а) продирање мушког полног органа у уста оштећеног; б) продирање мушког полног органа у анус.

У вези са изнетим у претходном, а полазећи од чињенице да закон не прави разлику у погледу пола оштећеног, за разлику од претходног важећег Кривичног закона Републике Србије, тумачењем Закона закључује се да оштећени код кривичног дела силовања поред особе женског пола може бити и особа мушког пола.

Коначно, поставља се и питање да ли учинилац код кривичног дела силовања може бити особа женског пола, а оштећени мушког пола, па полазећи од законског текста и заштитног објекта, закључује се да учинилац може бити и особа женског пола (применом компулзивне силе, или претње одређене на начин у ставу 1. и 2. члана 178. (Кривичног законика)). Додуше, ово је животно могућа ситуација, а да ли ће се појавити у судској пракси, мишљења сам да практично не.

ОСТАЛА СПОРНА ПИТАЊА КОД КРИВИЧНОГ ДЕЛА СИЛОВАЊА ИЗ ЧЛАНА 178. КЗ РС

У претходном делу рада изнели смо шта представља обљубу или са њом изједначен чин, и у вези са тим поставља се питање да ли ће постојати кривично дело силовања, уколико код оштећене постоји добровољност за класичан полни однос, па до тога и дође, а након тога извршилац захтева да својим полним органом продре у анус или уста оштећене, а оштећена на то не пристане након чега извршилац применом силе или претње оствари ту своју намеру.

Мишљења сам да ће у том случају постојати кривично дело силовања за радњу извршења – продирање полним органом у уста или ануса оштећене.

Надовезујући се на претходно, постојаће кривично дело силовања из члана 178. став 3. у вези става 1. КЗ – извршено од стране више лица (два или више) у ситуацији када један од оптужених својим полним органом продре у полни орган оштећене а други у уста односно анус.

Напомињемо да појам „више лица“ подразумева само оне самосталне радње извршења кривичног дела силовања из члана 178. став 1. од стране лица која су непосредно учествовали у радњи извршења кривичног дела силовања на један од напред наведених начина (продирањем полног органа било у полни орган оштећене или пак у уста односно анус) и да свако од њих хоће ово дело као своје. Коначно, а полазећи од чињенице

да је Кривичним закоником предвиђено и постојање продуженог кривичног дела, поставља се питање да ли је код кривичног дела силовања из члана 178. могућа примена института продуженог кривичног дела, па у вези с тим наводим следеће:

У члану 61. предвиђено је да продужено кривично дело чине више истих или истоврсних кривичних дела учињених у временској повезаности од стране истог учиниоца која представљају целину због постојања најмање две од следећих околности: истоветности оштећеног, истоврсности предмета дела, коришћења исте ситуације или истог трајног односа, или иста места или проста извршења дела или јединственог умишљаја учиниоца.

У ставу 2. истог члана предвиђено је да кривично дело уперено против личности могу чинити продужено кривично дело само ако су учињена према истом лицу. У ставу 3. предвиђено је да не могу чинити продужено кривично дело она дела која по својој природи не допуштају спајање у једно дело.

У вези са изнетим могуће су следеће ситуације:

Прво, да извршилац најпре са својим полним органом продре у полни орган оштећене (уколико је оштећена женског пола) а да одмах након тога продре са полним органом у уста оштећене а потом и у анус. У том случају ради се о једном кривичном делу.

Друго, да продирање у полни орган оштећене особе остане само у покушају, а да продирање са полним органом у уста односно анус оштећене успе. У том случају урадиће се о једном свршеном кривичном делу силовања из члана 178. став 1. КЗ.

На крају, постојеће продужено кривично дело силовања члан 178. КЗ ако исти учинилац према истој оштећеној, уз испуњење и осталих услова из члана 61. КЗ, изврши најмање две радње силовања (на било који од наведених начина описаних у претходном делу рада). Другим речима, када су радње извршења кривичног дела силовања остварене у посебном временским одвојеним ситуацијама од стране истог учиниоца према истој оштећеној постојаће продужено кривично дело силовања из члана 178. став 1. КЗ.

На завршетку овог рада указујем на следећу могућу кривичнопроцесну ситуацију:

Будући да се Кривични законик примењује од 01. јануара 2006. године, поставља се и питање како поступати у предметима у којима су донете првостепене пресуде закључно са 31. децембром 2005. године, где су окривљени оглашени кривим за извршење кривичног дела силовања из члана 103. став 1. КЗ РС у стицају са кривичним делом противприродног блуда из члана 110. КЗ РС и где је најпре за свако дело утврђена појединачна казна затвора, а потом изречена јединствена казна затвора, а по жалбама се у тим предметима одлучује након 01. јануара 2006. године.

Могуће су две ситуације:

Прво, у ситуацији када нема жалбе тужиоца, већ само жалбе окривљеног односно бранилаца, приликом одлучивања о казни утврдиће се од стране другостепеног суда да је окривљени извршио само кривично дело силовања у чију радњу извршења поред обљубе улази и радња противприродног блуда, а казна коју изриче другостепени суд не може бити већа од казне која је у првостепеном поступку утврђена за кривично дело силовања. У супротном, уколико би другостепени суд изрекао већу казну дошло би до повреде члана 382. Законика о кривичном поступку.

Друго, у ситуацији када има жалбе тужиоца другостепени суд није ограничен одредбом члана 382. Законика о кривичном поступку, значи може изрећи казну затвора која је већа од казне затвора која је од стране првостепеног суда утврђена за кривично дело силовања.

То су нека од питања која се постављају код кривичног дела силовања из члана 178. КЗ.

ЛИТЕРАТУРА:

1. др Јанко Таховић, Коментар Кривичног законика, Савремена Администрација, Београд 1962. године,
2. др Љубиша Лазаревић, Коментар Кривичног законика, Београд 2005. године,

др Зоран Стојановић, Коментар Кривичног законика, Службени гласник, Београд 2006. године.

Соња Манојловић,
судија Врховног суда Србије

ПРЕДЛОГ ЗАКОНА О СПРЕЧАВАЊУ ФИНАНСИРАЊА ТЕРОРИЗМА

Тероризам – глобални проблем

Ескалација терористичких аката широм света у свим његовим облицима показала је да тероризам представља глобални проблем и само свеобухватна и заједничка борба на међународном плану може да се супротстави овом новом "бауку" који се шири планетом Земљом.

Корупција, која представља однос заснован на злоупотреби овлашћења у јавном или приватном сектору у циљу стицања личне користи или користи за другога тесно је повезана са другим облицима криминала укључујући и финансирање тероризма.

Методе и техника стицања незаконитог новца и потом финансирање разних облика криминалних активности, посебно највећег зла савременог човечанства – тероризма, веома су суптилне, често неприметне и тешко препознатљиве и у много економски развијенијим и у демократском смислу напреднијим државама од наше. Тешка економска ситуација, ратно окружење, тоталитарни режим који нас је пратио задњих деценија и сви проблеми који прате друштва у транзицији, додатно отежавају праћење токова новца и финансирање ових облика криминалних актиности, ради чега је додатно неопходно повезивање наше земље и сарадња на међународном плану у борби против финансирања тероризма.

Међународна заједница, управо сагледавајући све проблеме везане за борбу против корупције и тероризма, основала је међународно, међувладино тело (FATF), организацију за контролу и спечавање прања новца, која поставља стандарде развоја и промовише политику за борбу против прања новца и финансирање тероризма. За сада она има 33 члана од чега 31 државу и владу и две међународне организације. 40 специјалних препорука FATF-а, заједно

са још осам посебних препорука о финансирању тероризма, представљају свеобухватан и конзистентан оквир мера за спречавање прања новца и финансирање тероризма. Ове препоруке представљају минимум стандарда за борбу против ових облика криминалних делатности а свака држава, обзиром на своје различите правне и финансијске системе, треба у своје законодавство да их имплементирају сходно сопственим околностима и уставним оквирима. Имплементација у правне оквире у борби против финансирања тероризма није могућа без активног учешћа извршне и законодавне власти које креирају политику законодавних и извршних органа заједно са политичким странкама и представљају политички систем једне државе.

На међународном плану донето је више међународних правних аката и конвенција које су у функцији борбе против тероризма и борбе против финансирања тероризма. 09. децембра 1999. године у Њујорку је усвојена међународна Конвенција о сузбијању финансирања тероризма а Уједињене нације су 29. септембра 2003. године донеле Конвенцију против корупције, управо забринуте озбиљношћу проблема и претњи које корупција представља за стабилност и безбедност друштва. Поред тога, ту су још Конвенција о сузбијању незаконите отмице ваздухоплова која је донета у Хагу 16. децембра 1970. године, Конвенција о сузбијању незаконитих аката уперених против безбедности цивилног ваздухопловства из Монтреала од 23. септембра 1971. године, Конвенција о спречавању и кажњавању кривичних дела против лица под међународном заштитом укључујући и дипломатске агенте, усвојене од стране Генералне скупштине Уједињених нација 14. децембра 1973. године, међународна Конвенција против узимања талаца, усвојена 17. децембра 1979. године од стране Генералне скупштине Уједињених нација, Конвенција о физичкој заштити нуклеарног материјала усвојена у Бечу 03. марта 1980. године, Конвенција о сузбијању незаконитих аката уперених против безбедности поморске пловидбе из Рима од 10. марта 1988. године, Протокол о сузбијању незаконитих аката насиља на адеродромима који опслужују међународну цивилну авијацију са допуном Конвенције о сузбијању незаконитих аката уперених против безбедности цивилног ваздухопловства из Монтреала од 23. септембра 1971. године, Протокол о сузбијању незаконитих аката против безбедности финансијских платформи лоцираних у приобалном појасу из Рима од 10. марта 1988. године, међународна Конвенција о спречавању терористичких аката бомбама усвојена од стране Генералне скупштине Уједињених нација од 15. децембра 1997. године, Конвенција Уједињених нација против корупције која је усвојена у Њујорку 31. октобра 2003. године итд.

Домаћа законска регулатива

Поред тога, што је наша земља потписала и ратификовала многе од ових међународних прописа који је обавезују, чланом 393 Кривичног законика, који је ступио на снагу 01. јануара 2006. године, предвиђено је да ће се онај ко обезбеђује или прикупља средства намењена за финансирање вршења кривичних дела тероризма (члан 312 КЗ), међународног тероризма (члан 319 КЗ) и узимања талаца (члан 392 КЗ), казнити затвором од једне до десет година. За постојање овог кривичног дела није потребно да су средства стварно употребљена за извршење тероризма. Довољно је да су средства макар и једнократно прикупљена а умишљај учиниоца мора да обухвата свест о томе да се ради о средствима намењеним за финансирање ових кривичних дела.

Међутим, у борби против финансирања тероризма а имајући у виду чланство наше државе у Уједињеним нацијама те обавезу да у своје позитивно законодавство имплементира одредбе конвенција чији смо потписници као и специјалне препоруке FATF-а о финансирању тероризма, указали су на неопходност доношења једног посебног законског прописа који ће садржати све међународне стандарде те прописати мере које се предузимају ради спречавања финансирања тероризма, прописати надлежност државних органа надлежних за примену одредби закона а са друге стране обавезати органе и појединце да препознају сумњиве трансакције које су намењене финансирању тероризма те предузму одређене мере ради спречавања тог финансирања. Стога је организована пројектна експертска група која је уз помоћ стручњака Савета Европе и ММФ-а израдила Нацрт закона о спречавању финансирања тероризма.

Концепција и основне поставке Нацрта закона о спречавању финансирања тероризма

Претпоставке за примену овог закона, уколико исти буде усвојен, су постојање терористичких аката са једне стране и средстава и имовине која је намењена за финансирање тероризма са друге стране. Према предлогу, Закон о спречавању финансирања тероризма прописује радње и мере које се предузимају ради спречавања финансирања тероризма, надлежност државних органа те права и обавезе физичких и правних лица како у примени одредби овог закона тако и у примени одговарајућих резолуци-

ја Савета безбедности Уједињених нација и обавеза које произлазе из чланства државе у међународним организацијама.

У члану 2 Нацрта закона, ради ефикасне примене закона дефинисани су појмови који се срећу у нацрту закона и то су "ограничавање располагања имовином и средствима", "имовина и средства", "терористички акт", "терориста", "террористичка организација", "финансирање тероризма" и "означено лице". Појмови терориста, терористички акт, террористичка организација, финансирање тероризма и привремено ограничавање располагања имовином и средствима, у потпуности су усклађени са прихваћеним међународним стандардима и дефиницијама садржаним у прописима из области борбе против финансирања тероризма.

Када је у питању ограничавање располагања имовином и средствима према концепцији Нацрта, то значи привремену забрану било каквог преноса и располагања, конверзије и премештања имовине или средстава или пак привремено управљање том имовином и средствима а на основу одговарајуће одлуке надлежног органа.

Под појмовима "имовина и средства" подразумевају се сва финансијска средства, сва покретна или непокретна, материјална или нематеријална имовина, све врсте исправа и инструмената у било којој форми укључујући електронску и дигиталну којима се доказује својина или неки интерес у односу на та средства и имовину укључујући ту и све врсте банкарских кредита, хартије од вредности, камате, дивиденде или друге приходе наплаћене на основу тих средстава или имовине.

Терористи су дефинисани као лица која сама или са другим лицима са умишљајем чине или покушају да учине терористички акт било посредно или непосредно предузимајући радње террористичког акта, помагањем или подстрекавањем или пак својим учешћем знатно доприносе и помажу да се настави вршење већ започетог террористичког акта друге групе. Из ове дефиниције произилази и дефиниција "террористичке организације" која означава групу терориста који предузимају радње дефинисане код значења појма "терористи" како је напред означено.

Под "финансирање тероризма" подразумева се обезбеђивање или прикупљање средстава и имовине или покушај њиховог обезбеђивања и прикупљања са намером да се користе од стране терориста и террористичких организација за вршење террористичких аката, при чему је без значаја да ли је

терористички акт и извршен и да ли су та средства и имовина стварно коришћена за вршење терористичких аката, с тим што финансирање тероризма може бити предузето и подстрекавањем и помагањем у обезбеђивању и прикупљању средстава или имовине, чија је намена напред дефинисана.

Дефиниција "означеног лица" такође је у складу са дефиницијом физичких и правних лица које резолуција Савета безбедности Уједињених нација означавају као терористе, терористичке организације и финансијере терориста и терористичких организација као и дефиниција лица која су као таква означена од стране других међународних организација чији је Србија члан. Од свих међународних организација чија је наша држава члан, једино Уједињене нације, за сада, утврђују листе "означених лица" и налажу спровођење одређених мера према тим лицима у које спада и ограничавање располагања имовином и средствима, а што се такође уређује и нацртом овог закона.

Треба напоменути да и Европска унија утврђује сличну листу и налаже примену сличних мера према лицима са те листе тако да је формулацијом "аката међународних организација чији је члан Србија" отворена могућност да се мере које се утврђују овим нацртом примене и на лица са листе Европске уније када Србија постане члан те организације.

У смислу члана 2 став 7 Нацрта закона, "означено лице" се односи на свако физичко лице без обзира да ли је држављанин наше државе или не као и свако правно лице које је регистровано или нерегистровано а означено и стављено на листу као терориста, терористички ентитет или финансијер терориста или лице у односу на које се доносе сличне одлуке на основу резолуције Савета безбедности Уједињених нација, на основу аката међународних организација или других међународних уговора чији је Србија потписник или пак одлука надлежних органа Републике Србије.

Предлог закона о спречавању финансирања тероризма садржи и материјалне и процесне одредбе те се у добром делу ослања како на Закон о спречавању прања новца тако и на кривични и управни поступак. Оно што је такође специфично, јесте да у складу са обавезама које проистичу из резолуције Уједињених нација, на основу одредби предлога овог закона, држава има обавезу да од лица која се нађу на листи терориста, аутоматски одузима сву имовину и средства тог лица без обзира да ли је та имовина предмет кривичног дела а да претходно није потребно водити никакав посебан поступак где би се процењивало који су докази потребни

и какви су разлози за сумњу у погледу основа стицања те имовине, која се ставља под управу другог физичког или правног лица.

У члану 3 утврђена је обавеза министра надлежног за унутрашње послове да подзаконским актима, а које доноси на основу овлашћења које има, по закону, утврди листу означених лица на основу листе из аката међународних организација. Подзаконски акт којим се утврђује листа означених лица објављује се у Службеном гласнику Републике Србије и Министарство за унутрашње послове је дужно да прати све промене које су настале на листи означених лица из докумената међународних организација чији је наша држава члан као и да, у складу са тим изменама врши измене и допуне утврђених листа означених лица.

Следећа одредба односи се на обавезе физичких и правних лица након што буду упознати са објављеном листом означених лица. Према Нацрту закона сва физичка и правна лица су дужна да утврде да ли постоје везе или пословање са означеним лицима и уколико утврде да постоје да без одлагања обуставе сваку активност у вези са тим и одмах, а најкасније у року од 24 сата, о томе обавесте министарство надлежно за унутрашње послове. Уз обавештење дужни су да доставе сву постојећу документацију и друге информације које су од значаја за идентификацију означеног лица, идентификацију имовине и посла или везе. И сви државни органи (органи надлежни за привредне регистре, за регистрацију невладиних организација, удружења, задужбине, фондови, судови и др.) дужни су да прегледају листу означених лица пре него што упишу у регистар предузећа, невладину организацију или овере уговор о промету непокретности или предузму неку другу радњу из делокруга својих овлашћења, те уколико утврде да постоји веза са означеним лицем а које се може појавити као одговорно лице, власник, уговорна страна код промета непокретности итд., у обавези су да одбију да изврше тражену радњу и о томе без одлагања обавесте министарство надлежно за унутрашње послове.

Оваква решења значе да се све информације када су у питању означена лица сливају у министарство надлежно за унутрашње послове. Полиција је државни орган који је објективно у најближој вези са правним и физичким лицима на територији целе Републике Србије. Захтев за хитним проверама да ли неко лице које је пријављено као означено лице има то својство као и захтеву да се без одлагања таквом лицу ограничи располагање имовином и средствима на адекватан начин може учинити једино полиција на основу овла-

шћења која по закону има. Поседовање најпотпуније базе података о физичким и правним лицима као и познавање од стране грађана ефикасних начина приступања овом државном органу су чињенице које иду у прилог оваквог решења. Исто тако на овај начин постигла би се заштита од злоупотребе привредних субјеката у сврху финансирања тероризма као и иста заштита у вези са невладиним и непрофитним организацијама које су посебно подложне злоупотребама на овоме плану и на које се посебна пажња обраћа у међународним стандардима у овој области.

Након пријема обавештења од физичких или правних лица у вези са означеним лицем министар унутрашњих послова без одлагања издаје писмену наредбу којом се налаже ограничавање располагања имовином и средствима означених лица и у члану 5 Нацрта закона дефинисано је шта таква наредба садржи. Ти подаци се односе на податке везане за означено лице, означење имовине и средстава чије располагање се ограничава, подаци од значаја за идентификацију означеног лица и имовине и средстава који су предмет мера из решења, означење лица или органа који ће привремено управљати имовином и средствима у складу са законом као и означење лица којима се та наредба доставља. При изради предлога појавио се проблем који се односи на управљање са привремено одузетом имовином и средствима и решење је нађено тако што ће у посебном законском пропису, чија је израда такође у току, бити означено надлежно лице или орган који ће бити овлашћен да управља имовином.

Наредбе о којима се води регистар, које је министарство надлежно за унутрашње послове дужно да чува 10 година од дана издавања наредбе а потом исте архивира, достављају се правним и физичким лицима код којих се имовина и средства налазе, означеном лицу или његовом пуномоћнику, лицу или органу који ће управљати имовином или средствима те органу надлежном за спречавање прања новца, државном тужиоцу, органу надлежном за безбедносне и обавештајне послове министарству надлежном за спољне послове као и другим државним органима који могу бити повезани са имовином и средствима означеним у тој наредби, а све у циљу покретања одговарајућих поступака ако се за то стекну услови.

Уколико пак министар надлежан за унутрашње послове након пријема обавештења утврди да се не ради о означеном лицу или имовини и средствима која подлежу ограничењу располагања, о томе ће без одлагања обавестити правно или физичко лице које је то обавештење доставило

како би оно могло наставити активности које је обуставило на основу члана 4. става 1. Нацрта закона.

Иначе, ограничење располагања имовином и средствима траје све док се означено лице налази на објављеној и важећој листи терориста а закон садржи посебан део који се односи на права ткз. трећих лица и права особе којој је ограничено располагање имовином уколико има приговора да оно није то лице које се налази на листи. Ова лица имају могућности да покрену управни спор све док траје ограничење располагања имовином и средствима, будући да није дозвољена жалба против наредбе коју издаје министар надлежан за унутрашње послове.

Нацрт закона регулише и делимично коришћење дела одузете имовине под одређеним условима. Наиме, означено лице коме је ограничено располагање имовином и средствима може пред судом опште надлежности покренути поступак ради изузимања дела имовине или средстава намењених издржавању породице, медицинској помоћи, плаћању пореза и других обавеза насталих из уговорних односа с тим што та имовина и средства могу бити предмет извршења а та имовина и средства могу бити и предмет извршења по правноснажним судским одлукама.

Нацрт закона дефинисао је и обавезу министра надлежног за унутрашње послове да обавести сва лица којима је достављена наредба о престанку важења те наредбе уколико престану разлози за издавање наредбе и у таквој ситуацији се означеном лицу без одлагања враћају средства и имовина у колико му је било ограничено право располагања над њима.

Уколико страна држава упути захтев за предузимање мера предвиђених Нацртом закона, према одредби члана 13. Нацрта такав захтев се доставља надлежном државном тужиоцу који о њему одлучује.

Сем кривичног и управног поступка који се примењује на поједине радње и мере за откривање и спречавање финансирања тероризма, сходно се примењују и одредбе закона и подзаконских аката којима се уређује спречавање прања новца.

Члан 15. Нацрта закона дефинише државне органе и оранизације који су надлежни да врше надзор над применом одредби закона и то су Народна банка Србије, министарство надлежно за унутрашње послове, министарство надлежно за финансије, Комисија за хартије од вредности и инспекцијски органи у оквиру овлашћења утврђених законом.

Пети део Нацрта закона садржи казнене одредбе којима се санкционише неизвршавање обавеза од стране правних, одговорних и физичких лица, односно дефинишу пропусти који чине привредне преступе и прекршаје и означавају казне предвиђене за то.

Последњи део овог Нацрта закона чине прелазне и завршне одредбе. Према тим одредбама министар надлежан за унутрашње послове листу означених лица утврђује у року од 30 дана од дана ступања на снагу овог закона а министар надлежан за послове финансија дужан је да усклади подзаконске акте донете на основу закона којим се уређује спречавање прања новца са одредбама овог закона у року од шест месеци од дана ступања на снагу овог закона. Такође, предвиђено је да су физичка и правна лица као и надлежни органи дужни да провере своје пословање и евиденције које воде у складу са законом и утврде евентуалне везе са означеним лицима у року од 30 дана од дана објављивања листе. Обвезници су дужни да израде и листе индикатора за препознавање трансакција за које постоји сумња да се ради о финансирању тероризма у року од једне године од дана ступања на снагу овог закона.

Последња одредба закона регулише временско важење закона а то је да закон ступа на снагу осмог дана од дана објављивања у "Службеном гласнику Републике Србије".

Уместо закључка

Овај Нацрт закона о спречавању финансирања тероризма свакако би требало ставити на јавну расправу јер је било пуно дилема који модел закона одабрати при чињеници да је радна група, која је сачињавала овај предлог, била пред дилемом како са једне стране у правни систем унети нове институте а да то буде оправдано а са друге стране испоштовати Резолуцију Савета безбедности и у закон уградити како стандарде предвиђене резолуцијом тако и специјалне препоруке FATF-е о финансирању тероризма а да то не наруши јединство и основне поставке правног система државе, а што представља један од основних проблема хармонизације прописа, пред којом се налазимо.

Др Данило Николић,
председник Окружног суда у Нишу

ПОСЕБНИ ПОСТУПЦИ У ЗАКОНИКУ О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

I Увод

РАЗЛОЗИ ЗА ДОНОШЕЊЕ НОВОГ ЗАКОНИКА О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Доношење важећег Законика о кривичном поступку (у даљем тексту ЗКП), представљало је први корак у (дуго одлаганој) реформи кривично - процесног законодавства у нашој земљи, са циљем реафирмисања принципа владавине права и успостављања одређених стандарда људских права својствених савременим демократским друштвима.

Мада је представљао један, несумњиво квалитативан, помак у регулисању кривично - процесне материје, иако је задржао многа решења из некадашњег југословенског кривичнопроцесног законодавства, судске праксе и правне традиције, велике и значајне друштвено-политичке промене које су уследиле у периоду након његовог доношења, довеле су до тога да су поједина решења актуелног ЗКП-а већ постала превазиђена. С друге стране, јако изражена тежња да се што пре уђе у процес европских интеграција, намеће као нужност прихватање и имплементацију бројних правних принципа и конкретних законских решења у овој материји, који су опште прихваћени у правним системима држава чланица Европске уније. Наведене околности наметнуле су потребу измене постојећег ЗКП-а и његовог усклађивања са новонасталим друштвеним, економским и политичким односима у земљи, али и са кривично – процесним прописима земаља чланица ЕУ.

Такође, након ступања на снагу Кривичног законика (којим су уведене знатне новине у област кривичног материјалног права), јавила се

потреба усаглашавања тог законског прописа са кривично – процесним институтима прописаним важећим ЗКП-ом.

У тражењу начина за превазилажење насталог проблема искристалисала су се два могућа решења: 1) да се Законом о изменама и допунама отклоне недостаци постојећег Законика и унесу нека нова решења или 2) да се донесе потпуно нови Законик о кривичном поступку.

С тим у вези, мишљења смо да је правилна била одлука законодавца да се донесе потпуно нови кривично процесни закон. Наиме, измене и допуне постојећег закона увек су условљење компатибилношћу нових решења са постојећим законом и, по логици ствари, не могу садржати системске новине којима би се одступило од општег смисла постојећег закона, чиме се донекле губи и сам смисао реформе. С друге стране, правни институти створени на овај начин (у покушају да се помири старо и ново) често постају правне химере, скоро неприменљиве у пракси.

Стога нема никаквих дилема – у процес реформи треба ући доношењем нових закона, јер се само на тај начин може потпуно и најрационалније остварити постављени задатак.

Међутим, доношење нових (нарочито системских) закона захтева постојање јасне визије о томе шта се законом жели постићи, а затим правилно сагледавање постојећих друштвено – економских односа и стварних могућности државе и друштва да достигну жељене циљеве. Предвиђене новине које друштво са својим (људским и материјалним) ресурсима није у могућности да правилно имплементира, остаће само мртво слово на папиру. То значи да добар закон мора да уноси новине (познате и признате у упоредном праву), али и да задржи сва она решења која су се показала и доказала у пракси.

Колико је овај Законик "дорастао задатку" најбоље ће показати време, а сврха овог рада је да се практично појасне тзв. "скраћени поступци" (сви они којима се одступа од редовног – општег кривичног поступка), укаже на новине које је Законик увео у одређене кривично-процесне институте и на наш став о правилности и целисходности нових решења.

Иначе, треба рећи да је поједностављивање или упрошћавање кривичног поступка у свим државама инспирисано жељом и хтењем законодавца да се у судским поступцима: штеди време, смање трошкови поступка, поступак заврши са што мање рада свих субјеката, као и да се у

поступцима за "лакша" кривична дела, која се ионако суде рутински, избегну непотребне законске формалности. Границу упрошћавања, наравно морају представљати очување и недодирљивост основних права субјеката у поступку, а пре свега окривљеног. Нека Уставом и Закоником загарантована права не могу и не смеју бити угрожена ни због једног разлога, а најмање ради повећања ефикасности поступка, што мора бити граница преко које се не сме прећи у скраћењу кривичног поступка.

II СКРАЋЕНИ ПОСТУПАК

У новом Законику, посебне одредбе за скраћени поступак садржане су у глави XXVIII (чланови 446-459).

Одредбе ове главе примењују се у поступку за кривична дела за која је као главна казна прописана новчана казна или казна затвора до три године, док се изузетно могу применити и на кривична дела са прописаном казном затвора до пет година[1]. Новина у том погледу је што, у другом случају, одлуку о примени ових одредаба доноси **судија појединац**, а не председник суда – како је то предвиђено важећим ЗКП.

Сматрамо да је овакво решење добро и целисходно, јер доприноси брзини односно краћем трајању поступка (што и јесте одлика и ratio скраћеног поступка). За очекивати је да ће судија појединац (који се већ упознао са кривичним предметом) моћи да донесе адекватну одлуку и да нема потребе поступак непотребно пролонгирати достављањем списа предмета председнику суда. Следећи општеприхваћени принцип да "ко може више - може и мање", нема оправдања да судија појединац који одлучује о меритуму (кривичној ствари), не може да донесе и одговарајућу процесну одлуку (о примени одредаба за скраћени поступак).

[1] Приликом израде Нацрта новог Законика о кривичном поступку, било је предлога да се скраћени поступак води за кривична дела за која је прописана новчана казна или казна затвора до 5 година, а изузетно (у случајевима из члана 446 став 2) за кривична дела за која је прописана казна затвора до 8 година, при чему се окривљеном, у том случају, не би могла изрећи казна затвора у трајању дужем од 4 године. Наведени предлог није прихваћен, иако су се за њега залагали пре свега практичари-судије.

Нови Законик не предвиђа могућност подизања оптужног предлога јавног тужиоца на основу саме кривичне пријаве, како је то прописано чланом 434 став 2 важећег ЗКП, а с тим у вези јавни тужилац више **није овлашћен да (истражном судији) предлаже предузимање појединих истражних радњи**. Оваква решења у складу су са новим концептом претходне истраге (установљеном Закоником), којом су јавним тужиоцима дата знатно шира овлашћења на пољу прибављања доказа.

У погледу мера за обезбеђење присуства окривљеног нови законик овлашћује тужиоца да (у оптужном предлогу) предложи поред одређивања притвора и **полагање јемства, као и забране и ограничења прописане чланом 168** (забрана посећивања одређених места, састајања са одређеним лицима и др.).

Након пријема оптужног предлога или приватне тужбе, судија ће претходно испитати да ли је суд надлежан и да ли постоје услови за одбацивање ових оптужних аката. У односу на одредбу члана 439 став 1 важећег ЗКП-а **изостављена је обавеза суда да испита треба ли спровести поједине истражне радње или допунити спроведене**.

Несумњиво је да се на овај начин доприноси краћем трајању поступка пред судом, али сматрамо да се тиме доводе у неравноправан положај овлашћени тужиоци. Кад је овлашћени тужилац – јавни тужилац, ова измена не представља неко ограничење, јер је он овлашћен да у поступку претходне истраге предузима истражне радње у циљу прикупљања неопходних доказа. Такође, ни у случају приватног тужиоца ова измена неће представљати тешкоћу у пракси, имајући у виду природу кривичних дела која се гоне по приватној тужби. Међутим, ако се у улози овлашћеног тужиоца нађе **оштећени** (ако јавни тужилац одбаци кривичну пријаву или у року од месец дана не поднесе оптужни предлог – члан 449 Законика), могу се јавити одређени проблеми. Наиме, оштећени (као тужилац) неће моћи да предузме ниједну истражну радњу (јер на то није ни овлашћен), нити може да захтева да истражни судија предузме такве радње (пошто нови Законик више не предвиђа такву могућност), због чега може доћи у ситуацију да његов оптужни предлог буде одбачен због недостатка доказа (члан 452 став 2 у вези члана 296 став 2 тачка 2 Законика).

Једна од новина у скраћеном поступку прописана је чланом 456 став 2 Законика, а то је обавеза судије да **о недоласку на главни претрес уредно позваног јавног тужиоца, обавести вишег јавног тужиоца.**

Прописивање ове обавезе, вероватно, представља покушај да се отклони, врло честа и распрострањена, пракса јавних тужилаца да не присуствују главним претресима у скраћеном поступку. С тим у вези предвиђено је и да јавни тужилац, у том случају, не може жалбом побијати пресуду због **непотпуно утврђеног чињеничног стања**, што би се могло сматрати својеврсном санкцијом процесно неактивног јавног тужиоца.

Поред оштећеног као тужиоца и приватног тужиоца, сада **и окривљени може предложити суду да се главни претрес одржи у његовом одсуству**. Сматрамо да томе има места само уколико је окривљени пре тога био саслушан у претходној истрази (сходно члану 456 став 4 Законика).

Уколико на главном претресу окривљени потпуно призна извршење кривичног дела (а то признање буде поткрепљено другим доказима), суд ће уз сагласан предлог странака прекинути доказни поступак и изрећи кривичну санкцију (члан 457 став 2). У вези ове одредбе поставља се питање како да суд поступи у случају потпуног признања окривљеног, када главном претресу не присуствује тужилац- те нема ни сагласног предлога. Мишљења смо да би и у том случају судија (уколико не посумља у истинитост признања) требало да пређе на изрицање кривичне санкције и на тај начин, донекле, санкционише неактивно процесно понашање тужиоца. Овакво решење у складу је и са интенцијом законодавца израженом у ставу 2 члана 456. Што се тиче санкција које се у овом случају могу изрећи **повишен је само максимум затворске казне, и сада износи 2 (две) године** – по ЗКП 1 (једна) година. Кад су у питању мере безбедности које се у овом случају могу изрећи није било никаквих измена, али је у изради текста Законика направљена грешка у називу мере безбедности забрана управљања моторним возилом, која је формулисана као забрана употребе моторног возила. Сматрамо да је овде учињен пропуст тиме што није ограничено време за које се може изрећи наведена мера безбедности – на 2 (две) године (како је то учињено у члану 461 став 2, у поступку за кажњавање пре главног претреса). Грешка је учињена и у последњој реченици става 3 овог члана, јер се казна затвора до 3 године може изрећи (под горе наведеним условима) за кривична дела из члана 446 став 2, а не за кривична дела из става 1 истог члана Законика.

Ако у току или по завршетку главног претреса судија утврди да је за суђење у конкретном случају надлежно веће, **неће се образовати веће** и главни претрес почети изнова, већ ће **доставити списе надлежном јавном тужиоцу**. Овим се решењем враћамо на процесну ситуацију која је

била предвиђена у изворном тексту важећег ЗКП-а и која је под утицајем критика стучне јавности[2] касније измењена (на горе поменути начин). Правилан је став да није оправдано оптужбу враћати тужиоцу који се обратио надлежном суду, да би се поново обратио истом суду, само због тога што за дати случај није био образован прописан састав суда, с обзиром да то није пропуст тужиоца. Тешко је, међутим, прихватити закључак да би у таквом случају требало одмах образовати веће и главни претрес почети изнова. Не споримо теоријску оправданост таквог става, већ могућност правилне реализације истог у пракси. Ово из разлога што је, нарочито у судовима са великим бројем судија и великим бројем предмета у раду, изузетно тешко образовати веће у неком разумном року, које би било прихватљиво за све процесне субјекте.

Сматрамо да би, због свега наведеног, најцелисходније било направити компромис у том смислу што се списи предмета не би враћали тужиоцу, већ би се прописала обавеза суда да се образује веће и нови главни претрес одржи у што краћем року (наш предлог би био 3 дана). Иако не располажемо подацима о томе колико је оваквих случајева било у пракси, сматрамо да се ради о релативно малом броју предмета и да поступање на предложени начин не би у великој мери реметило рад судија.

Новина у скраћеном поступку постоји и у погледу садржине пресуде у случају кад су се обе странке и оштећени, по објављивању пресуде, одрекли права на жалбу и нико од њих није тражио достављање пресуде. Писмено израђена пресуда тада садржи само **правну оцену** кривичног дела и **кратко образложење кривичне санкције**. Тиме се одступа од сада важећег правила да писмено израђена пресуда у овом случају не мора да садржи образложење. Намера законодавца приликом прописивања ове одредбе била је да се отклоне тешкоће које се могу јавити приликом изјављивања ванредних правних лекова против пресуда које немају образложење[3]. Наиме, одрицањем од права на жалбу, процесне странке се не лишавају и права на изјављивање ванредних правних лекова. У поступцима који би се тим поводом водили било би врло тешко, скоро немогуће, са сигурношћу испитати правилност и законитост судске одлуке која не садржи разлоге. Иако се

[2] Тихомир Васиљевић и Момчило Грубач, Коментар Законика о кривичном поступку, Службени гласник, Београд 2002, страна 833

[3] Слично, ибид, страна 832

оваквим решењем донекле успорава поступак (пресуда, ма како кратка и једноставна била захтева одређено време за писмену израду), сматрамо да је оно, из наведених разлога, оправдано прописано.

Што се тиче дужине трајања притвора након изрицања казне затвора, нови Законик прописује да исти може трајати до правноснажности пресуде (грешком је наведено "до правноснажне пресуде"). С обзиром да Законик не прописује максималне рокове трајања притвора након завршене истраге (за разлику од важећег ЗКП-а), притвор након изрицања пресуде може трајати најдуже док окривљеном не истекне казна коју му је изрекао првостепени суд.

Проширен је и круг лица која могу учествовати у покушају постизања поравнања у скраћеном поступку који се води по приватној тужби, тако да поред окривљеног и приватног тужиоца, сада могу учествовати и пуномоћник приватног тужиоца и бранилац. За очекивати је да би учешће ових лица у поступку мирења требало да да позитивне резултате. Ово из разлога што велику препреку у постизању поравнања представља јако изражена емоционална одбојност странака (пре свега на страни приватног тужиоца, који је по правилу и оштећен кривичним делом), а која би могла бити ублажена, па чак и превазиђена правилним деловањем наведених лица (јер се ради, по правилу, о професионалцима који поседују потребна правна знања и искуства, а са друге стране нису лично погођени – оштећени кривичним делом).

III ПОСТУПАК ЗА КАЖЊАВАЊЕ ПРЕ ГЛАВНОГ ПРЕТРЕСА

Одредбе којима је регулисан овај поступак садржане су у глави XXIX новог Законика (члан 460 до 464). Иначе, ради се о поступку који је први пут прописан важећим ЗКП-ом и који је (у то време) представљао потпуну новину у нашем кривично-процесном законодавству, јер је њиме негирана апсолутност правила: "нема пресуде без претреса" и "нема претреса без пресуде". Ова правила су и до тада имала неке блаже изузетке, али ти изузеци нису били тако дубоки и толико супротни овим правилима - како у материјалном тако и у процесном смислу. Према ЗКП-у из 1976. године, изузеци су се односили на поступање суда у случајевима тзв. флагрантних кривичних дела која њихов учинилац изврши у заседању суда на главном претресу.

Разлоге за инаугурацију ових института треба тражити с једне стране у чињеници да су све врсте криминалитета у порасту, и то не само код нас него и у свету, што за последицу има повећање и онако велике неефикасности кривичних поступака и судова, а са друге стране, у карактеристикама казнене политике наших судова (нарочито у другој половини 90-их година прошлог века, казнену политику карактерише доминантан број лакших кривичних санкција, при чему условне осуде доминирају са око 50% у укупном броју изречених санкција).

Многе државе, суочене са наведеним проблемима, су већ одавно приступиле повећању ефикасности и економичности поступка кроз упрошћавање прописаних посебних процесних форми. Поједностављивање кривичнопроцесних структура, прописивањем више изузетака у односу на општа правила - врши се истовремено у три правца - и то: скраћивањем (појединих фаза или читавих стадијума); убрзањем (предвиђање краћих процесних рокова) и деформализацијом поступка (изостављању непотребних формалности и гарантија).

Поступак за кажњавање пре главног претреса је од свог увођења, важећим ЗКП-ом изазивао многе контраверзе у стручној јавности, а донекле и у пракси. Приликом првог нормирања, ЗКП је садржао једну нелогичност проузроковану везивањем примене ових одредаба према (новчаној) казни која се **може изрећи**, а не према прописаној казни, због чега се јавила једна контраверзна правна ситуација, у којој су се одредбе о овом поступку могле применити на тежа кривична дела (за које је прописан посебан максимум казне затвора од 5 година, али не и посебан минимум, па се ублажавањем овакве казне сходно члану 43 ОКЗ за ова кривична дела могла изрећи и новчана казна), а нису се могле применити у поступцима за нека лакша кривична дела (за које је прописан посебан максимум затворске казне од 3 године, али и посебан минимум од 3 месеца, због чега се за ова кривична дела ни ублажавањем није могла изрећи новчана казна).

Каснијим изменама и допунама ЗКП-а наведена нелогичност отклоњена је прописивањем да ће се овај поступак применити и на кривична дела за која се може изрећи казна затвора до 3 године.

Међутим, у покушају отклањања једне нелогичности створена је потпуно апсурдна правна ситуација. Наиме, ублажавањем прописаних казни затвора (на основу члана 43 ОКЗ и сада члана 57 КЗ) **за сва кривична дела прописана кривичним законима може се изрећи казна затвора**

до 3 године, што значи да би се одредбе ове главе (у материјалном смислу) могле применити и на поступке за најтежа кривична дела.

Оваква могућност, међутим, нема свог оправдања, јер је ratio legis прописивања овог поступка била његова примена на најлакша кривична дела, што је у складу са мањим друштвеним значајем (друштвеном опасношћу) ових кривичних дела и њиховом мањом сложеношћу (како у погледу чињеничних, тако и у погледу правних питања), при чему постоје и одређена формална ограничења за његову примену на тешка кривична дела.

Иако је било предлога да се све наведене неправилности отклоне тиме што ће се прописати да ће се одредбе овог поступка примењивати на кривична дела према **прописаној** казни (новчаној казни и казни затвора до 3 године), то није учињено ни новим Законником из нама непознатих разлога.

Сматрамо да се овде ипак ради о грешци. Да је тако, указује и колизија услова у виду казне која се може изрећи и форме оптужног акта. Навели смо да би се сада по услову казне овај поступак применом одредби из чл. 56 и 57 Кривичног законика о ублажавању казне могао применити на сва кривична дела из Кривичног законика. С друге стране, овај поступак покреће се подношењем оптужног предлога. Оптужни предлог подноси се само за кривична дела са запрећеном казном у посебном максимуму до три године. Зато смо уверени да ће ова "грешка" бити хитно исправљена пре него дође до примене Законика.

Без обзира на сва сужења општег поступка, овде се ради о скраћеном утврђивању извршења кривичног дела и кривице окривљеног ради изрицања казне. Иако се ради о делатности из судске надлежности, ипак је избор ове форме дат овлашћеном државном тужиоцу који доношење решења о кажњавању предлаже у форми оптужног предлога. Дакле, тужилац је тај који процењује да у конкретном кривичном предмету није потребно одржавање главног претреса, јер је чињенично стање несумњиво, и искључује потребу расправљања. Значи, нужно је постојање конкретних чињеница које из података добијених саслушањем окривљеног омогућавају суду одлучивање које се састоји у квалификовању одређене радње, тј. њеном подвођењу под кривично правне норме. Примена ове процесне форме долази у обзир - кад је "неспорно да се одлучивање састоји у примени права на конкретне чињенице а да се чињенице утврђују доказива-

њем".[4] Тужилац, дакле, пре одлуке да предложи овај поступак, мора извршити свестрану и брижљиву процену расположивих доказа о чињеницама од којих зависи основаност његовог захтева. Но, треба рећи да тужилац ова своја овлашћења, која су на први поглед арбитрарна са снажним печатом самовоље, мора вршити у духу закона, јер га чека одлука суда који предлог може прихватити или одбити. И одлуке државног тужиоца и суда могу и морају зависити само од ваљаности прикупљених доказа који су подобни да искључе потребу да се одржи главни претрес ради извођења и допуне доказа и непосредне оцене њихове противречности.

Суд би требало да дозволи поступак, огласи кривим учиниоца кривичног дела и изрекне му новчану казну као главну у овом мандатном поступку, само у оним случајевима кад су прикупљени и уз списе приложени докази, таквог доказног квалитета да не остављају сумњу у односу на утврђивање да је кривично дело учињено, да је окривљени извршилац кривичног дела и да је кривично одговоран. Када ће ти услови бити испуњени - фактичко је питање у сваком конкретном случају.

Поступак се покреће оптужним предлогом овлашћеног тужиоца. У улози овлашћеног тужиоца, према члану 460 став 1 Законика, може се јавити само јавни тужилац, што значи да оштећени као тужилац и приватни тужилац немају овлашћења да покрену овај поступак подношењем оптужног предлога. Поред овог ограничења, овај поступак се може водити само за кривична дела за која се гоњење предузима по службеној дужности. Иницијативу да ли ће се определити за овај вид - форму кривичног поступка, има, дакле, само државни тужилац.

Разлози који државног тужиоца опредељују да да иницијативу - да предложи суду примену ове кривично-процесне форме - поред испуњења услова су и оцена да одржавање главног претреса није потребно. Треба одмах рећи да законодавац овај материјални услов не само да није ближе одредио него га уопште није одредио. У таквој ситуацији, тужилац мора поћи од улоге главног претреса који је централни део првостепеног кривичног поступка намењен расветљавању у мериторном одлучивању основаности "казненоправног захтева садржаног у оптужби".[5]

---

[4] М. Грубач, Кривично процесно право, књига друга, 1996, год, стр. 60 и 178.

[5] Т. Васиљевић, М. Грубач: Коментар Законика о кривичном поступку, "Службени гласник", Београд, 2002, страна 839.

Ако се одлучивање заснива у примени права на конкретне чињенице које су резултат доказивања онда процену о непотребности држања главног претреса треба дати са становишта да су и расположиви докази о релевантним чињеницама - од којих зависи оцена основаности оптужног захтева такви да елиминишу потребу одржавања главног претреса. Мора се дакле радити само о оним предметима у којим докази указују и на кривично дело и његовог учиниоца, од кога је потребно само узети одбрану - саслушати га, и одмерити му казну затвора од једне године или неку од блажих кривичних санкција[6].

Када прими оптужни предлог са предлогом за доношење решења о кажњавању судија прво поступа као са сваким оптужним предлогом. Дакле, прво испитује месну и стварну надлежност, а затим да ли постоје услови за одбацивање оптужног предлога (члан 451 став 1). Разлози за одбачај оптужног предлога прописани су чланом 452 став 2 Законика.

Када утврди да нема процесних сметњи за поступање, односно да би се по оптужном предлогу могао заказати главни претрес, судија се тек тада бави проценом основаности предлога у оптужном предлогу за вођење поступка ради доношења решења о кажњавању без главног претреса. Код одлучивања да ли ће спровести овај за окривљеног привилеговани поступак, судија се руководи и одлуку доноси проценом истих оних доказа који су тужиоца определили да предложи овај поступак о чему је већ било речи. Приложени докази уз оптужни предлог морају бити дакле таквог квалитета да упућују на несумњив закључак да је то лице извршило кривично дело које му се оптужним предлогом ставља на терет.

Уколико утврди да нема услова за примену овог поступка судија ће доставити оптужни предлог окривљеном и заказати главни претрес ради спровођења скраћеног поступка.

Уколико оцени да су испуњене све формалне и материјалне претпоставке за вођење овог поступка судија позива окривљеног ради саслушања о кривичном делу и учиниоцу. Судија ће прибавити до доношења одлуке извод из КЕ за окривљеног. Законик поред прибављања извода из КЕ оставља суду могућност да по потреби прибави и друге податке о личности окривљеног. Нејасно је које податке и од кога их треба прибавити.

[6] В. чл.461 ст.1 ЗКП

Са гледишта утврђивања истине било би врло рискантно прибављати било какве "карактеристике" о окривљеном.

Након саслушања - узимања одбране од окривљеног, прибављеног извода из КЕ судија доноси решење о кажњавању.

Одлука у овом специфичном поступку доноси се у **форми решења.** Решењем као врстом судске одлуке, по правилу се не одлучује мериторно о кривици и кривичној санкцији за извршено дело. Овде се ради о једном од изузетака, јер је други судска опомена. Решење о кажњавању пре главног претреса има карактер привремене одлуке. Ова привременост произилази из законског решења - да окривљени има право приговора. Ако окривљени не користи право приговора, решење је правноснажно. У случају подношења приговора поступак, без обзира на решење о кажњавању, прераста у нормалну процедуру. Поставља се питање шта са неправноснажним решењем о кажњавању ако се поднесе приговор? У законику се само каже: ако окривљени поднесе приговор благовремено, судија ће заказати главни претрес по оптужном предлогу државног тужиоца и даље поступати по одредбама члана 434 до 448 (скраћени поступак). Може ли се решење о кажњавању оставити да егзистира у списима предмета као неправноснажно а да се у односу на њега не донесе одлука којом се оно укида? Ако се само настави главни претрес - доћи ћемо у ситуацију да у истом предмету код истог суда, за исто кривично дело против истог окривљеног, имамо две судске одлуке о кривици и казни: решење о кажњавању и нову пресуду. Ако то није правилно и законито, и ако је противно неким основним начелима на којима почива кривични поступак, шта учинити?

У коментару Законика о кривичном поступку аутори кажу: "Приговор је правно средство окривљеног којим се донето решење о кажњавању ставља ван снаге и отвара пут главном претресу."[7] Овакав став ових уважених аутора није разрешио постављене дилеме. Напротив, њихов став нема подлогу у одредбама Законика. Врсте судских одлука у принципу и по закону могу бити: укинуте, преиначене и потврђене. Специфичност представља предлог за повраћај у пређашње стање, али се исти код ове процесне форме не може употребити чак ни због пропуштеног рока на подношење приговора на решење. Не споримо чињеницу да приговор има суспензивно дејство у односу на правноснажност решења и да се поступак, без обзира на

[7] Т. Васиљевић, М. Грубач, Ибид, страна 839.

основаност разлога из приговора и на процесну и материјалну ваљаност истог, мора наставити заказивањем главног претреса по оптужном предлогу државног тужиоца и по одредбама члана 446-459 Законика. Али, законодавац није решио питање шта са решењем о кажњавању.

Садржина решења о кажњавању у пракси не би смела да изазива никакве дилеме због јасности њених одредби. Најважније је рећи да иако се ради о решењу као врсти судске одлуке, истим се одлучује о кривици (оглашава се кривим) за одређено дело, наводи се квалификација дела и одлука о новчаној казни. Наравно, решење треба да садржи образложење и све оно што се таксативно набраја у члану 462 став 3 Законика.

Окривљени није обесправљен у овом поступку, како то истичу неки критичари овог поступка. Наиме, окривљени против решења о кажњавању има право приговора којим се овај поступак анулира и прераста у скраћени поступак[8] као редовну процесну форму за таква кривична дела. Сматрамо да би много целисходније решење било да се од окривљеног приликом саслушања тражи сагласност за вођење овог поступка. Ово тим пре што поводом поднетог приговора суд одлучује само о његовој благовремености. Дакле, и само назначење да се улаже приговор против решења о кажњавању без образложења је довољно валидно, и суд приговор не може одбацити као неуредан, непотпун, неоснован, итд. Приговор се само може одбацити као неблаговремен.

Решење о кажњавању доставља се државном тужиоцу и окривљеном. На решење нема право жалбе ни државни тужилац ни окривљени. Рок за подношење приговора који има само окривљени је 8 дана од дана пријема решења.

Против решења суда којим се приговор одбацује као неблаговремен, жалба се подноси већу истог суда из чл. 24. ст. 6.

Иначе, једина новина која, у погледу овог поступка, Законик предвиђа односи се на врсте и мере кривичних санкција које се, решењем о кажњавању, могу изрећи. То су: казна затвора до једне године (важећим ЗКП-ом није прописана могућност изрицања казне затвора); новчана ка-

[8] Претпостављамо да ће "услов казне" бити хитно измењен и одређен као: "запрећена новчана казна или казна затвора до три године"

зна до 90 дневних износа, односно до 250.000,00 динара; рад у јавном интересу; одузимање возачке дозволе; условна осуда и судска опомена.

Уз наведене кривичне санкције, може се изрећи једна или више следећих мера безбедности: одузимање предмета; одузимање имовинске користи и забрана управљања моторним возилом у трајању до 2 године. Сматрамо правилним ограничење дужине трајања мере безбедности забрана управљања моторним возилом, јер би било нелогично и супротно смислу закона да се наведена мера може изрећи без посебног ограничења, нарочито ако се имају у виду прописана ограничења у погледу казни које се у овом поступку могу изрећи.

Према томе може се констатовати да су промене које Законик предвиђа у погледу овог поступка, заправо, само последице усклађивања са одредбама Кривичног законика (којим су прописане нове врсте кривичних санкција).

Решење о кажњавању може се након правноснажности нападати ванредним правним лековима, јер њихова употреба није искључена ни једном одредбом Законика.

Уколико је решење о кажњавању приговором "стављено ван снаге" на главном претресу, који следи окривљеном, може бити изречена свака казна и мера безбедности прописана кривичним законима за то кривично дело. Дакле, нема ограничења на санкције прописане чланом 461, односно нема места примени начела reformatio in peius (члан 406 Законика). Суд није везан ни ограничењима у погледу врсте и висине казне коју је био изрекао решењем о кажњавању. Дакле, у скраћеном поступку може се изрећи тежа али и блажа казна, односно санкција.

IV ПОСТУПАК ЗА КАЖЊАВАЊЕ И ИЗРИЦАЊЕ УСЛОВНЕ ОСУДЕ ОД СТРАНЕ ИСТРАЖНОГ СУДИЈЕ

За разлику од претходне, ова процесна форма омогућава да се након завршене истраге и подигнуте оптужбе опет "за лакша кривична дела" без одржавања главног претреса, под одређеним условима пресудом коју доноси истражни судија, окривљени осуди на казну затвора или новчану казну или му се изрекне условна осуда. Овај поступак представља одступање од правила - да се пресуда може донети само после одржаног главног претреса.

Вођење овог поступка могуће је само у случају испуњавања услова прописаних у чл. 465 Законика. Ови законски услови су:

Материјални услови који лимитира **врсту кривичних дела**, за која се овај поступак може водити, према закону, су: "Кривична дела за која је прописана новчана казна као главна или казна затвора до 5 година". Према слову закона, произилази да запрећене казне нису прописане алтернативно, већ новчана казна као главна. Новчана казна као главна, а поготову само новчана казна није прописана ни за једно кривично дело, за које се гоњење предузима по службеној дужности[9]. Новчана казна једино је прописана као алтернативна са казном затвора. Ни други услов није прецизно одређен и не може се рећи: "Казна затвора до 5 година". Ово због тога што код предложеног института и чињеница да је за овај поступак одређено да се може предложити само оптужницом као врстом оптужног акта. Окривљеном се даје право приговора, а приговор се може изложити само против оптужнице. Зато овај услов треба да гласи: "За кривична дела са прописаном казном затвора од 3 до 5 година." Овде нема потребе за уношењем новчане казне у овај услов ни као главне - ни као алтернативне са казном затвора.

Други услов је потпуно признање окривљеног односно осумњиченог. Код овог кривично-процесног института релевантни су само они искази - одбране који представљају потпуно признање кривичног дела за које је осумњичен, односно за које је поднет захтев за спровођење истраге. Треба нагласити да ова признања могу представљати испуњење траженог услова само онда ако су приликом узимања одбране испоштована сва права осумњиченог - окривљеног прописана Законником.

Само признање треба да садржи оне чињенице које се односе на кривично дело и учиниоца. Оно мора бити не само потпуно него и аргументовано, тако да изнете чињенице саме за себе, и у склопу са другим доказима, омогућавају правилно и потпуно утврђивање чињеничног стања. Под потпуним признањем треба подразумевати само оно којим се у потпуности признаје извршење кривичног дела које се том лицу ставља на терет. При оцени валидности признања мора се исто процењивати и са становишта побуда односно мотива учиниоца. Признање може бити противречно само се-

[9] Новчана казна у Кривичном законику као главна и једина прописана је само за кривична дела увреде и клевете (чл.170 и чл.171 КЗ) за која се гоњење предузима по приватној тужби

би и материјалним доказима. Признање кривичног дела може бити: потпуно или делимично; истинито или лажно; из ниских или алтруистичких побуда; добровољно или изнуђено или неизбежно. Као и друге доказе, признање треба ценити применом теорије о слободној оцени доказа.

Само признање не може се састојати из одговора са "да". Исказ - одбрана окривљеног -осумњиченог треба да садржи лично познавање чињеница и околности извршеног дела са аргументима које његово признање чине одрживим, логичним и у односу са другим доказима сагласним. Предмет признања је само кривично дело за које је окривљени осумњичен, односно за које је поднет захтев за спровођење истраге. Признање осумњиченог биће правно ваљано само ако код таквог признања окривљени остане и у истрази. Ако у истрази порекне признање дато у преткривичном поступку, онда се такво признање не може сматрати потпуним за потребе овог поступка.

Да би овај услов био испуњен, поред напред реченог потребно је да је признање дато у присуству браниоца. Присуство браниоца нужно је не само при давању исказа у преткривичном поступку, него и по поднетом захтеву за спровођење истраге.

Следећи услов је да је спроведена истрага и да су у истрази прикупљени докази који поткрепљују признање.

Истрага се спроводи за кривична дела за која је прописана казна затвора у посебном максимуму преко 3 године. Ова процесна форма се дакле не може применити у односу на учиниоце кривичних дела за која је прописана само казна затвора до 3 године и где се спроводи редовни скраћени поступак. Ово пак значи да се овај поступак не може водити за сва она кривична дела са прописаном казном затвора у посебном минимуму и посебном максимуму. За ова дела није могуће водити ни поступак прописан члановима 460 – 464 Законика. Указујемо да изузетно велики број кривичних дела са прописаном казном затвора у посебном минимуму и посебном максимуму до три године, и да су не само нејасна него - са гледишта разлога увођења ових специфичних поступака - и необјашњива оваква решења у Законику.

Већ је у раду истакнуто, да укупни докази, дакле, не само потпуно признање морају бити таквог квалитета да искључују потребу за одржавањем главног претреса. Кад је овај услов испуњен - фактичко је питање.

Наредни услов је постојање предлога државног тужиоца. И овај поступак као и претходни може се водити само за кривична дела за која се го-

њење предузима по службеној дужности и за које оптужни акт подноси државни тужилац. Дакле, државни тужилац може предложити истражном судији да се уместо главног претреса закаже посебно рочиште за доношење пресуде. Иницијатива дакле до подношења оптужног акта припада државном тужиоцу, који исту може дати у виду предлога одмах након завршене истраге а најкасније у року од 8 дана у подигнутој оптужници. Сматрамо да је рок од 8 дана инструктиван, и да се и оптужница и предлог у њој могу дати односно поднети од стране државног тужиоца и након овог рока.

На јавном рочишту пред истражним судијом Законик каже да ће се извршити "саслушање странака". Треба напоменути да појам рочиште није кривичнопроцесни појам него је преузет из ЗПП-а. Такође је нејасно законодавчево навођење - да ће се након "саслушања странака" .... Странке у кривичном поступку су само тужилац и окривљени. Овде се ради о државном тужиоцу. Државни тужилац се не саслушава нити као странка нити као сведок, већ само даје предлоге и изјаве и врши друга права у поступку као што је давање завршне речи. Зато је требало рећи: Саслушати окривљеног у присуству државног тужиоца који може дати одређене предлоге и изјаве. "Саслушање странака" је посебан доказ али у парничном поступку. Уопште узев, у поступку се саслушавају окривљени, сведоци, вештаци али не и државни тужилац.

Вођење овог поступка могуће је само уз изричит пристанак окривљеног. Изричит пристанак значи да окривљени мора бити лично и недвосмислено питан: да ли је сагласан да се против њега води поступак за кажњавање и изрицање условне осуде од стране истражног судије уместо поступка на заказаном главном претресу пред судским већем? Његова изјава се мора узети записнички. Записник мора садржати сва упозорења, изјаву о прихватању и навод да окривљени својим потписом прихвата предлог државног тужиоца из оптужнице. У пракси је овакве изјаве најбоље узимати приликом уручења оптужнице на записник. Окривљени се на записнику мора поучити и о праву и року у коме може поднети приговор. Ако окривљени поред изричитог пристанка у року од 8 дана уложи приговор, сматраће се да је окривљени одустао од изјаве којом је дат изричит пристанак. У том случају заказаће се главни претрес и одржати суђење, јер је искључена примена овог поступка.

Наравно изјава од окривљеног по његовом изричитом пристанку може се узети и на записнику о његовом саслушању пред истражним судијом. Изјава може бити дата и на самом заказаном рочишту.

Истражни судија који је водио истрагу - у начелу не може у том предмету поступати као судећи судија, односно председник већа. У овом поступку, као и у скраћеном поступку, истражни судија није изузет.

Поступак се води на основу поднете оптужнице. Форма оптужног акта за овај поступак несумњиво упућује на закључак да се исти може применити само за кривична дела са прописаном казном затвора "од три до пет година". Овакво законодавно решење је и логично јер се поступак "Кажњавање пре главног претреса" води за кривична дела за која јавни тужилац оптужни акт подноси у форми оптужног предлога, а то су само кривична дела за која је прописана казна затвора до три године. Ова два поступка је и сасвим оправдано овако раздвојити и степеновани су како врстом санкција које се у њима могу изрећи, тако и другим околностима.

За вођење овог, у односу на главни претрес, много једноставнијег и неформалнијег поступка, иницијативу може дати и окривљени. Предлог за вођење овог поступка окривљени може поднети у року од 8 дана од дана достављања ове оптужнице. Закон не прописује форму за подношење овог предлога, па налазимо да се исти може поднети у виду изјаве на записник пред истражним судијом или у виду писменог предлога.

За разлику од предлога државног тужиоца, предлог окривљеног подлеже оцени његове основаности па и благовремености од стране истражног судије. Законик одређује рок али не и налог, да се неблаговремени предлог одбаци. Истражни судија ће дакле испитати испуњеност услова из члана 465 Законика. Ако су услови према оцени истражног судије испуњени, истражни судија тражи сагласност јавног тужиоца. Јавни тужилац сагласност са предлогом окривљеног треба доставити у писменој форми, ако већ не постоји његов предлог. Сагласност истражног судије и јавног тужиоца је нужна за вођење овог поступка. У случају да једна од сагласности не постоји, истражни судија ће направити службену белешку, констатовати недостатак услова и предмет доставити својој писарници са наредбом да се исти уведе у уписник "К" ради држања главног претреса. Истражни судија ће на исти начин поступити и у случају да не прихвати предлог окривљеног или сагласност јавног тужиоца. Прихватање или неприхватање предлога за вођење овог поступка од стране истражног судије мора бити у зависности

од постојања или непостојања услова за вођење овог поступка. Непостојање услова значи да: нема изричитог пристанка окривљеног; нема сагласности државног тужиоца; признање окривљеног није потпуно или исто није дато у присуству браниоца. Исто ће истражни судија поступити - ако сматра да признањем окривљени прикрива теже кривично дело или штити правог извршиоца, на пример отац штити сина, или ако нађе да признање у односу на друге доказе није таквог квалитета да се чињенично стање може несумњиво, потпуно и правилно утврдити, па је потребно одржавање суђења и провођење контрадикторног поступка.

Указујемо посебно на формулацију члана 465 став 1 Законика где се каже да у случају испуњености свих услова, истражни судија може донети пресуду. Појам "може" треба тумачити да се не ради о облигаторној обавези истражног судије, него о факултативној. Да ли је овакво законодавно решење целисходно и у колизији са разлозима за вођење овог поступка? Код ове процесне форме постоји више противречности. Тако се у члану 465 каже: "у случају потпуног признања", а одмах затим негира се квалитет тог признања као доказа - тако што се тражи да оно буде поткрепљено и другим доказима. Да ли је остварен циљ увођења овог поступка односно убрзање ако је несумњиво да тражење пристанка окривљеног успорава поступак, па се затим и поред изричитог пристанка даје могућност окривљеном да уложи приговор против оптужнице - чиме се додатно успорава овај поступак. Сматрамо да је на овај начин само искомпликован овај једноставан поступак.

Неслагање истражног судије је његова арбитрерна одлука и као таква није подложна претходним сагласностима, нити се може побијати жалбом. Овим поступком центар мериторног одлучивања преноси се са главног претреса у претходни поступак, и истражном судији се поверава доношење пресуде и изрицање кривичне санкције.

Када су испуњени сви услови, на одржаном рочишту се саслушава окривљени - узима одбрана, читају се писмени докази, искази сведока, налаз и мишљење вештака, итд, узимају се кратке изјаве од странака у форми завршне речи и приступа изрицању пресуде. Докази се дакле поново не изводе, али се читају.

Након завршеног рочишта, дакле, приступа се изрицању кривичне санкције у форми пресуде. И у овом поступку су извршене одређене измене ради усклађивања са Кривичним закоником, у погледу **кривичних санкција које се могу изрећи пресудом истражног судије.** Нови Зако-

ник предвиђа да се казна затвора може изрећи у трајању до две године (по ранијем ЗКП-у до једне године), новчана казна од деведесет дневних износа, односно до 250.000 дин, а као нове кривичне санкције у овом случају прописује рад у јавном интересу, одузимање возачке дозволе и судску опомену (чл. 467). Што се тиче мера безбедности које се могу изрећи једина измена је што се забрана управљања моторним возилом може изрећи у трајању до две године.

У овом поступку окривљени коме се суди је привилегован приликом одлучивања о кривичној санкцији. Окривљени којима је за извршено дело законом запрећено казном затвора до пет година, могу дакле бити осуђени највише на 2 (две) године затвора, док је у погледу новчане казне утврђен посебан максимум у наведеним износима.

При одређивању врсте кривичне санкције и висине казне затвора и новчане казне, рада у јавном интересу, одузимања возачке дозволе као и утврђивању казне код условне осуде и рока проверавања, примењиваће се одредбе о одмеравању казне (члан 54 – 63 КЗ). Дакле, суд ће при одмеравању кривичне санкције ценити степен кривице, тежину кривичног дела, олакшавајуће и отежавајуће околности, итд. Поставља се питање - да ли се потпуно признање окривљеног које је основни услов за вођење овог, за окривљеног привилегованог поступка, може узети као олакшавајућа околност. Сматрамо да се једна иста околност у истом кривичном предмету, за исто кривично дело, окривљеном не може два пута узети ни као олакшавајућа ни као отежавајућа околност.

За разлику од решења о кажњавању, против пресуде истражног судије дозвољено је право жалбе. Пресуда истражног судије жалбом се може побијати због: а) битних повреда одредби кривичног поступка, б) због повреде Кривичног закона, ц) због одлуке о кривичним санкцијама и одузимање имовинске користи.

Немогућност побијања наведене пресуде због погрешно и непотпуно утврђеног чињеничног стања логична је последица околности да је окривљени у потпуности признао извршење кривичног дела. Сматрамо да би овлашћење окривљеног да пресуду побија и по овом основу представљало класичан пример злоупотребе процесних овлашћења са његове стране.

Друга новина коју предвиђа нови Законик односи се на трошкове овог поступка. Одредбом члана 457 став 2 важећег ЗКП-а, прописано је да

ови трошкови падају на терет буџетских средстава суда, па би ова погодност требало да представља подстицај окривљеног да прихвати овај једноставнији и бржи поступак[10].

С обзиром да нови Законик не садржи посебне одредбе о трошковима овог поступка, приликом одлучивања о том питању примењиваће се опште одредбе о трошковима кривичног поступка (глава XV).

Остаје дилема у погледу исправности оваквог законског решења, коју ће најправилније разрешити пракса.

Генерална примедба коју бисмо ставили у погледу овог поступка (али и поступка за кажњавање пре главног претреса) је могућност њихове примене и према рецидивистима. Налазимо да је друштвено неоправдано примењивати овај поступак према вишеструким истоврсним повратницима, поготову за умишљајна кривична дела.

V УБРЗАНИ ПОСТУПАК

Одредбе о убрзаном поступку (чл. 469-474) представљају значајну новину коју, по узору на бројна упоредна законодавства уводи нови Законик о кривичном поступку. У питању је нова, веома брза и релативно упрошћена форма кривичног поступка за гоњење тзв. флагрантних кривичних дела и даје веома добре резултате у пракси упоредних кривичнопроцесних система.

Оправданост брзог решавања у оваквим случајевима заснива се на флагрантности кривичног дела – чињеници да је лице затечено у вршењу кривичног дела (што уједно знатно олакшава доказивање истог), а притом убрзани поступак не само што растерећује правосуђе, већ се помоћу њега могу остварити и важни криминално-политички циљеви, с обзиром да брза реакција правног система у односу на учиниоца кривичног дела који је затечен при извршењу кривичног дела, у многоме доприноси већем поверењу грађана не само у правосуђе (што је само по себи од огромне важности), већ и у правни систем уопште, а врло често је не само оштећеном, већ и самом окривљеном у интересу да се кривични поступак брзо оконча.

[10] Тихомир Васиљевић и Момчило Грубач, Коментар Законика о кривичном поступку, Службени гласник, Београд 2002, страна 841

Јавни тужилац може предложити **вођење убрзаног поступка** ако је истражном судији доведено лице затечено при извршењу кривичног дела које се гони по службеној дужности, за које је прописана новчана казна или казна затвора до три године (чл. 406 ст. 1). Овом одредбом није прописана форма предлога, али се тумачењем става 5 овог члана, долази до закључка да је иницијални предлог тужиоца **усмен.**

Ако чињенично стање није сложено и окривљени у потпуности призна извршење кривичног дела (при чему је све то поткрепљено и другим доказима), истражни судија га обавештава да му у убрзаном поступку може изрећи највише половину новчане казне прописане за то дело, односно казну затвора до две године. Окривљени се са тим може сагласити и тада се његова изјава уноси у записник, након чега јавни тужилац подноси писмени предлог за вођење убрзаног поступка тако да његова садржина одговара оптужном предлогу, а истражни судија ће донети решење о вођењу убрзаног поступка, против кога жалба није дозвољена.

Ако окривљени **одбије** вођење убрзаног поступка, истражни судија доноси решење да нема места вођењу таквог поступка. Међутим, поставља се питање како поступити ако окривљени експлицитно не одбије вођење убрзаног поступка или се једноставно брани ћутањем? Може ли се у таквој ситуацији сматрати да нема одбијања предлога у смислу наведене одредбе?

Имајући у виду природу и смисао убрзаног поступка, мишљења смо да би се под појам одбијања требало да подведе свако несаглашавање окривљеног са предлогом јавног тужиоца, као и неизјашњавање окривљеног о истом. Било би противно духу овог поступка ако би се сагласност окривљеног изводила из неких теоретских конструкција ("ћутање је знак одобравања") или из конклудентних радњи.

Иначе, на убрзани поступак сходно се примењују одредбе о главном претресу, пресуди и поступку по жалби у скраћеном поступку, ако законом није друкчије одређено.

Ако је кривично дело за које је покренут убрзани поступак повезано са другим кривичним делима и другим окривљенима у погледу којих нису испуњени услови за вођење убрзаног поступка, водиће се раздвојени поступци, а ако је то целисходно, водиће се спојени скраћени поступак за сва кривична дела и све окривљене (чл. 470).

Решење о вођењу убрзаног поступка доставља се окривљеном, његовом браниоцу и јавном тужиоцу, заједно са позивом за главни претрес који ће се одржати пред истражним судијом (чл. 471 ст. 1). Између дана достављања позива и дана главног претреса мора да протекне најмање три дана, а окривљени има право захтевати да му се остави рок до 8 дана за припремање одбране.

Ако током главног претреса истражни судија нађе да због сложеног чињеничног стања није оправдано вођење убрзаног поступка, донеће решење да **нема места убрзаном поступку** које заједно са списима доставља јавном тужиоцу да би он поднео оптужни предлог у циљу вођења скраћеног поступка, а против наведеног решења жалба није дозвољена (чл. 472).

Убрзани поступак се може **окончати**:

1) решењем о обустави поступка (ако дело које је предмет оптужбе није кривично дело; ако је кривично гоњење застарело, или је дело обухваћено амнестијом, односно помиловањем; ако је у односу на кривично дело које је предмет оптужбе већ донето правноснажно решење о обустави кривичног поступка, или правноснажна пресуда, односно решење о кажњавању или ако постоје друге околности које трајно искључују кривично гоњење)

2) решењем о одбацивању оптужног предлога (ако нема захтева овлашћеног тужиоца, потребног предлога или одобрења за кривично гоњење, доказа из којих произилази основана сумња да је окривљени учинио кривично дело и ако постоје околности које привремено спречавају гоњење)

3) пресудом која се мора писмено израдити у року од три дана од дана објављивања.

У поступку по жалби, другостепени суд је дужан да своју одлуку достави суду првог степена најкасније у року од два месеца од дана пријема жалбе и списа (чл. 474). Природа овог поступка захтева хитност и у поступку по жалби, па је у том смислу прописан и краћи рок за одлучивање.

VI ПОСТУПАК ПОСРЕДОВАЊА РАДИ ПОСТИЗАЊА ПОРАВНАЊА ИЗМЕЂУ ОКРИВЉЕНОГ И ОШТЕЋЕНОГ

Нови Законик у кривични поступак уводи потпуно нови тип поступка који у суштини представља један вид медијације - поступак посредовања ради постизања поравнања између окривљеног и оштећеног.

Овај поступак израз је најсавременијих тенденција у кривичном законодавству и инспирисан је не само потребом за брзим и ефикасним решавањем кривичних предмета, већ и потребом да се у једноставнијим стварима и онда када предмет кривичног поступка нису тежа дела, прида значај сагласним изјавама воље окривљеног и оштећеног и заштите и интереси оштећеног и интереси окривљеног, који се поштеђује репресије онда кад то није апсолутно неопходно. Наиме, помирење оштећеног и окривљеног није само лични, односно ужи, већ и шири општедруштвени интерес и услов за постизање "друштвеног мира".

Важећи Законик члановима 236 и 237 предвиђа могућност јавног тужиоца да уз сагласност суда одложи гоњење и одбаци кривичну пријаву под одређеним условима. У пракси јавни тужилац није често користио ову могућност (у Србији је у периоду јануар 2003. - октобар 2005. године у око 1900 случајева примењен овај институт, најчешће за дело из чл. 195 КЗ РС (985 случајева), из чл. 119 КЗ РС (214) и чл. 149 Закона о планирању и изградњи (116)).

Иако се Законником, поступак посредовања уводи као нови процесни институт, само се уопштено регулише начин вођења истог, док је доношење потпунијег прописа (који ће наравно бити у складу са одредбама Законика, али и Закона о посредовању - медијацији[11]) којим ће се утврдити основни критеријуми за упућивање на овај поступак, целовитија правила вођења поступка, као и критеријуми за оцену успешности закљученог споразума о поравнању између оштећеног и окривљеног, стављено у надлежност Републичког јавног тужиоца. Он такође може донети обавезна упутства нижим тужиоцима, којима утврђује која се кривична дела могу или не смеју упућивати на поступак посредовања, односно утврдити врсте обавеза које се окривљеном могу или морају наметнути уз предмет поравнања, време у коме треба испунити одређене обавезе (чл. 478).

Сматрамо да Републички јавни тужилац, имајући у виду да се ради о једном потпуно новом правном институту, **мора** да донесе обавезна упутства, како би се уједначила пракса нижих тужилаштава и спречиле евентуалне злоупотребе у његовој примени.

[11] "Службени гласник Републике Србије" број 18/2005

На предлог окривљеног или његовог браниоца, односно оштећеног и његовог пуномоћника или по службеној дужности, јавни тужилац може након пријема обавештења о кривичном делу или кривичне пријаве, за кривична дела за које је прописана новчана казна или затвор до једне године **позвати окривљеног и оштећеног на посебно рочиште** да се испита да ли постоји могућност да се упуте на поступак посредовања ради постизања поравнања. Ово је изузетно могуће и за кривична дела за која је предвиђена казна затвора до три године под одређеним условима.

Ти се услови могу поделити на: *објективни услов* - да је окривљени претходно неосуђиван и *субјективне услове* - оцена јавног тужиоца да је окривљени показао искрено кајање због учињеног кривичног дела, да је показао спремност да у потпуности отклони последице дела, накнади проузроковану штету или испуни друге обавезе у корист оштећеног или друштвене заједнице. За примену овог поступка морају бити **кумулативно** испуњени и објективни и субјективни услови.

Јавни тужилац ће овај позив упутити ако је, с обзиром на кривично дело које се наводи у обавештењу или у кривичној пријави, последицу кривичног дела и околности под којима је учињено, ранији живот окривљеног, његово понашање након учињеног кривичног дела, личност окривљеног и оштећеног, њихов ранији однос, њихове будуће могуће и очекиване односе и све друге битне околности, очигледно оправдано да се између оштећеног и окривљеног закључи поравнање.

Наведеном **рочишту** могу да присуствују и бранилац окривљеног и пуномоћник оштећеног. Мишљења смо да би тужилац требало да инсистира на присуству ових лица на рочишту, пре свега ради смањења емоционалног набоја који по природи ствари постоји између окривљеног и оштећеног.

Јавни тужилац може упутити странке на медијацију и после подношења оптужног предлога, све до завршетка главног претреса.

Ако окривљени и оштећени на то пристану, јавни тужилац доноси решење о упућивању на поступак поравнања и одлаже кривично гоњење, односно тражи од суда да донесе решење о одлагању почетка главног претреса или о одлагању главног претреса. Ако оштећени и окривљени не пристану да буду упућени на поступак поравнања, јавни тужилац подноси оптужни предлог, односно наставља кривично гоњење, или поступа у складу са чл. 268 или 269 овог законика (опроштај кривичног гоњења

осумњиченом који је испунио одређене обавезе или нецелисходност кривичног гоњења због стварног кајања осумњиченог).

Поступак посредовања мора да започне у року од 15 дана од дана доношења решења, а поступак води овлашћени посредник/медијатор кога из редова радно неактивних истакнутих правника (судија, јавних тужилаца, адвоката, научних радника) одређује Републички јавни тужилац[12].

Ово је неформалан поступак и може да **траје** најдуже три месеца од првог састанка, а ако је јавни тужилац у решењу окривљеном одредио испуњење једне или више обавеза, посебним решењем јавног тужиоца се може продужити за још три месеца. Ако је пак због поступка посредовања одложен главни претрес, може трајати најдуже два месеца од првог сусрета окривљеног, оштећеног и овлашћеног посредника (чл. 476).

У погледу **исхода посредовања**, прописано је да ако окривљени и оштећени постигну поравнање, закључују и својим потписима потврђују писани споразум, чија је садржина регулисана чл. 477 ст.1-3. Кад окривљени испуни обавезу, јавни тужилац одбацује кривичну пријаву или одустаје од кривичног гоњења (оштећени нема право да предузме или настави кривично гоњење), или наставља кривично гоњење да би суд окривљеног огласио кривим, а ослободио га од казне. Ако му суд ипак изрекне казну, јавни тужилац ће поднети жалбу у корист окривљеног. Ако поравнање не успе, посредник обавештава јавног тужиоца који наставља кривично гоњење, или одлаже кривично гоњење, односно опрашта га, ако су испуњени услови за то, а окривљени није крив за неуспело поравнање.

С обзиром да се ради о једном потпуно новом поступку, нећемо се бавити коментаром појединих законских решења и оценом њихове оправданости, већ ћемо само истаћи једну принципијелну замерку.

Прописивање поступка посредовања ради постизања поравнања представља даљу разраду и проширење поља примене принципа опортунитета кривичног гоњења (упоредити са члановима 236 и 237 ЗКП). Како се ради о једном типичном тужилачком институту, требало је ограничити могућност упућивања на поравнање искључиво на поступак који се води

[12] Чланом 19 Закона о посредовању – медијацији предвиђено је да старешина органа саставља Списак посредника, са кога се касније именују посредници за конкретне случајеве

пред јавним тужиоцем (претходна истрага). Сматрамо да овлашћење јавног тужиоца да упути странке на поступак поравнања након подношења оптужног предлога, односно након започињања кривичног поступка пред судом нема ваљано упориште у смислу овог поступка.

У суштини, одлука јавног тужиоца да упути странке на посредовање зависиће, пре свега, од испуњености тзв. субјективних услова (понашања окривљеног након учињеног кривичног дела, личности окривљеног и оштећеног, њиховог ранијег односа, њихових будућих могућих и очекиваних односа). Ради се о таквим околностима које, по правилу, већ постоје у време подношења кривичне пријаве, односно пријема обавештења о кривичном делу и као такве омогућавају тужиоцу да донесе адекватну процену о целисходности посредовања одмах на почетку. Тешко је очекивати да се већина ових субјективних околности (попут искреног кајања и спремности да се накнади штета) могу јавити тек касније у току поступка пред судом, због чега постоји оправдана бојазан од евентуалних злоупотреба у том смислу.

Поред могућности да се овај институт злоупотреби у пракси, постоји још један разлог који говори у прилог нашем схватању. Наиме, Законик ниједном одредбом не обавезује суд да усвоји оптужни предлог и окривљеног ослободи казне у случају из члана 477 став 9. Обавеза јавног тужиоца да у том случају изјави жалбу у корист окривљеног не гарантује и одговарајућу одлуку (ослобођење од казне) другостепеног суда, пошто ни он није везан поднетим оптужним предлогом. Тако се може доћи у апсурдну ситуацију да окривљени и поред закљученог поравнања буде оглашен кривим и кажњен за кривично дело у погледу ког се поравнао са оштећеним, чиме цео поступак поравнања губи свој смисао (да не говоримо о утрошеним материјалним средствима, узалудном ангажовању медијатора и уложеним напорима свих учесника у поступку).

Према томе, изнети проблеми, по нашем мишљењу оправдавају измену постојећих одредаба Законика, у смислу прописивања ограничења у погледу стадијума поступка у којем јавни тужилац може донети решење о упућивању на поступак поравнања – до покретања поступка пред судом (односно до подношења оптужног предлога).

VII ПОСТУПАК ИЗРИЦАЊА СУДСКЕ ОПОМЕНЕ

С обзиром да нови Законик регулише наведени поступак на потпуно исти начин као и важећи ЗКП, он неће бити предмет посебног разматрања.

VIII ЗАКЉУЧАК

Нови Законик о кривичном поступку у погледу посебних поступака доноси значајне новине. Неке од њих су покушај да се отклоне недостаци постојећих процесних решења (кажњавање пре главног претреса, кажњавање од стране истражног судије), док су друге потпуно нове процесне установе (убрзани поступак, поступак посредовања) углавном преузете из упоредног права.

И у овом сегменту приметан је тренд прихватања процесних решења чији су корени у тзв. англосаксонском праву, који се огледа с једне стране у проширењу процесних овлашћења тужиоца у претходном поступку (а тиме и поља примене принципа опортунитета кривичног гоњења), док се, с друге стране, увођењем института у чијој је основи споразум процесних странака (по угледу на амерички систем "поравнања") покушава да повећа ефикасност правосуђа и трајање кривичних поступака сведе на разуман рок[13].

[13] Видети члан 6 став 1 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Право на правично суђење прописано наведеном одредбом је један правни стандард и представља, заправо, скуп већег броја конкретних права грађана у поступцима пред судовима – при чему је право на суђење у разумном року једно од тих права. Ради се, иначе, о једном од кључних услова који се постављa пред наше правосуђе и државу уопште, као предуслов за улазак у процесе европских интеграција.

Др Глигорије Спасојевић,
судија Врховног суда Србије

ВАНПРОЦЕСНА ЗАШТИТА УЧЕСНИКА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

1. Разлози за заштиту учесника у кривичном поступку

Учесници у кривичном поступку су и раније у одређеној, али недовољној, мери имали право на заштиту. Она се, углавном, односила на њихову заштиту од увреда које су им нанесене путем писменог поднеска или у усменој речи на суду или ако је дошло до нарушавања реда на главном претресу. За увреду је могла да буде изречена новчана казна, која није утицала и на кривично гоњење и изрицање казне за кривично дело увреде. За нарушавање реда на главном претресу, суд је могао изгредника да опомене, али и да новчано казни, па чак и да га удаљи из суднице. Међутим, савремени облици кривичних дела, као што су кривична дела против уставног уређења и безбедности, против човечности и других добара заштићених међународним правом, а посебно против организованог криминала, које по самој својој природи, између осталих потребних услова за постојање кривичног дела организованог криминала, подразумева да се у вршењу овакве криминалне делатности "примењује насиље или застрашивање или да постоји спремност за њихову примену"[1], указују да је нужно да се у односу на учеснике кривичног поступка, а посебно на оштећене, сведоке и сведоке сараднике примене посебне мере њихове заштите и то како процесне, тако и ванпроцесне. Дакле, окривљени за наведена кривична дела или пак друга лица, која раде за њих, а против којих се не води кривични поступак, уколико имају сазнања да се неко лице може појавити у кривичном поступку у неком од наведених својстава и дати исказ који би био од значаја за доказивање кривичног дела које је окривљеном ста-

[1] Члан 504. а. став 4. Законика о кривичном поступку (ЗКП, "Сл. лист СРЈ", бр. 70/01, 68/02, "Службени гласник РС", бр. 58/04)

вљено на терет, а без тог исказа би било знатно отежано или немогуће доказивање, онда окривљени и та друга лица се неће уступчавати да према оштећенима, сведоцима и сведоцима сарадницима, као и њима блиским лицима, примене акте насиља или застрашивања, на који начин би били изложени опасности по живот, здравље, физички интегритет, слободу или имовину. Да би се било која држава, па и наша, ефикасно укључила у борбу против савремених облика кривичних дела, она мора да пружи најбољу могућу заштиту сведоцима и свим осталим учесницима кривичног поступка, јер ће та лица, само у случају постојања потпуне и формалне и фактичке гаранције државе за њихову заштиту и када постану свесна да је по њих или њихова блиска лица могућност наступања опасности искључена или сведена на најмању могућу меру, бити способна да слободно дају свој исказ. Уколико су сведоци или други учесници у поступку већ дали исказ, онда држава мора бити гарант да ће, уз примену одговарајућих прописаних мера заштите, у случају накнадне изложености опасности по живот, здравље, физички интегритет, слободу или имовину таквог лица или њему блиског лица, услед давања тог исказа, заштитити то лице или њему блиска лица. [2]

Осим наведених разлога за заштиту учесника кривичног поступка, ваља навести још један, а који се огледа у потреби државе да усклади своје унутрашње са међународним правом.[3] Чини нам се да је овај последњи разлог неоправдано преовлађујући у односу на претходно наведене разлоге за заштиту учесника кривичног поступка (борба против савремених облика

[2] У САД је од свог оснивања (1970. године), више од 7.500 сведока и преко 9.500 чланова породица укључено у програм безбедности сведока и били заштићени, релоцирани и добили нов идентитет од стране Службе Маршала. Као разултат сведочења заштићених сведока, постигнута је укупна стопа осуђиваности од 89%. Ни један учесник програма који се придржавао Упутства о безбедности није никада био повређен док је био под активном заштитом Службе Маршала. Подаци су из докумената са Међународне конференције, одржане од 19. до 20. јула 2005. године у Београду, Domestic and International Challenges in Witness Protection. Организатори: Министарство правде САД, Канцеларија за међународну помоћ, усавршавање и професионалну обуку судова, тужилаштава и полиције (ОПДАТ), Амбасада САД у Београду и Служба Маршала САД (УСМС).

[3] Снежана Бркић, Зашто нам је потребна заштита сведока, Правни живот, бр. 9/2005, том I, стр. 837-847.

кривичних дела и заштита живота, здравља, физичког интегритета, слободе и имовине учесника кривичног поступка), мада би сви ти разлози требали да буду равноправни, зависни једни од других и да се међусобно допуњују. С тим у вези, није сувишно напоменути да је Народна скупштина Републике Србије у року од само једне године донела чак 208 закона, а да надлежни државни органи нису предузели све што је потребно да би се ти закони у потпуности у пракси спроводили. Један од тих нових закона је и Закон о програму заштите учесника у кривичном поступку[4], који је ступио на снагу 01. јануара 2006. године, за чије спровођење до сада (рад је писан крајем јуна 2006. године) још увек нису обезбеђена средства у буџету Републике Србије, у складу са одредбама члана 42. овог Закона. Очигледно је да су за државу, за сада, споредна прва два разлога за заштиту учесника кривичног поступка, и поред тога што од могућности једне државе, па и наше, да сведоцима и другим учесницима у кривичном поступку, пружи и фактичку, а не само формалну заштиту, зависи будућа сарадња са Међународним кривичном трибуналом у Хагу, односно уступање предмета нашој држави да суди оптуженим лицима за ратне злочине учињених на подручју бивше Југославије, па самим тим и завршетак рада тог Трибунала. Уосталом, према члану 32. став 1. Закона о сарадњи СРЈ са Међународним трибуналом за кривично гоњење лица одговорних за тешка кршења међународног хуманитарног права почињена на територији бивше Југославије од 1991. године[5], наши државни органи су, на захтев Међународног кривичног трибунала, дужни да предузму мере за заштиту сведока.

2. Заштита учесника у кривичном поступку према међународном праву и досадашња међународна кривична пракса

Бројни су међународни документи којима се препоручује или регулише заштита сведока и осталих учесника кривичног поступка. Са једне стране, то су, дакле, међународни документи вануговорног карактера (препоруке, декларације, резолуције и др.), који по својој природи нису обавезујући за национална законодавства, али на њих у значајној мери утичу, па, с тим у вези, ваља напоменути да се овде од значајнијих докумената ради о бројним препорукама Савета Европе, као што су: Препору-

[4] "Службени гласник РС", бр. 85/05

[5] "Службени лист СРЈ", бр. 18/02

ка о положају жртава у оквиру кривичног права и процедуре (1985), Препорука о застрашивању сведока и правима одбране (1997), Препорука у вези са заштитом сведока и сарадника правде (2005) итд. [6]

Са друге стране, међународна заједница је из ове области донела и бројне документе који имају облик међународних уговора и који су, као такви, правно обавезујући за све оне државе које су их ратификовале. Пре свега, Конвенцијом УН против транснационалног организованог криминала[7], у члану 24. је регулисано да ће свака држава потписница предузети одговарајуће мере, у оквиру својих могућности, којима ће пружити делотворну заштиту од могуће одмазде или застрашивање сведока који сведоче у кривичним поступцима поводом кривичних дела обухваћених овом конвенцијом, а по потреби и њиховим рођацима и другим блиским лицима. Те мере могу да обухвате, између осталог: 1) утврђивање процедуре за физичку заштиту таквих лица, као што је, у мери у којој је то неопходно и изводљиво, њихово пресељење и дозвола, тамо где је то потребно, да им информације о њиховом идентитету и месту где се тренутно налазе не буду откривене или да откривање таквих информација буде ограничено; 2) доношење правила о доказном поступку која дозвољавају да сведочење буде дато на начин који осигурава сигурност сведока, као што је сведочење коришћењем комуникационе технологије, као што су видео линкови и друга адекватна средства. Држава ће размотрити потребу склапања споразума или аранжмана са другим државама а ради пресељења сведока, њихових рођака и других њима блиских лица, а све наведено у овом члану Конвенције се односи и на жртве, уколико су они сведоци. У члану 25. ове Конвенције је предвиђено да државе потписнице треба да пруже помоћ и заштиту жртве и кривичних дела обухваћених овом Конвенцијом, нарочито у случајевима претњи одмаздом или застрашивања, и да омогуће да се ставови и питања од интереса за жртве изнесу и размотре у одговарајућим фазама кривичног по-

[6] - Снежана Бркић, Заштита сведока према процесном законодавству Србије и Црне Горе и опште прихваћане и правни стандарди, Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода и кривично законодавство Србије и Црне Горе, 41. редовно годишње саветовање на Златибору, 2004., стр. 433-458;

- Горан Илић, Миодраг Мајић, Процесна и ванпроцесна заштита учесника у кривичном поступку, Примена новог кривичног законодавства Србије, Копаоник, 2006., стр. 303-324.

[7] "Службени лист СРЈ - Међународни уговори", бр. 6/2001.

ступка, на начин који неће утицати на право одбране. Осим заштите сведока, њихових сродника и њима блиских лица, као и жртава кривичних дела, у члану 26. ове Конвенције предвиђена је могућност блажег кажњавања окривљених који значајно сарађују у истрази или кривичном гоњењу у вези са кривичним делом обухваћеним овом Конвенцијом, а предвиђена је и могућност давања имунитета таквим окривљенима од кривичног гоњења, док ће заштита тих лица бити онаква каква је предвиђена у члану 24. Конвенције, односно иста као и за претходно наведена лица. У члану 29. Конвенције предвиђена је обавеза државе да покреће, разрађује или побољшава специфичне програме обуке за припаднике органа реда, укључујући ту и тужиоце и судије, у вези метода који се користе за заштиту жртава и сведока, у ком циљу треба користити регионалне и међународне конференције и семинаре за унапређивање сарадње и за стимулисање разговора а о проблемима које брину све државе.

Ова Конвенција садржи допунски Протокол за превенцију, сузбијање и кажњавање трговине људским бићима, нарочито женама и децом, која у члану 6. предвиђа да су државе дужне да штите приватност и идентитет жртава нелегалне трговине људима, укључујући и поверљиво вођење законских поступака који се односе на ову нелегалну трговину, те да обезбеди њихову физичку безбедност док се налазе на њеној територији. Такође, уз ову Конвенцију донет је и допунски Протокол против кријумчарења миграната копном, морем и ваздухом, и у коме је у члану 16. предвиђено да ће државе потписнице предузети одговарајуће мере за заштиту миграната против насиља које може бити примењивано на њима било од стране појединаца, било од стране група.

Што се тиче Конвенције УН против корупције[8], у члану 32. је практично регулисано све оно што је наведено у члану 24. Конвенције УН против транснационалног организованог криминала, с тим што је, поред заштите сведока, њихових рођака и других њима блиских лица, као и жртава, предвиђена и заштита вештака, док је блаже кажњавање, давање имунитета од кривичног гоњења и заштита окривљених предвиђена у члану 37. ове Конвенције, приближно на исти начин као и у члану 26. Конвенције УН против транснационалног организованог криминала, па би то било сувишно на овом месту понављати.

[8] "Службени лист Србије и Црне Горе - Међународни уговори", бр. 12/2005.

У вези заштите учесника у кривичном поступку, важно је споменути одредбу члана 6. став 3. алинеја д) Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода[9], према којој свако ко је оптужен за кривично дело има право, између осталог, "да испитује, односно захтева, да буду саслушани сведоци тужбе и да обезбеди присуство и саслушање сведока у своју корист под истим условима који важе за сведоке тужбе". Уколико оптуженом или његовом браниоцу није било омогућено да испитују сведоке, према пракси Европског суда за људска права, на суђењу, то не би аутоматски представљало повреду наведене одредбе Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода, односно повреду права оптуженог на правично суђење, с тим што одбијање таквог права оптуженог мора бити оправдано и да се оптуженом омогући да на други начин поставља питања сведоку, а пресуда не би могла да буде заснована само на исказу анонимног сведока[10]. Скоро идентична дефиниција наведеног права оптуженог у погледу испитивања сведока предвиђена је и у члану 21. став 4. алинеја е) Статута Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију (МКТЈ), члану 20. став 4. алинеја е) Статута Међународног кривичног трибунала за Руанду (МКТР), односно у члану 17. став 4. алинеја е) Статута Специјалног суда за Сијера Леоне, те у члану 67. став 1. алинеја е) Римског статута за Међународни кривични суд[11]. Са друге стране, у члану 22. МКТЈ и члана 21. МКТР прописано је да ови међународни трибунали у својим правилима о поступку и доказивању осигуравају заштиту жртава и сведока и заштитне мере, обухватају, али нису ограничене, на вођење поступка in camera и заштиту идентитета жртава. Према правилу 69. Правила и процедуре доказивања и МКТЈ и МКТР[12], у изузетним околностима, тужилац може од судије или претресног већа затражити да наложи да се не обелодањује идентитет жртве или сведока који може бити у опасности или изложен ризику све док се та особа не стави под заштиту Међународног трибунала. Приликом одређивања заштитних мера за жртве и сведоке, судија или претресно веће могу се посаветовати са Службом за жртве и сведоке. Идентитет жртве или сведока мора се обелоданити довољно рано пре почетка суђења да би се

[9] "Службени лист Србије и Црне Горе - Међународни уговори", бр. 9/2003.

[10] Снежана Бркић, Оп. цит. страна 438.

[11] Džon R. V. D. Džouns, Stiven Pauls, Међународна кривична пракса, Transnational Publishers, Ardsli, Њујорк, САД, Оксфорд, стр. 577-578, 890, 997-998.

[12] Džon R. V. D. Džouns, Stiven Pauls, Оп. цит. стр. 612-630.

оставило довољно времена за припрему одбране. Надаље, у Правилу 75. Правила и процедуре доказивања МКТЈ (исто је и за МКТР) предвиђено је да судија или веће могу, proprio motu или на захтев било које странке, жртве или сведока или Службе за жртве и сведоке, налогом одредити одговарајуће мере за приватност и заштиту жртава и сведока, под условом да оне нису у супротности са правима оптуженог. Веће може да одржи седницу in camera како би утврдило да ли ће одредити: 1) мере којима се спречава да се јавности или медијима открију идентитет или место боравка жртве или сведока или лица која су у родбинској или другој вези са жртвом или сведоком, и то на следећи начин: а) брисањем из јавних списа МКТЈ измене података помоћу којих се може утврдити идентитет; б) неоткривањем јавности било којег списа који указује на идентитет жртве; в) сведочењем путем уређаја за изобличење слике или звука или путем интерне телевизије и г) доделом псеудонима; 2) одржавањем затворених седница у складу са Правилом 79. или 3) одговарајуће мере којима се омогућује сведочење угрожених жртава и сведока, попут једносмерне интерне телевизије. Иначе, у Правилу 79. је наведено да судеће одељење може наложити да се штампа и јавност искључе из свих поступака или из једног дела, између осталог, из разлога сигурности, безбедности или неоткривања идентитета жртве или сведока у складу са Правилом 75. За заштиту сведока пред Међународним трибуналима до сада су предузимане бројне мере, иако су у начелу поступци отворени за јавност и преносе се на телевизији. Неколико сведока је тражило, а суд је одобрио, да им се лик и глас изобличују, како их јавност не би препознала. Они могу давати исказе из удаљене просторије преко интерне телевизије, што им омогућује да сведоче и не морају да виде оптуженог, а са друге стране присутни у судници или пак само судије могу да виде сведока док даје исказ. У предмету "Тадић", претресно веће је наложило неке од тих заштитних мера. Тако је у својој одлуци од 10. августа 1995. године одобрило (већином гласова) захтев тужиоца за заштиту од обелодањивања имена и података шест сведокиња и наложило да исказе дају in camera, а ти редиговани снимци и преписи тих седница постали би доступни пошто би их прегледала Јединица за жртве и сведоке. Истом одлуком, веће је дозволило употребу паравана и других метода заштите за наводне жртве сексуалног насиља, како не би довеле до нове трауме приликом сусрета са оптуженим. И претресно веће у предмету "Блашкић" је 05. новембра 1996. године донело одлуку да се примене заштитне мере, али са образложењем о односу између Правила 69. и 75.: "Жртве и сведоци заслужују заштиту, чак и од

оптуженог, током претресног поступка и за све време до основаног тренутка пред почетак суђења; од тог часа, међутим, право оптуженог на једнакост пред судом мора добити првенство, а оно тражи да се вео о анонимности скине у његову корист"[13]. У предмету "Фурунџија", претресно веће је донело одлуку 11. јуна 1998. године којом се мере заштите сведока одобравају, при чему се таква одлука образлаже да се такве мере требају одобравати "само у изузетним околностима", а такве околности у конкретном случају постоје, јер се ради о озбиљном случају силовања.[14] У својој одлуци од 19. фебруара 2002. године, у предмету "Милошевић", претресно веће је "са жаљењем" приметило да је одобравање заштитних мера, које је започело као изузетна пракса, постало готово норма у поступцима пред трибуналом, те се позвало на три мерила која треба имати у виду поводом поднесака на основу Правила 69. (А) за конкретне заштитне мере за сведока, а једно од тих мерила се односи на време пре суђења до којег се идентитет жртава и сведока мора предочити оптуженом, (па је оптужба у једном другом предмету прихватила, да то време мора бити време пре почетка суђења, а не пре него што сведок да свој исказ и што је краће време између предочења идентитета и давања исказа мања је прилика за утицај на тог сведока, а који је то разуман временски рок зависиће од категорије сведока).[15] У сваком случају, анонимност сведока и жртава представља прикривање њиховог идентитета од оптуженог, а пред међународним трибуналима данас преовлађује пракса да је таква анонимност дозвољена само до почетка суђења, што је у складу са Правилом 69. (Ц) у вези Правила 75. Са друге стране, заштита идентитета сведока и жртава од њиховог обелодањивања у јавности и медијима је могућа и у каснијој фази поступка, односно и на самом суђењу.

И на крају овог дела рада, треба истаћи да је заштита жртава и сведока предвиђена и у члану 68. Римског статута, будућег сталног Међународног кривичног суда. Наиме, суд је дужан да предузима одговарајуће мере да би заштитио сигурност, физичко и душевно благостање, достојанство и приватност жртава и сведока, посебно када кривично дело садржи сексуално или насиље над децом. Такве мере тужилац предузима посебно током истраге и гоњења таквих кривичних дела. Те мере не смеју да буду

[13] Ибидем.

[14] Ибидем.

[15] Ибидем.

на штету или несагласне са правима оптуженог и правичним суђењем. Као изузетак од начела јавних суђења, већа суда могу ради заштите сведока да воде део поступака in camera или да допусте извођење доказа путем електронских или других посебних средстава. Као што се види, и овде ће се идентитет жртава и сведока прикривати од оптуженог до почетка суђења, јер је то у складу са правима оптуженог и правичним суђењем, а у односу на јавност и медије такво прикривање је могуће и до краја суђења, путем одговарајућих електронских или других средстава.

3. Ванпроцесна заштита учесника у кривичном поступку у Републици Србији

Што се тиче ванпроцесне заштите, у Републици Србији се, до ступања на снагу Закона о програму заштите учесника кривичног поступка, односно до 01. јануара 2006. године, могла примењивати одредба члана 504. п ЗКП, према којој јавни тужилац може одредити да се одређеном сведоку, сведоку сараднику и члановима њихове уже породице обезбеди посебна заштита. Како су наведеним Законом детаљно уређени услови и поступак за пружање заштите и помоћи учесницима у кривичном поступку и њима блиским лицима, који су услед давања исказа или обавештења значајних за доказивање у кривичном поступку изложени опасности по живот, здравље, физички интегритет, слободу или имовину, самим тим је престала потреба за применом одредбе члана 504. п ЗКП. С тим у вези, ваља напоменути да је у Законику о кривичном поступку из 2006. године ("Службени гласник РС", бр. 46/06), који ће се примењивати од 1. јуна 2007. године, изузев појединих одредби тога Законика које се примењују од 10. јуна 2006. године, сасвим оправдано изостављен садржај садашњег члана 504. п ЗКП, како у пракси не би представљао никакву забуну у погледу спровођења програма заштите. Међутим, у члану 116. став 3. ЗКП из 2006. године задржан је сличан садржај као у одредби члана 109. став 3. ЗКП, који се примењује од 28. марта 2002. године, према којој, на предлог истражног судије или председника већа, председник суда или јавни тужилац може захтевати да органи унутрашњих послова предузму посебне мере заштите сведока и оштећеног, с тим што према члану 116. став 3. ЗКП захтев полицији могу поднети јавни тужилац, истражни судија, председник већа или председник суда. Сматрамо да се ова одредба не односи на ванпроцесну заштиту наведених лица а која би подразумевала примену

неких од мера предвиђених у члану 14. Закона о програму заштите учесника кривичног поступка (физичка заштита личности и имовине, промена пребивалишта или премештање у другу заводску установу, прикривање идентитета и података о власништву и промена идентитета), јер се те мере могу применити само ако су испуњени сви услови предвиђени овим Законом, у строго прописаној процедури и ако, на захтев овлашћеног лица за укључење учесника у кривичном поступку и њему блиских лица у програм заштите, Комисија за спровођење програма заштите донесе решење којим се такав захтев усваја. Тек након тога, Комисија налаже руководиоцу Јединице за заштиту, која је специјализована организациона јединица Министарства унутрашњих послова за спровођење програма заштите, да са лицем чија је заштита одобрена закључи споразум о укључењу у програм заштите, па се програм заштите практично спроводи од дана закључења таквог споразума, а Јединица за заштиту самостално примењује неку од наведених мера. Дакле, по нама, одредба члана 109. став 3. ЗКП, представља примену само једноставнијих мера заштите сведока и оштећеног, које могу предузимати органи унутрашњих послова у случајевима када је дошло до угрожавања њихове безбедности, услед озбиљне претње или напада, у смислу претходних ставова из истог члана ЗКП, па је у том контексту и прихватљива одредба члана 116. став 3. ЗКП и та одредба никако не може да буде у колизији са одредбама Закона о програму заштите учесника кривичног поступка (у даљем тексту: Закона). Наиме, према чл. 73. Закона о полицији[16], у случају постојања оправданих разлога, полиција ће предузимањем одговарајућих мера заштитити жртву и друго лице које је дало или може дати податке важне за кривични поступак или лице које је са наведеним лицима у вези, ако им прети опасност од учиниоца кривичног дела или других лица. Међутим, према члану 5. Закона, програм заштите се спроводи ако су учесници у кривичном поступку (осумњичени, окривљени, сведок сарадник, сведок, оштећени, вештак и стручно лице) и блиска лица (за које учесник у кривичном поступку захтева укључење у програм заштите) услед давања исказа или обавештења значајних за доказивања у кривичном поступку изложена опасности по живот, здравље, физички интегритет, слободу или имовину, а без тог исказа или обавештења било би знатно отежано или немогуће доказивање у кривичним поступцима за кривична дела: против уставног уређења и безбед-

[16] "Службени гласник РС", бр. 101/05

ности, против човечности и других добара заштићених међународним правом и организованог криминала. У Закону је прописано да одлуку о укључењу, продужењу, обустави и престанку програма заштите доноси Комисија за спровођење програма заштите, која има три члана (судија Врховног суда, заменик Републичког јавног тужиоца и руководилац Јединице за заштиту), који имају по једног заменика (члан 7. Закона). Радом Комисије руководи председник, који је судија Врховног суда Србије, и Комисија одлучује у седници већином гласова (члан 10. Закона). У члану 25. Закона прописано је да захтев за укључење у програм заштите подносе Комисији надлежни јавни тужилац, истражни судија или председник већа, по службеној дужности или на предлог учесника у кривичном поступку, а након правноснажног окончања кривичног поступка захтев може поднети и Јединица за заштиту. У члану 26. Закона предвиђено је шта све захтев за укључење у програм заштите треба да садржи (податке о лицу за које се захтева заштита, опис и законски назив кривичног дела поводом кога се захтева заштита, оцену значаја исказа или обавештења за поступак и околности које указују да постоји опасност за лице за које се захтева заштита), као и да се уз захтев доставља упитник о личним подацима, имовинским приликама, кругу блиских лица и другим подацима које попуњава лице за које се захтева заштита. Међутим, у овом члану Закона вероватно је омашком законодавца пропуштено да се наведе да се уз захтев Комисији доставља и изјава учесника у кривичном поступку, односно њему блиског лица, о пристанку тог лица за укључење у програм заштите, као што је то прописано у упоредном законодавству (нпр. сагласност сведока и других лица за укључење у програм заштите предвиђена је у параграфу 3521. (д) (1) Америчког закона о заштити сведока, чл. 4. Специјалног закона бр. 137/2001 Чешке Републике о посебној заштити сведока и других лица у вези са кривичним поступцима, члановима 11. 12. Закона о заштити сведока Републике Хрватске, чл. 2. Закона о програму заштите сведока Босне и Херцеговине, чл. 15. Закона о заштити сведока Републике Црне Горе (ЗЗС)[17]). Сматрамо да би једном таквом одредбом требало допунити и наведени закон у Републици Србији, јер би било сувишно да се покреће врло озбиљан и скуп поступак за укључење неког лица у програм заштите, ако то лице није сагласно да се укључи у тај програм, будући да је принцип добровољности, поред осталих принципа, основни принцип на

[17] "Службени лист РЦГ", бр. 65/04

коме се свуда у свету заснива институт ванпроцесне заштите сведока и других учесника у кривичном поступку, односно њима блиских лица. Наравно, ако то лице одбије да да своју сагласност у моменту подношења захтева или у било којој каснијој фази поступка, онда оно само преузима на себе одговорност за своју даљу безбедност. Додуше, у Закону је предвиђено давање сагласности учесника у кривичном поступку, односно блиског лица, али тек код примене хитних мера (члан 27. став 2. Закона) и закључења споразума о укључењу у програм заштите (члан 30. став 1. тачка 2. Закона). Међутим, да у пракси не би било злоупотребе у погледу примене хитних мера, по нашем мишљењу, потребно је да, у случајевима постојања непосредне опасности по учесника у кривичном поступку или блиско лице, у смислу члана 27. Закона, овлашћено лице (јавни тужилац, истражни судија или председник већа) обавести Јединицу за заштиту о потреби примене хитних мера уз истовремено подношење захтева за укључење у програм заштите, као што је то, на пример, прописано у члану 17. став 1. ЗЗС, параграфу 3. Закона о заштити сведока и изменама и допунама одређених закона Републике Словачке, чл. 12. Закона о заштити сведока Републике Хрватске, а то произлази и из параграфа 3521(е) Америчког закона о заштити сведока и тач. 9-21-220 Америчког приручника о заштити сведока за федералне тужиоце, јер Државни тужилац САД може да обезбеди "привремену заштиту" сведоку и пре израде писмене процене и одлуке, односно закључења меморандума о разумевању, а у таквом случају ће Државни тужилац то без непотребног одлагања учинити. Наиме, ако у неком конкретном случају очигледно нису испуњени сви потребни услови за укључење неког лица у програм заштите, онда је беспотребна примена хитних мера, које, иначе, могу трајати најкасније до одлуке комисије о захтеву (члан 27. став 4. Закона), па такво лице треба, евентуално, заштитити редовном полицијском заштитом, уз примену одредбе члана 109. став 3. ЗКП у вези чл. 73. Закона о полицији. Дакле, у овом случају је потребно да се изврши одговарајућа новелација члана 27. Закона, односно његова измена и допуна на изложени начин.

Пре одлучивања о захтеву Комисија ће, на основу чл. 26. ст. 3. Закона, од Јединице за заштиту (ЈЗЗ) затражити да у року од 15 дана достави процену о: опасности која прети лицу за које се захтева заштита, опасности којој би била изложена заједница у случају укључења у програм заштите, здравственог стања лица за које се захтева заштита и потребних мера заштите. По пријему процене, у смислу чл. 28. Закона, председник

Комисије одмах, а најкасније у року од три дана, заказује седницу Комсије, а Комисија одмах, а најкасније у року од осам дана доноси решење, којим усваја или одбија захтев за укључење у Програм заштите и о својој одлуци, која је коначна, одмах обавештава подносиоца захтева.

Ако усвоји захтев за укључење у Програм заштите, Комисија на основу чл. 29. Закона, налаже руководиоцу ЈЗЗ да са лицем чија је заштита одобрена закључи споразум о укључењу у Програм заштите, а сам програм се спроводи од дана закључења споразума, до када се примењују хитне мере, односно које престају по доношењу решења о одбијању захтева за укључење у Програм заштите.

У чл. 30. Закона наведено је шта треба да садржи споразум о укључењу у Програм заштите (споразумне стране, изјава заштићеног лица о добровољном укључењу и Програм заштите, обавезе заштићеног лица, обавезе ЈЗЗ, време трајања Програма заштите, услови за раскид споразума, датум закључења споразума и потпис споразумних страна итд.).

Одредбама чланова 31. до 38. Закона прописани су услови, као и поступци, за продужење, обуставу и престанак Програма заштите. Овлашћена лица за подношење захтева за продужење Програма заштите су иста као и код подношења захтева за укључење, и захтев се, са прописаним садржајем подноси најкасније 30 дана пре истека времена на које је закључен споразум о укључењу, а сходно се примењују одредбе члана 28. и 29. Закона. Исти су подносиоци захтева и за обуставу Програма заштите, а Програм заштите се обуставља: ако више не постоји потреба за заштитом, ако против заштићеног лица буде покренут кривични поступак за кривично дело које доводи у питање оправданост спровођења Програма заштите, ако постоји разлог из чл. 30. ст. 1. тач. 3. Закона (у упитнику су наведени неистинити подаци), ако заштићено лице без оправданих разлога не испуњава своје обавезе из споразума и тиме доводе у опасност или онемогући спровођење Програма заштите, на захтев стране државе на чију територију је премештено заштићено лице. И овде се, сходно примењују одредбе чл. 28. Закона, приликом одлучивања о захтеву за обуставу Програма заштите, а уз образложени захтев потребно је да се приложи одговарајућа документација.

Програм заштите престаје: истеком времена на које је споразум закључен, смрћу заштићеног лица, изјавом заштићеног лица или законског заступника или стараоца да се одриче заштите и доношењем решења

о обустави Програма заштите. Захтев за престанак Програма заштите Комисији подноси по службеној дужности ЈЗЗ, који мора бити образложен и са приложеном документацијом, а седница Комисије на којој се доноси решење заказује се сходно чл. 28. ст. 1. Закона.

Овим Законом је предвиђена и међународна сарадња у спровођењу Програма заштите и она се остварује на основу међународног споразума или узајамности, а на основу чл. 39. Закона.

Под тим условима, ЈЗЗ може поднети молбу страној држави за прихват заштићеног лица и примену неке од мера из чл. 14. ст. 1. Закона или да поступи по молби стране државе за прихват заштићеног лица и примену мера заштите у Републици Србији.

Такође, овим Законом је између осталог, прописана и евиденција и заштита података (чл. 40. и 41.), а исто тако и финансирање спровођења овог Закона. Није сувишно поновити да до сада (јуни 2006. године), и поред изричите одредбе члана 42. став 1. Закона, у буџету Републике Србије нису обезбеђена средства за спровођење закона, а без тих средстава, и поред одређене финансијске помоћи Владе САД-а, која је намењена за опремање Јединице за заштиту и спровођења програма заштите, у Републици Србији неће моћи да се у потпуности спроводи овај Закон, а самим тим и програм заштите учесника у кривичном поступку и њима блиских лица, што може имати несагледиве последице, како у односу на борбу против савремених облика кривичних дела, тако и у односу на лица која би, из изнетих разлога, морала да буду заштићена.

4. Закључак

У последње време у Републици Србији предузете су и предузимају се значајне законодавне активности у погледу заштите учесника кривичног поступка. Тиме се, у сваком случају, врши усклађивање унутрашњег права са одредбама међународног права, а које иначе, у примени има примат у односу на унутрашње право. Самим тим, корак смо ближе Европској унији и осталим облицима интеграција, јер морамо да се укључимо у активну борбу против савремених облика криминала, а то је често немогуће без пружања одговарајућих мера заштите појединим учесницима у кривичном поступку, најчешће сведоцима, као и њима блиским лицима.

Када је у питању ванпроцесна заштита учесника кривичног поступка, потребно је хитно обезбедити у буџету Републике Србије средства за спровођење Закона о програму заштите учесника кривичног поступка (Закона), у смислу члана 42. став 1. овог Закона.

Одредба члана 504. п ЗКП је у колизији са одредбама наведеног Закона, тако да је од 01. јануара 2006. године не треба примењивати, док се одредба члана 109. став 3. ЗКП, односно члана 116. став 3. ЗКП из 2006. године ("Службени гласник РС", бр. 46/06), може примењивати само за једноставније мере заштите које могу предузимати редовни органи унутрашњих послова (а не Јединица за заштиту) у случајевима када је дошло до угрожавања безбедности сведока и оштећеног, услед озбиљне претње или напада, у смислу претходних ставова овог члана ЗКП.

Члан 26. наведеног Закона би требало допунити тако да се уз захтев овлашћеног подносиоца за укључење неког лица у програм заштите Комисији за спровођење програма заштите, поред осталих података предвиђених у овом члану Закона, доставља и изјава учесника у кривичном поступку или њему блиског лица о његовој сагласности за укључење у програм заштите.

Потребна је и одговарајућа измена и допуна члана 27. овог Закона на тај начин да се пропише да је овлашћено лице дужно да, уз обавештење Јединици за заштиту о потреби примене хитних мера према учеснику у кривичном поступку или њему блиског лица, истовремено поднесе и захтев за укључење у Програм заштите тог лица.

Мр Сретко Јанковић,
судија Врховног суда Србије

ГРЕШКЕ У ПРОПУСТИ ПРИ ИЗРАДИ ПРВОСТЕПЕНЕ КРИВИЧНЕ ПРЕСУДЕ

УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

О методологији и систематици израде првостепене кривичне пресуде писани су реферати на претходним саветовањима у Врњачкој Бањи, па се може помислити да ова тема више није актуелна, односно да је ту готово све, углавном, познато. Међутим, разноврсне грешке везане за писмену израду првостепене пресуде, које се уочавају у другостепеном кривичном поступку пред Врховним судом Србије, те велики број укинутих пресуда због битне повреде одредаба кривичног поступка из члана 368. став 1. тачка 11. ЗКП, указују да је ова тема и те како актуелна. Осим тога, због младих судија није на одмет поново указати на неке грешке које судови чине при изради пресуда, како се те грешке не би понављале убудуће.

У првом делу реферата указаћемо на одредбе Законика о кривичном поступку које се односе на писмену израду првостепене кривичне пресуде и неке значајније ставове теорије и судске праксе из ове области. У другом делу навешћемо неке конкретне примере грешака и пропуста у пресудама које су испитиване у жалбеном поступку пред Врховним судом Србије. Сматрамо да је боље навести конкретне грешке и пропусте у конкретним пресудама, него да се каже "уочавају се такве и такве грешке", а све са циљем да се убудуће број грешака и пропуста (а самим тим и број укинутих пресуда) сведе на што мању меру.

ОПШТЕ НАПОМЕНЕ О ПИСМЕНОЈ ИЗРАДИ ПРВОСТЕПЕНЕ КРИВИЧНЕ ПРЕСУДЕ

У кривичном поступку суд доноси три врсте одлука: наредбе, решења и пресуде. С обзиром да се пресудом по правилу коначно решава конкретни кривично-процесни однос (за односну инстанцу), то је пресуда

најважнија одлука коју суд доноси. Због тога је законом прописано шта све треба да садржи и каква је структура пресуде. Кривична пресуда (првостепена) може бити: пресуда којом се окривљени оглашава кривим (осуђујућа пресуда), с тим што треба напоменути да је појам "осуђујућа" ужи од претходно наведеног појма, пресуда којом се оптужени ослобађа од оптужбе (ослобађајућа пресуда) и пресуда којом се оптужба одбија (одбијајућа пресуда).

Законик о кривичном поступку у Глави XXIII (члан 350. - 362) садржи одредбе о пресуди, с тим што је за ову тему посебно значајна одредба члана 361. ЗКП. Осим тога, од значаја су и одредбе члана 89. став 1, ЗКП те одредбе члана 368. став 1. тачка 11. ЗКП, јер су овом "апсолутно битном повредом одредаба кривичног поступка обухваћени различити недостаци у саставу писмено израђене пресуде" [1]. Такође, треба поменути и одредбе члана 446. став 7. ЗКП, члана 521. став 4. ЗКП, члана 334. став 3. ЗКП и одредбу члана 78. став 4. Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетника.

С обзиром да се у кривичном поступку најчешће доноси пресуда којом се окривљени оглашава кривим, то ће у реферату бити речи првенствено о овој врсти пресуде.

1. Увод пресуде

Одредбом члана 361. став 2. ЗКП, прописано је шта садржи увод пресуде, а увод служи за индивидуализацију и идентификацију одлуке, тј. из њега се види "ко је одлучивао, на кога се одлука односи, шта је предмет одлучивања и у којим условима је одлучивано" [2]. При писању пресуде понекад се не обраћа пажња на то шта је поменутом одредбом прописано, па се чине одређене грешке, које се састоје у томе што у уводу пресуде "нема свих неопходних података а има случајева да се уносе непотребни и сувишни подаци"[3]. Тако на пример често се непотребно наводи да је глав-

[1] Г. Илић: Границе испитивања правостепене кривичне пресуде, "Службени гласник" Београд, 2004. година, страна 266

[2] М. Грубач: Кривично-процесно право (процесне радње) "Службени гласник" Београд, 1996. година, страна 182

[3] Б. Петрић: Методика, терминологија и језик одлука у кривичном поступку", "Гласник Адвокатске коморе Војводине", број 10/80.

ни претрес усмен, не наводе се сви датуми када је одржан главни претрес, и слично, а посебно је значајно да се у уводу пресуде наведе датум објављивања пресуде (посебно ако она није објављена одмах по завршетку главног претреса). Међутим, "ако увод има неки недостатак, пресуда се не може побијати по члану 364. став 1. тачка 11. ЗКП (сада члан 368. став 1. тачка 11-С. Ј.), јер се одредба тог члана односи на изреку и образложење, а не на увод пресуде"[4].

2. Изрека пресуде

Одредбом члана 361. став 3., 4. и 5. прописано је шта треба да садржи изрека пресуде, док се одредба члана 356. ЗКП односи само на пресуду којом се оптужени оглашава кривим. У радовима на ову тему обично се истиче да је изрека најважнији део пресуде, и она треба да буде основ за извршење. Понекад се за изреку употребљава термин "диспозитив", али је "изрека" законски термин, па га као такав и треба користити.

Не може се унапред дати образац како треба да изгледа изрека пресуде којом се оптужени оглашава кривим, јер је то фактичко питање и зависи од конкретног случаја. Међутим, може се указати на неке прихваћене ставове судске праксе а који могу бити од помоћи при писменој изради пресуде. Пре свега, изрека пресуде мора садржавати личне податке за оптуженог, који су прописани одредбом члана 89. став 1. ЗКП, али се у пракси срећу случајеви где се од овога одступа, па поједини подаци недостају. Када је у питању ранија осуђиваност оптуженог, у пресуди треба навести: суд који је донео пресуду (решење), број и датум пресуде (решења), кривично дело за које је осуђен, кривичну санкцију која је изречена, те да ли је казна (ако је изречена) издржана. Дакле, није довољно да се само наведе "осуђиван" или "раније више пута осуђиван", а посебно ако се ни у образложењу пресуде не наведу сви поменути подаци о ранијој осуђиваности. У том смислу је и следећа одлука:

"У изреци пресуде није довољно навести да је окривљени осуђиван као у извештају из казнене евиденције, већ се мора прецизно навести када је и зашто осуђиван и да ли је и када изречене казне издржао, и да то одговара извештају из казнене евиденције". (Решење Врховног суда Срби-

[4] Т. Васиљевић и М. Грубач: Коментар ЗКП, "Службени гласник", Београд, 1999. година, страна 279

је Кж. број 397/04 од 13. 04. 2004. године и пресуда Окружног суда у Београду К. бр. 712/03 од 23. 10. 2003. године) [5]. Наведени подаци служе првостепеном суду да упозна личност оптуженог (његов ранији живот) и изврши индивидуализацију кривичне санкције те утврди да ли има услова за примену одредаба о поврату, да ли постоје услови за изрицање условне осуде и слично, а другостепеном суду да провери да ли је првостепени суд правилно и законито извршио индивидуализацију кривичне санкције.

Изрека пресуде "треба да буде сажета и да садржи само елементе бића одређеног кривичног дела, без сувишних појединости које нису од значаја за постојање кривичног дела"[6]. Поред тога што изрека мора бити сажета, она мора бити потпуна, јасна и разумљива, јер у противном радиће се о битној повреди одредаба кривичног поступка из члана 368. став 1. тачка 11. ЗКП. "Ако је изреком обухваћено више кривичних дела, свако од њих мора бити чињенично потпуно описано. Кривична дела у идеалном стицају треба описати заједно, а кривична дела у реалном стицају се морају описати одвојено. Када се ради о квалификованом или привилегованом облику кривичног дела у изреци се морају навести чињенице и околности које делу дају одређени облик"[7]. Приликом писмене израде пресуде често се некритички преузима чињенични опис из диспозитива оптужног акта, а то је обично последица страха да оптужба не буде у потпуности решена или да оптужба не буде прекорачена. Међутим, обавеза је суда да "из описа изостави све оно што је сувишно, јер изостављање небитних елемената из изреке пресуде не може представљати нерешену оптужбу - уколико је донета одлука о свим елементима бића кривичног дела које је предмет оптужбе"[8].

"Уколико изрека пресуде садржи више врста пресуде, редослед одлуке мора бити у складу са одредбама члана 361. став 3. ЗКП. Дакле, најпре се уноси одлука којом се оптужени оглашава кривим, затим којом

---

[5] И. Симић и А. Трешњев: Збирка судских одлука из кривично-правне материје, ("Службени гласник" Београд, 2005. година, страна 274

[6] Б. Петрић: Оп. Цит.

[7] Ј. Павлица и М. Лутовац: Коментар ЗКП, "Југословенски завод за продуктивност рада", Београд, 1985. година, страна 486

[8] Б. Петрић: Оп. Цит.

се ослобађа од оптужбе, док је одлука којом се оптужба одбија увек последња" [9].

Чињенични опис бића кривичног дела у изреци пресуде не може се заменити парафразирањем законског текста одређеног кривичног дела. "Чести су случајеви међутим, да се у изреци прво излаже законски опис кривичног дела у целини или делимично, са одређеним модификацијама или без тога, а затим се наводе чињенице и околности које чине обележја кривичног дела. И у оптужницама се даје такав опис кривичног дела и отуда се преузима у пресуди. То међутим није оправдано" [10].

Одређене специфичности изреке пресуде јављају се када се ради о више оптужених или више кривичних дела. У вези са тим, у изреци пресуде мора да се утврди одређен редослед који се обично преузима из оптужног акта, али то не мора бити случај (нпр. ако је оптужним актом одређено лице означено као извршилац, друго као подстрекач, а треће као помагач, па ако суд утврди да је њихово својство другачије, онда ће редослед у изреци бити другачији). "Прилично је раширена пракса да се у изреци, по појединим тачкама, опишу све радње извршења било појединих извршилаца било саучесника, па се на крају изреке наводе правне оцене појединих кривичних дела позивајући се на редне бројеве тачака изреке пресуде. Такав метод израде пресуде неприхватљив је из више разлога"[11]. Овај аутор наводи да, пре свега, постоји опасност да се на овај начин изостави квалификовање неке радње, те да један део радњи остане без одлуке, као и то да се тако ствара непрегледност изреке, јер је тешко утврдити на који део радње се односи конкретна правна квалификација. Због тога, истиче да је "најприхватљивије да се иза сваког описа радње извршења одмах наведе законски назив кривичног дела и која одредба кривичног закона је примењена"[12].

У изреци пресуде се наводи пуни назив кривичног дела из закона којим је оно прописано, "уз уобичајену и општеприхваћену скраћеницу...", а на исти начин се поступа и у образложењу, с тим што се у загради

---

[9] Н. Латиновић: Методологија и систематика израде пресуде о кривичном поступку, "Билтен судске праксе" број 3/2003, Врховни суд Србије, Београд

[10] Ј. Павлица и М. Лутовац: оп. цит. стр. 487

[11] Б. Петрић: Оп. Цит.

[12] Б. Петрић: Оп. Цит.

наводи скраћеница, која ће се употребљавати у даљем тексту образложења"[13]. Уколико се ради о кривичним делима из посебних закона, која немају назив, наводи се одговарајући члан тог закона и назив закона који прописује кривично дело (нпр. кривично дело из члана 140. Закона о лековима и медицинским средствима, кривично дело из члана 159. Закона о енергетици).

У судској пракси је одавно заузет став да је изрека пресуде неразумљива (што представља битну повреду из члана 368. став 1. тачка 11. ЗКП) ако у изреци није наведен став одговарајућег члана КЗ за које дело се оптужени оглашава кривим, ако дело има више ставова. "Означавање одредаба кривичног закона које су примењене не значи само назначавање одредаба кривичног закона под које је подведена инкриминисана радња, већ и осталих одредаба које су при доношењу пресуде примењене (о одмеравању казне, ублажавању, условној осуди, ослобађању од казне, стицају, итд.)"[14]. У судској пракси је заузет став да, уколико неке радње из састава продуженог кривичног дела нису доказане, суд оптуженог не ослобађа за те радње, већ их само изостави из чињеничног описа изреке пресуде, а у образложењу наведе да оне нису доказане, те су изостављене из чињеничног описа.

Када су у питању кривична дела са бланкетном диспозицијом (нпр. кривично дело угрожавања јавног саобраћаја, кривично дело повреда посебне војне службе, и др.) у изреци пресуде треба навести садржај конкретних повреда бланкетне норме, док је ближу ознаку бланкетне норме (на пример одредбе ЗООБС-а, одредбе Правила службе) довољно навести у образложењу пресуде. Одредбом члана 361. став 5. ЗКП, прописано је да се, када се ради о стицају кривичних дела, оптуженом прво утврђују појединачне казне за свако кривично дело, а онда се, у складу са одредбом члана 60. КЗ, осуђује на јединствену казну. У изреци пресуде јасно морају бити наведене и све друге одлуке: одлука о урачунавању притвора и раније казне (члан 63. КЗ), одлука о мери безбедности (нпр. одузимање

[13] Закључак са саветовања Савезног суда и врховних судова од 28. и 29. 10. 1994. године - С. Вуковић: Коментар ЗКП, "Пословни биро", Београд, 2002. година, страна 324

[14] Т. Васиљевић и М. Грубач: Коментар ЗКП, "Службени гласник", Београд, 1999., страна 562

предмета, члан 87. КЗ), одлука о торшковима кривичног поступка (члан 196. ЗКП), одлука о имовинско-правном захтеву (члан 206. ЗКП) и др., "сагласно одговарајућим законским одредбама, с тим што се увек мора навести законска одредба на којој се заснива одређена одлука"[15].

3. Образложење пресуде

Одредбе члана 361. став 6-10. ЗКП, односе се на образложење пресуде. "Образложење је део одлуке у коме суд логички излаже процес њеног формирања, нарочито у погледу тумачења закона и оцене доказа. Образложење омогућује странкама да одлуку побијају правним лековима, а вишем суду да поводом правних лекова испита да ли је одлука правилна и законита"[16]. Свака пресуда којом се оптужени оглашава кривим мора имати образложење, а изузетак је само прописан одредбом члана 446. став 7. ЗКП. Ако пресуда нема уопште разлога или у њој нису наведени разлози о одлучним чињеницама…. итд., постојаће битна повреда одредаба кривичног поступка из члана 368. став 1. тачка 11. ЗКП. Због важности образложења пресуде неки истичу да "добро образложена пресуда (под условом да су и одлуке одговарајуће) представља сигурно најмање у 90% случајева и потврђену првостепену преуду" [17]. Судска пракса је створила одређену методологију у писању образложења пресуде, али редослед би требао да буде онакав како се одвија ток кривичног поступка.

Пре свега, у образложењу треба прво навести: ко је овлашћени тужилац који је поднео оптужни акт, број и датум оптужног акта, лице против кога је оптужни акт поднет, назначење кривичног дела и одредбе закона којим је оно прописано, као и назначење назива тог закона, те да ли је оптужни акт (у времену од његовог подношења па до доношења пресуде) мењан или прецизиран (нпр. да ли је оптужница проширена, да ли је тужилац одустао од дела оптужнице и слично). Овај део образложења се обично назива увод.

После уводног дела у образложењу се презентира одбрана оптуженог, с тим што треба изнети суштину одбране која се тиче одлучних чињеница, без непотребних детаља. У образложењу пресуда се често пре-

[15] Б. Петрић: оп. цит.

[16] М. Грубач: оп. цит. стр. 182

[17] Б. Петрић: оп. цит.

зентира завршна реч браниоца оптуженог са главног претреса, што сматрамо непотребним, јер је одбрана оптуженог (без обзира да ли се брани сам или уз стручну помоћ браниоца) јединствена. У овом делу се не даје оцена одбране оптуженог (у пракси се срећу случајеви да се истовремено презентира одбрана и даје њена оцена), а ово због тога што још није изложено чињенично стање које је суд утврдио, па стога није ни могућа критичка оцена одбране оптуженог.

Након презентирања одбране оптуженог, у образложењу се наводе докази који су изведени на главном претресу (у пракси се срећу случајеви да се у образложењу не наведу сви докази већ само неки, што није прихватљиво), те докази чије је извођење одбијено, али се разлози одбијања извођења појединих доказа наводе касније.

После овога следи "суштински и најважнији део образложења пресуде, а то је образложење изведених доказа и утврђених чињеница које представљају основ одлуке - пресуде"[18]. Дакле, у овом делу образложења суд у ствари даје резултате доказног поступка у погледу одлучних чињница, вршећи при том суштинску анализу и оцену сваког доказа појединачно и у вези са осталим изведеним доказима. Образлажући чињенични основ пресуде "суд даје анализу и оцену доказа и утврђује везу између доказа и закључака, тј., показује логичку страну образложења пресуде"[19], на основу чега виши суд у жалбеном поступку проверава и контролише правилност формирања унутрашњег убеђења нижег суда. Неприхватљиво је да се у овом делу образложења уместо анализе и оцене доказа само препише комплетна изрека пресуде и да се само наведе констатација да је "чињенично стање утврђено као у изреци". Таква пресуда је уствари пресуда без образложења, о чему се изјаснио Врховни суд Србије у одлуци Кж. I број 662/98[20]. "Образложење изведених доказа (оцена доказа) и утврђених чињеница може се извршити на више начина, али је увек неопходно да се јасно види како је који доказ (било материјални било вербални) оцењен и која се чињеница тим доказом утврђује.. . " [21]. У том смислу

[18] Б. Петрић: оп. цит.

[19] Х. Бакаловић: Образложење првостепене осуђујуће пресуде, "Правна мисао" број 1-2/70

[20] С. Вуковић: Коментар ЗКП, Пословни биро, Београд, 2002. година, страна 346.

[21] Б. Петрић: оп. цит.

се изјаснила и судска пракса (решење Врховног суда Србије Кж. 10/04 од 27. 05. 2004. године)[22]. Овде је веома важно да суд да потпуну анализу и оцену противречних доказа, на што га обавезује и одредба члана 361. став 7. ЗКП.

У образложењу се затим наводи и оцена одбране оптуженог (да ли се она прихвата и зашто или се не прихвата и зашто). Након тога у образложењу се наводе разлози због којих суд није прихватио предлоге странака за извођење појединих доказа, те разлози због чега сведок или вештак нису непосредно саслушани на главном претресу, те је њихов исказ или налаз прочитан без сагласности странака (страна 337. ЗКП).

Следи изношење правних разлога пресуде, који се састоји у подвођењу чињеничних закључака под одговарајућу правну норму. У пракси се овај део образложења често своди само на стереотипну констатацију "... у радњама оптуженог су садржана сва битна обележја кривичног дела из члана... ", што је неприхватљиво. Нужно је да суд наведе разлоге из којих је видљиво да је утврђено чињенично стање било нужно правно квалификовати баш онако како је то учињено у изреци пресуде. Овде треба навести и разлоге нпр., зашто је суд нашао да треба применити одредбе КЗ о нужној одбрани, о покушају о саизвршилаштву, о продуженом кривичном делу, итд. Код образлагања кривице (умишљаја и нехата) није довољно навести само да је кривично дело учињено са умишљајем или нехата, већ је суд дужан о томе дати разлоге, јер у противном постојаће битна повреда одредаба кривичног поступка из члана 368. став 1. тачка 11. ЗКП. Код кривичних дела квалификованих тежом последицом, потребно је посебно образложити кривицу у односу на основно кривично дело, а посебно у односу на тежу последицу. У пракси се ово често пропушта па долази до укидања пресуда по основу битне повреде из члана 368. став 1. тачка 11. ЗКП.

На крају образложења следи образложење одлуке о кривичној санкцији (казни), одлуке о мери безбедности, одлуке о имовинском захтеву, одлуке о трошковима кривичног поступка и др. Образложење одлуке о казни је обично најслабији део образложења пресуде, јер се код образложења користе шаблонске фразе о олакшавајућим и отежавајућим околностима које је суд ценио при одмеравању казне, без улажења у њихову суштину. Околности које се узимају у обзир при одмеравању казне обично

[22] И. Симић и А. Трешњев: оп. цит., стр. 273

се не проверавају, понекад се и измишљају, а има случајева да се цене одређене околности које у конкретном случају не могу имати никакав значај при одмеравању казне (нпр., "да се против учиниоца не води други кривични поступак"). У овом делу образложења нужно је навести разлоге зашто је суд нашао да казну треба ублажити, разлоге због чега суд сматра да учиниоца треба ослободити од казне, како је закључио да су испуњени услови за изрицање условне осуде, и др. Образложење одлуке о трошковима кривичног поступка често се своди само на навођење да је суд на основу одредбе члана 196. ЗКП, обавезао оптуженог на плаћање трошкова кривичног поступка, а понекад је образложење ове одлуке идентично са одлуком наведеном у изреци, па се поставља питање каква је уопште сврха оваквог образложења. Суд је дужан образложити због чега је одлучио да оптуженог делимично или у целини ослободи обавезе плаћања трошкова кривичног поступка.

КОНКРЕТНЕ ГРЕШКЕ И ПРОПУСТИ У ПРВОСТЕПЕНИМ ПРЕСУДАМА

У пресуди Окружног суда у Панчеву К. бр. 21/05 од 26. 04. 2005. године, која је укинута решењем Врховног суда Србије, између осталог, и због тога што је изрека пресуде неразумљива. Наиме, у изреци пресуде је наведено да је оптужена "умишљајно помогла извршењу кривичног дела злоупотребе службеног положаја из члана 242. став 4. у вези става 3. и 1. КЗ Републике Србије, давањем савета, упутстава и посредовањем", али се у даљем чињеничном опису изреке не наводи коме је помогла у вршењу кривичног дела. Осим тога, у изреци пресуде није наведено да је оптужена имала својство одговорног лица и у ком предузећу, а које својство је неопходно да има извршилац конкретног кривичног дела. Такође, у изреци пресуде је наведено да је оптужена "прибавила и себи и другом имовинску корист", али није наведено коме конкретно и у ком износу, односно у ком износу је себи прибавила имовинску корист.

У пресуди Окружног суда у Крагујевцу К. 25/06 од 23. 02. 2006. године, суд је окривљеног ослободио од казне, на основу одредбе члана 246. став 4. КЗ, налазећи да је окривљени учинио кривично дело из члана 246. став 3. КЗ, с обзиром да је опојну дрогу "марихуану" држао ради сопствене употребе. Међутим, у чињеничном опису изреке пресуде није наведено то да је окривљени опојну дрогу држао ради сопствене употребе,

што је нужно, да би се применила одредба члана 246. став 4. КЗ, па је изрека пресуде противречна разлозима, што представља битну повреду из члана 368. став 1. тачка 11. ЗКП.

Пресудом Окружног суда у Крушевцу К. бр. 21/05 од 23. 12. 2005. године, оптужена је оглашена кривом због кривичног дела из члана 53. став 1. КЗ Републике Србије, а пресуда је укинута решењем Врховног суда Србије, између осталог, и због тога што је изрека пресуде неразумљива и противречна сама себи и разлозима пресуде. Наиме, у изреци побијане пресуде наводи се да је оптужена приликом свађе са оштећеном М. Н. и покушаја да од ње одузме женску торбу коју је носила обешену о раме, ножем дужине сечива 12 цм, оштећеном нанела бројне посекотине, што би указивало на нехатно наношење повреда, док се у даљем тексту изреке говори да је оптужена оштећеној нанела описане повреде "у намери да на тај начин сломи отпор који је оштећена пружала", из чега се може закључити да је виност оптужене опредељена као директни умишљај. Међутим, у образложењу првостепене пресуде суд не даје разлоге у том правцу, већ закључује да је оптужена деловала са евентуалним умишљајем, па је на тај начин изреку пресуде учинио неразумљивом и противречном самој себи и разлозима пресуде.

Пресуда Окружног суда у Новом Саду К. бр. 336/05 од 01. 11. 2005. године, укинута је, између осталог, и због тога што је изрека пресуде неразумљива, јер првостепени суд у изреци пресуде није прецизирао износ прибављене имовинске користи, с обзиром да износ те користи представља квалификаторну околност од које зависи да ли је у питању основни облик кривичног дела или његов квалификовани облик.

Пресудом Окружног суда у Чачку К. бр. 72/04 од 03. 09. 2004. године, оптужени је ослобођен од оптужбе по основу из члана 355. тачка 1. ЗКП, у вези члана 8. став 2. КЗЈ, у односу на кривично дело из члана 33. став 2. Закона о оружју и муницији Републике Србије. Решењем Врховног суда Србије пресуда је укинута, између осталог, и због битних повреда из члана 368. став 1. тачка 11. ЗКП. Наиме, изреком пресуде оптужени је ослобођен да је неовлашћено набавио и држао муницију, ближе наведену у изреци пресуде, док у образложењу првостепене пресуде суд наводи да је за ову радњу наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења. Дакле, уколико је ово утврђење тачно, основано се поставља питање зашто

је оптужени у изреци пресуде за ову радњу ослобођен од оптужбе. На овај начин изрека првостепене пресуде је противречна разлозима.

Пресуда Окружног суда у Јагодини К. бр. 156/03 од 03. 02. 2004. године, укинута је, између осталог, и због тога што је изрека пресуде неразумљива. Наиме, изреком пресуде оптужени Н. Н. је оглашен кривим због кривичног дела из члана 33. став 2. у вези става 1. Закона о оружју и муницији Републике Србије, јер је неовлашћено држао ватрено оружје и муницију у количини већој од 60 комада и то:... Оваква изрека пресуде је неразумљива и непрецизна, јер у чињеничном опису дела није наведено "да се ради о оружју и муницији чије држање грађанима уопште није дозвољено", што представља битан елемент кривичног дела из става 2. члана 33. Закона о оружју и муницији Републике Србије.

Пресуда Окружног суда у Шапцу К. бр. 108/03 од 02. 06. 2004. године, укинута је због тога што је изрека пресуде неразумљива и што је у супротности са образложењем пресуде. Наиме, из изреке пресуде се не може са сигурношћу закључити да ли је оптужени извадио нож и њиме нанео смртоносне повреде оштећеном за време док је био нападнут од оштећеног, или је нападом доведен у стање јаке раздражености, па након напада извадио нож и поступио на начин ближе описан у оптужници. Дакле, из изреке пресуде се не може са сигурношћу закључити да ли је оптужени нож употребио у време док је напад од стране оштећеног још трајао или не. У образложењу пресуде суд наводи да прихвата одбрану оптуженог, из које произлази да је нож употребио у време док је напад од стране оштећеног још трајао, а што би, уколико је тачно, указивало да се ради о нужној одбрани или прекорачењу исте. Међутим, као што је напред наведено, оптужени је оглашен кривим због кривичног дела убиства на мах из члана 48. КЗ Републике Србије.

У пресуди Окружног суда у Суботици К. 72/02 од 17. 11. 2003. године, која је укинута због битне повреде из члана 368. став 1. тачка 11. ЗКП, правостепени суд у образложењу пресуде ниједном речју није дао разлоге о виности оптуженог, што је противно одредби члана 361. став 7. ЗКП. Осим тога, суд је у тачци један изреке пресуде извршио одређене измене чињеничног описа у односу на прецизирану оптужницу, али у образложењу пресуде није навео разлоге због којих су те измене извршене.

Пресуда Окружног суда у Панчеву К. бр. 43/01 од 20. 06. 2003. године, којом је оптужени оглашен кривим због кривичног дела из члана 53.

став 3. у вези става 2. КЗ Републике Србије, укинута је, између осталог, и због тога што су разлози пресуде о одлучним чињеницама неразумљиви. Наиме, у образложењу пресуде на страни 10 се наводи да је оптужени дршком мотике више пута ударио по глави оштећеног, наневши му тешке телесне повреде опасне по живот, "свестан радње коју чини, односно да од ових удараца може наступити тешка телесна повреда опасна по живот, олако држећи да до тога неће доћи... ", што упућује да је оптужени у односу на основно дело поступао из нехата. Међутим, у следећој реченици првостепени суд наводи: "Поменуто наношење тешких телесних повреда из тих разлога је обухваћено директним умишљајем окривљеног, обзиром да је био свестан радње и последица које проистичу из таквог његовог деловања...", из чега се, такође, не види да ли је оптужени наношење тешке телесне повреде опасне по живот хтео или је на њу пристао.

Пресуда Окружног суда у Врању К. бр. 66/05 од 16. 05. 2005. године, је укинута због тога што уопште нема разлога. Наиме, у пресуди је наведено "одлука не садржи детаљније образложење", с обзиром да је пресуда објављена у присуству заменика ОЈТ и окривљеног, који су се одрекли права жалбе против пресуде. Међутим, из записника о главном претресу произлази да се само окривљени одрекао права жалбе против пресуде, али не и Окружни јавни тужилац. Дакле, с обзиром да у записнику о главном претресу није наведено да су се ОЈТ у Врању и окривљени одрекли права на жалбу, те да нису захтевали достављање пресуде, није било могуће применити одредбу члана 446. став 7. ЗКП, због чега је побијана пресуда морала имати образложење.

Пресуда Окружног суда у Београду К. бр. 582/02 од 15. 06. 2004. године, укинута је због тога што нема разлога о одлучним чињеницама. Наиме, оптужена је оглашена кривом за квалификовани облик кривичног дела из члана 118-а. став 4. КЗ Републике Србије, а у образложењу се само наводи да је у извршењу дела "поступала са директним умишљајем" из чега се не види какав је облик виности постојао код оптужене у односу на тежу последицу (смрт малолетног Д.). Да би се правилно применила одредба члана 15. ОКЗ, нужно је утврдити виност оптужене у односу на основни облик дела, а посебно у односу на тежу последицу, што у конкретном случају није учињено. Осим тога, пресуда нема ни разлога у односу на одлуку о казни. Наиме, за предметно кривично дело прописана је казна затвора од најмање 10 година, па како је оптужена осуђена на казну

затвора у трајању од шест година, суд је био дужан да наведе разлоге о постојању особито олакшавајућих околности које оправдавају ублажавање казне, што је првостепени суд пропустио да учини.

У пресуди Окружног суда у Шапцу К. бр. 41/04 од 14. 05. 2004. године, која је укинута због битне повреде из члана 368. став 1. тачка 11. ЗКП, између осталог и због тога што у образложењу пресуде нема ни једне речи о виности оптужених, а код образлагања одлуке о казни, суд није дао довољне разлоге, из којих би се видело које је околности узео у обзир при индивидуализацији казни (оптуженима су изречене различите казне). Осим тога, у образложењу се наводи да отежавајућих околности није било иако из списа предмета (извода из казнене евиденције) произилази да су сви оптужени раније осуђивани.

Пресуда Окружног суда у Крушевцу К. бр. 76/00 од 07. 10. 2004. године, укинута је због тога што су разлози пресуде о одлучним чињеницама неразумљиви и противречни. Наиме, на страни 9 пресуде је наведено да је "основни узрок настанка ове саобраћајне незгоде било незаустављање возила на знак црвеног светла", док се код образлагања виности оптуженог наводи да је оптужени "био свестан да услед овакве његове непрописне вожње, противно одредби члана 52. став 1. ЗООБС-а може доћи до угрожавања јавног саобраћаја, стварања конкретне опасности за живот људи, саобраћајне незгоде и смрти других лица, али је олако држао да до оваквог угрожавања јавног саобраћаја и теже последице неће доћи...". Овакви разлози пресуде су неразумљиви и противречни, јер ако суд налази да је оптужени свестан да уласком са возилом у раскрсницу, када је на семафору укључено црвено светло (што значи изричиту забрану пролаза), да је свестан да услед тога може доћи до угрожавања јавног саобраћаја и смрти других лица, онда да је нејасно како је могао олако држати "да до оваквог угрожавања јавног саобраћаја и теже последице неће доћи".

Пресудом Окружног суда у Новом Саду К. бр. 379/03 од 24. 06. 2004. године, суд је тројицу оптужених огласио кривим због кривичног дела из члана 53. став 3. у вези става 1. КЗ Републике Србије (оптужницом им је стављено на терет кривично дело из члана 169. став 2. у вези члана 168. став 1. КЗ Републике Србије), али их је истовремено и ослободио од оптужбе за кривично дело из члана 169. став 2. у вези члана 168. став 1. КЗ Републике Србије, због чега је изрека пресуде неразумљива. Ово због тога, што суд не може за исти догађај оптужене и огласити кри-

вим и ослободити од оптужбе. Сличан пропуст учињен је и у пресуди Окружног суда у Ужицу К. бр. 35/05 од 20. 04. 2005. године.

Пресуда Окружног суда у Лесковцу К. бр. 44/04 од 28. 02. 2005. године, укинута је, између осталог, и због тога што је изрека пресуде неразумљива и противречна разлозима. Наиме, у изреци пресуде није дат опис целокупног редоследа догађаја, односно радње које су непосредно претходиле обрачуну оштећеног и оптуженог, па се из изреке не може закључити ко је критичне прилике први пуцао - оптужени или оштећени. Чак шта више, у изреци уопште није наведено да је оштећени у правцу оптуженог испалио 4 хица из пиштоља (ово се помиње само на страни 9 пресуде). Из чињеничног описа изреке пресуде произилази да је оптужени поступао са директним умишљајем, док се у образложењу пресуде наводи да је оптужени "био свестан да ће испаљивањем више хитаца у оштећеног истог лишити живота, па је на то пристао... ", што упућује на закључак да је оптужени поступао са евентуалним умишљајем.

Пресуда Окружног суда у Београду К. бр. 600/93 од 17. 01. 2005. године укинута је, између осталог, и због тога што је изрека пресуде неразумљива и што у образложењу пресуде нису дати разлози о одлучним чињеницама. Наиме, код утврђивања појединачних казни у изреци пресуде оне нису утврђене за поједине оптужене, већ за "свако појединo кривично дело", из чега би се могао извести закључак да је нпр., код четири кривична дела из члана 169. став 1. у вези члана 168. став 1. КЗ Републике Србије, у вези члана 22. КЗЈ, удео све тројице оптужених у радњи извршења исти, да су извршењем кривичног дела за себе прибавили идентичне износе противправне имовинске користи, и сл. Међутим, из чињеничног описа изреке за ова кривична дела произилази другачије (нпр. да је оптужени Д. К. само возио остале оптужене до места извршења кривичног дела, чувао стражу и враћао их, да је највећи део новца прибављеног извршењем кривичних дела задржао оптужени Ђ. В.). С друге стране, и у образложењу пресуде суд не наводи да ли је поменуте чињенице имао у виду приликом утврђивања појединачних казни за ова кривична дела за сваког оптуженог. У образложењу пресуде нису дати ни разлози о виности оптужених, осим што је наведено да су кривична дела "извршили са умишљајем". Суд је оптужене ослободио обавезе плаћања трошкова кривичног поступка, а у образложењу пресуде нису дати разлози за ту одлуку у складу са одред-

бом члана 361. став 6. ЗКП, осим што је наведено да је та одлука донета "по основу члана 196. став 4. ЗКП", што је недовољно).

У пресуди Окружног суда у Панчеву К. бр. 182/04 од 08. 09. 2005. године, која је укинута решењем Врховног суда Србије, у образложењу пресуде између осталог, нису дати разлози о одлучним чињеницама. Наиме, оптужени Г. Д. је умро у току кривичног поступка, па је поступак према њему обустављен. Међутим, првостепени суд је пропустио да прочита записник о његовом саслушању у преткривичном поступку и у истрази (сходно одредби члана 337. став 1. ЗКП), нити је у образложењу пресуде дао разлоге због чега није извео доказ читањем записника о исказу овог оптуженог.

У пресуди Окружног суда у Јагодини К. бр. 105/04 од 22. 11. 2004. године, приликом писања пресуде за поједине делове пресуде стављени су наслови: "Претделиктна ситуација" (страна 19), затим "Деликтна ситуација" (страна 24), "Објективна обележја" (страна 26), "Субјективна обележја" (страна 28), што није уобичајено при присменој изради пресуде, већ се коришћење наслова и поднаслова користи у стручним чланцима. У истој пресуди којом је оптужени оглашен кривим због кривичног дела из члана 47. став 1. КЗ Републике Србије, у вези члана 24. ОКЗ, и осуђен на казну затвора од три године и шест месеци, као олакшавајућа околност цењена је: "те би дужа казна затвора имала негативан утицај на издржавање чланова породице", што по нашем мишљењу не може бити олакшавајућа околност.

Пресудом Окружног суда у Новом Саду К. бр. 759/05 од 24. 01. 2006. године окривљени је оглашен кривим због кривичног дела из члана 246. став 1. КЗ, али је на основу одредбе члана 246. став 4. ослобођен од казне. У образложењу пресуде је наведено "да се и оваквом одлуком постиже сврха кажњавања како у смислу индивидуалне, тако и у смислу генералне превенције". Нејасно је како се у случају када није изречена казна, тј., ослобођењем од казне може постићи сврха кажњавања.

Пресудом Окружног суда у Шапцу К. бр. 253/04 од 28. 12. 2005. године, окривљени је оглашен кривим због кривичног дела из члана 245. став 3. ОКЗ и осуђен на новчану казну. Образложење одлуке о казни гласи: "За извршено кривично дело суд је оптуженог осудио на новчану казну у износу од 5. 000 динара, ценећи да овако изречена казна је сразмерна тежини кривичног дела и кривичној одговорности и да ће се истом у

потпуности остварити сврха кажњавања". Овакво образложење је непотпуно, јер се не наводи које је околности суд ценио при одмеравању казне "нпр., не помиње се да је окривљени четири пута осуђиван за кривична дела из члана 245. став 1. ОКЗ, једном за кривично дело из члана 246. став 1. ОКЗ и два пута за кривична дела из члана 33. став 1. Закона о оружју и муницији Републике Србије", нити суд даје разлоге због чега се определио за изрицање блаже врсте казне која је алтернативно прописана за предметно кривично дело.

У пресуди Окружног суда у Београду К. бр. 1234/04 од 28. 04. 2005. године, у изреци пресуде којом је оптуженом изречена условна осуда, наведено је да је суд утврдио јединствену казну затвора у трајању од две године, док је у образложењу пресуде наведено да је утврђена јединствена казна затвора у трајању од три године, што представља противречност изреке и образложења пресуде.

У пресуди Окружног суда у Нишу К. бр. 184/03 од 23. 03. 2005. године, у образложењу пресуде суд наводи да је из списа издвојио записник о вештачењу, који нема везе са извршеним кривичним делом, па наводи: "С обзиром да су се странке.. .. одрекли права на жалбу након објављивања решења, то је решење одмах и оглашено правноснажно". Напомињемо да је ово непотребно наводити у пресуди.

У пресуди Окружног суда у Лесковцу К. бр. 58/05 од 08. 08. 2005. године, у изреци пресуде, након одлуке о казни у коју је урачунато време проведено у притвору, у посебном пасусу наведено је да се према оптуженом продужава притвор, одређен решењем истражног судије, који ће трајати до правноснажности пресуде. И овде треба напоменути да се решење о продужењу притвора не уноси у пресуду, већ се о томе пише посебно решење.

У пресуди Окружног суда у Смедереву К. бр. 128/04 од 02. 02. 2006. године, код одлуке о казни суд је као олакшавајућу околност ценио "делимично признање", а затим се наводи: "Признање и искрено кајање, били су основ за примену члана 56. КЗ Републике Србије, односно ублажавање казне". Овакво образложење за примену института ублажавања казне је недовољно. Наиме, прво се каже да је признање делимично, а из касније формулације би се могло закључити да је у питању потпуно признање. Нема разлога о томе на основу чега је суд закључио да треба применити овај институт и да ће се и са ублаженом казном постићи сврха кажњавања. Ово посебно када се има у виду да је оптужени оглашен кривим за три кривична дела

(кривично дело из члана 113. КЗ, у вези члана 30. КЗ, кривично дело из члана 246. став 1. КЗ и кривично дело из чана 348. став 1. КЗ). Одредбе о ублажавању казне су примењене и за кривично дело из члана 348. став 1. КЗ, иако за ово кривично дело казна није ублажена.

У пресуди Окружног суда у Новом Саду К. бр. 50/05 од 11. 05. 2005. године, у изреци пресуде је наведено:

".. . па га суд на основу члана 3., 5. 33, 38, 41, 42. и 43. ОКЗ и члана 356, ЗКП

ОСУЂУЈЕ

за кривично дело.. .. из члана 245. став 1. ОКЗ

на казну затвора у трајању од 2 (две) године

за кривично дело.. .. из члана 245. став 3. ОКЗ

на казну затвора у трајању од 6 (шест) месеци, па му суд на основу члана 48. ОКЗ

ИЗРИЧЕ

јединствену казну затвора у трајању од од 2 (две) године и 4 (четири) месеца".

Овакав начин утврђивања појединачних казни и изрицање јединствене казне је погрешан и противан је одредби члана 361. став 5. ЗКП.

Пресудом Окружног суда у Пожаревцу К. бр. 69/04 од 15. 11. 2004. године оптужени М. И. је оглашен кривим због кривичног дела из члана 245. став 1. ОКЗ, а опт. Ж. М. због кривичног дела из члана 245. став 3. ОКЗ, а у изреци се наводи:

"па их суд на основу члана.. .. .

ОСУЂУЈЕ

опт. М. И. на казну затвора у трајању од 1 (једне) године и 6 (шест) месеци

опт. Ж. М. на условну осуду у трајању од 1 (једне) године, чије се извршење одлаже за две године ако у том периоду не изврши ново кривично дело".

Овде суд погрешно наводи да се опт. Ж. М. осуђује на условну осуду а при томе суд се и не позива на одредбе ОКЗ о изрицању условне осуде, а на те одредбе суд се не позива ни у образложењу пресуде. Осим тога, у образложењу пресуде се наводи да суд налази "да се са овим казнама може посебно утицати на отужене да убудуће не чине оваква и слична кривична дела, а што је циљ казне".

У пресуди Окружног суда у Панчеву К. бр. 153/04 од 10. 02. 2005. године, оптужени је оглашен кривим због продуженог кривичног дела из члана 168. став 1. ОКЗ, али у образложењу пресуде се уопште не дају разлози како је суд закључио да се ради о продуженом кривичном делу.

У пресуди Окружног суда у Јагодини К. бр. 98/04 од 11. 04. 2005. године, у образложењу одлуке о казни је наведено да је суд ".. .. . оптуженима применом члана 42. и 43. ОКЗ ублажио запрећени законски минимум за ово кривично дело.. . " (а треба да стоји "ублажио испод законом прописаног минимума за ово кривично длео"). Даље се наводи да је суд од олакшавајућих околности узео у обзир да оптужени "нису осуђивани за истоврсно кривично дело", а касније у истој реченици се наводи: ".. . а од отежавајућих околности суд је узео у обзир опт. Ж. Д. да је до сада више пута осуђиван за разноврсна кривична дела, оптуженој З. Д. да је до сада једанпут осуђивана.. . ".

У пресудама се често користе дугачке реченице од 10-15 редова, а некада једна реченица буде на читавој страници. У пресуди Окружног суда у Панчеву К. бр. 69/04 од 25. 04. 2004. године, једна реченица у образложењу пресуде обухвата чак три ипо стране, односно (од стране 21 до 25) или укупно 173 реда.

ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Након изрицања, пресуда мора бити израђена у техничком смислу, тј., написана, те она тада добија облик службеног акта и снагу јавне исправе. Свака пресуда мора имати одговарајући "степен јасноће, разумљивости и одређености који јој даје квалитет правне сигурности и законитости". Квалитет кривичне пресуде зависи од више фактора, као нпр. од тога да ли је поступак који је претходио њеном доношењу, правилно и законито спроведен, да ли су у поступку правилно и потпуно утврђене све правно релевантне (одлучне) чињенице, да ли су правилно оцењени објектив-

ни елементи кривичног дела и кривица учиниоца, да ли је правилно извршен избор, врсте и висине кривичне санкције и извршена њена индивидуализација, и др. Свакако, квалитет пресуде у многоме зависи од стручности и способности судије који врши писмену израду пресуде.

Одредбама ЗКП, које су споменуте у првом делу реферата, у основи је одређено шта треба да садржи пресуда, због чега је нужно добро познавање тих одредаба. С обзиром да се унапред не може предвидети које све одлуке може да садржи изрека пресуде, као и на чињеницу да су могуће разне комбинације одлука (нпр., да има осуђујући и ослобађајући део, да један оптужени има једно кривично дело, а други више кривичних дела у стицају, да поједине радње које улазе у продужено кривично дело нису доказане, да је једном оптуженом изречена казна а другом условна осуда, и слично) у вези са тим су заузети одговарајући ставови у судској пракси, па је потребно познавати те ставове.

У другом делу реферата дати су конкретни пропусти и грешке у пресудама окружних судова, са циљем да се укаже које грешке и пропусте при писменој изради пресуде судови најчешће чине, те да се убудуће обрати пажња на те ствари, како би се такве грешке и пропусти избегли. Наравно, неке од грешака и пропуста на које је указано, последица су погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања, али то овде није посебно истицано, јер није тема овог реферата.

О писменој изради пресуде треба размишљати још од пријема оптужнице, односно када председник већа прими предмет, а не тек након изрицања и објављивања пресуде. У том смислу треба користити нпр. могућност враћања оптужнице тужиоцу ради исправљања недостатака, прибавити податке о личности оптуженог (нпр. извод из казнене евиденције или раније пресуде, извештај центра за социјални рад о условима у којима је оптужени живео пре извршења кривичног дела), ако они претходно нису прибављени, и слично.

У писменој изради пресуде треба користити јасне, прецизне и не превише дугачке реченице, а образложење мора бити првенствено усмерено на одлучне чињенице. Снагом своје аргументације пресуда треба да сваког убеди да је логична, правилна и законита. Због тога треба избегавати механичко и шаблонско писање, уз коришћење уопштених фаза, већ размишљати о ономе што се пише и проверавати да су изрека и образло-

жење разумљиви и логички повезани, односно да ли су разлози дати у образложењу пресуде јасни и разумљиви.

Образлагању одлуке о казни и других одлука (нпр. одлуке о имовинско-правном захтеву, одлуке о одузимању имовинске користи, одлуке о трошковима кривичног поступка) треба посветити више пажње, јер се код тих одлука најчешће користе стереотипне реченице и не дају довољни разлози, а нису ретки случајеви да долази до укидања пресуде због тога што пресуда нема разлога у погледу одлуке о казни (нпр. суд не наведе које је околности ценио при изрицању казне, или не наведе разлоге због чега је казну ублажио, и сл).

Многе грешке у пресудама, ако се не рачунају словне и граматичке, могу се уочити и отклонити пажљивим читањем писмено израђене пресуде, а посебну пажњу при читању треба обратити ако је пресуду писао саветник или стручни сарадник.

Ако ово што је написано у реферату буде од користи судијама првостепених судова при изради пресуда и ако буде мање укинутих пресуда због битне повреде из члана 368. став 1. тачка 11. ЗКП, онда ће сврха реферата бити остварена.

Драган Обрадовић,
председник Окружног суда у Ваљеву

РАЗЛИЧИТИ АСПЕКТИ ВЕШТАЧЕЊА У ПРОЦЕСУ СТВАРАЊА ЈЕДИНСТВЕНЕ БАЗЕ ПОДАТАКА

УВОД

Пре шест година наша најшира правничка јавност први пут је била у прилици да се кроз стручне радове (1, 2) упозна са основама које су се тицале биолошког вештачења методом ДНК отисака код нас. Пре две године та иста јавност већ је била упозната у знатној мери, бар у погледу основних сазнања о поменутој врсти вештачења у току кривичног и парничног поступка, са проблемима у примени истог у пракси кроз нове радове (3, 4) и посебном значају ове врсте вештачења за нашу земљу – тада Државна заједница Србија и Црна Гора - након пријема у Савет Европе (5) односно након ратификације Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (6). Међутим, наша правничка јавност још увек има врло мала, рекли бисмо ограничена сазнања у погледу стварања јединствене базе података кроз различите аспекте биолошког вештачења методом ДНК отиска – почев од тога како је то регулисано у свету, па до тога како би то требало регулисати код нас. Све то је од посебног значаја ради расветљавања кривичних дела, идентификовања – елиминисања појединих лица као извршилаца кривичних дела. Пре свега са аспекта заштите основних људских права и слобода као и њихових ограничења због евентуалне повреде права на приватност у случају постојања захтева да се у одређеним судским поступцима из базе података узме одређени биолошки материјал који се ту налази ради упоређења и идентификације особе која је оставила одређени траг, па самим тим и свој ДНК профил. Такође, то је од значаја и због заштите генетичке приватности у ситуацији када постоје базе података и материјал који се у њима налази – биолошки профили појединих особа или биолошких трагова које су одређене особе

оставиле приликом извршења кривичног дела на лицу места. Наравно, то је од значаја и у поступцима идентификовања лешева несталих лица, у патернитетским споровима – утврђивање/оспоравање очинства или материнства појединих лица, мада ти поступци нису директна тема овог рада.

Покушали смо имајући у виду иностранa искуства да у раду дамо одређене одговоре у погледу различитих аспеката ове врсте вештачења у процесу стварања јединствене базе података код нас и како ту базу података учинити што потпунијом са једне стране и што пре и организационо прихватљивом са друге стране да би иста могла да започне са функционисањем.

УКРАТКО О БИОЛОШКОМ ВЕШТАЧЕЊУ ПРИМЕНОМ МЕТОДЕ ДНК ОТИСКА

У првој половини 2000. године тадашњи Закон о кривичном поступку (7) није познавао односно предвиђао могућност биолошког вештачења у својим одредбама. Међутим, поменути закон је дозвољавао слободу коришћења свих доказних средстава неопходних и потребних за утврђивање чињеница, па су органи МУП-а, поједини окружни али и општински судови са територије Републике Србије почев од 1998. године почели да користе овај метод приликом вештачења. То се радило код најтежих кривичних дела у којима се на други начин нису могле утврдити неке битне чињенице и о тим чињеницама се није могао дати стручни налаз и мишљење неким другим од раније познатим врстама вештачења.

Крајем марта 2002. године у СРЈ, нашој тадашњој заједничкој држави, почео је да се примењује нови Законик о кривичном поступку (8) који је у оквиру одредаба које се односе на радње доказивања - међу којима је и вештачење, донео једну значајну новину – могућност одређивања биолошког вештачења. Законик је поред осталих предвиђених врста вештачења предвидео и посебне случајеве вештачења у којима је прописао дужност вештака да обрати пажњу на нађени биолошки материјал. То се односи на преглед и обдукцију леша, и приликом вештачења телесних повреда. У тим ситуацијама дужност је вештака да обрати пажњу на нађени биолошки материјал (крв, пљувачка, сперма, урин), да исти опише и сачува за биолошко вештачење ако оно буде одређено. Прописивање ове дужности вештака суштински представља увођење биолошког вештачења у

кривични поступак код нас. А у свету се ова врста вештачења примењује од 1987. године.

С обзиром да је СРЈ престала да постоји под тим називом, тадашње државе чланице државне заједнице Србија и Црна Гора су у складу са одредбама Уставне Повеље (9) регулисале материју кривичног поступка – кроз своја републичка законодавства.

Република Србија је преузела одредбе Законика о кривичном поступку и током 2004. године донела је Закон о изменама и допунама Законика о кривичном поступку у коме нема нових посебних одредаба које се односе на биолошко вештачење (10).

Недавно донети Законик о кривичном поступку (11) чија примена је започела само фрагментарно, у појединим одредбама, а који суштински почиње да се примењује од 1.06.2007. године у погледу одредби које се тичу биолошког вештачења методом ДНК отиска иде корак даље од сада постојећих одредаба. Наиме, први пут се изричито у одредбама овог Законика наводи у одредбама које се односе на преглед и обдукцију леша да ће се када је то потребно применити идентификационе, стручне и научне методе - између осталог и "анализа ДНК узорка и поређење добијеног ДНК профила са ДНК профилом несталог лица или другог лица, крвних сродника лица за које се претпоставља да би могло бити идентификовно" .... (члан 136. ст. 4). Такође први пут је изричито наведено у одредбама овог Законика које се односе на телесни преглед осумњиченог или окривљеног да: "узорци пљувачке ради спровођења ДНК анализе се увек могу узимати, када је то потребно у циљу идентификације лица или у циљу поређења са другим биолошким траговима и другим ДНК профилима и за то није потребан пристанак лица, нити се та радња може сматрати опасном по здравље (144. ст. 3). Осим у овим одредбама ДНК анализе и значај овог вештачења се помињу и у другим одредбама новог Законика.

Те новине доводе до тога да оно о чему смо у ранијим радовима (1, 3) писали као о стању у свету и нашим перспективама више нису перспективе, већ наша реалност и потреба да се формира и код нас база података, да се прецизно дефинишу правила рада, категорије лица чији биолошки профили се налазе у базама података, под којим условима заинтересовани могу добити податке из базе података, дужину чувања биолошких профила у бази података, начину уклањања биолошког профила из базе

података, могућност размене података из базе података у међународној сарадњи итд. Томе је суштински посвећен и овај рад.

СВЕТ И ПРИМЕНА МЕТОДА ДНК ОТИСКА

Случај Колина Пичворка (1) у коме је обављено прво вештачење методом ДНК отиска у свету, у ком случају је први пут суд у једној земљи – Великој Британији размотрио питање допуштености и доказне вредности методе ДНК отиска и оценио да се ова метода идентификације особа може прихватити и да су њени резултати поуздани као и случај Дотсон (1) када је после 9 година проведених у затвору утврђено да Гари Дотсон није извршилац кривичног дела силовања за које је био осуђен, одлучујуће су допринели почетку примене ове методе и у другим земљама, о чему је било речи у ранијим радовима (1, 3). Прва званична потврда, осим поменуте судске потврде, значаја ове методе била је 1992. године када је Комитет за примену ДНК методе у криминалистици Америчке Академије наука у свом извештају јасно истакао да се ради о поузданом методу идентификације особа и да је његова употреба у домаће сврхе сасвим оправдана (12). Најбоља потврда тога је податак да се у САД ради на пројекту реформе система сведочења путем сведока очевидаца обзиром да је " Пројекат невиности" открио да су сведоци очевици појединачних кривичних дела имали одлучујућу улогу у доношењу више од 150 погрешних осуда у САД у последње три деценије које су преокренуте на основу резултата ДНК анализе (13). О томе је било речи и у ранијим радовима (3). То је суштина и уводног дела кратког подсетника Америчког националног института правде који садржи кратак подсетник шта сваки правно образован службеник треба да зна о доказној снази ДНК. У уводном делу тог подсетника се указује на случај Кевина Ли Гранта из 1996. године који је био погрешно осуђен, провео 16 година у затвору због кривичног дела силовања које није извршио и указује се на значај постојања ДНК базе података у Калифорнији (14).

Сем употребе у кривичном поступку ова метода се све више користи приликом утврђивања идентитета несталих лица у току судског медицинског вештачења, било да је реч о оружаним сукобима или о масовним смртним последицама услед терористичких напада - случај идентификације жртава напада 11. септембра 2003. године у САД или природних катастрофа, као што је недавно био цунами у Југоисточној Азији (15). Посе-

бан значај ова врста вештачења има и у областима од интереса за службе безбедности, тим пре што се секвенце ДНК неких од најсмртоноснијих патогених организама, попут вируса великих богиња, могу купити преко Интернета (16).

Ова метода вештачења има изузетан значај у патернитетским споровима - утврђивање очинства и материнства. Прва примена овог теста у САД у случају утврђивања порекла детета била је у случају Re Baby Girl S (17) где је суд прихватио тест без испитивања његове тачности и потом се на ту одлуку позвао већ у следећем случају. Међутим, овај сегмент вештачења није предмет нашег - рада.

ПРИМЕНА МЕТОДЕ ДНК ОТИСКА КОД НАС

Од 2000. године, када се код нас у правосуђу тек у назнакама појављивала као могућност вештачења биолошких трагова методом ДНК отиска – периода када је током поменуте године било могуће прецизно због малог броја утврдити број и врсту предмета у којима је обављена поменута врста вештачења као и укупан број правоснажно окончаних предмета (1, 3), почиње значајно повећање коришћења ове врсте вештачења од стране полиције и правосуђа који тренд је присутан непрекидно до 2004. године (3) и потом се наставља уз нова проширења до данас. Та проширења се огледају у различитим аспектима вештачења, у константном порасту броја група кривичних дела у којима се тражи ова врста вештачења, порасту врсте узорака из којих се може извршити анализа ДНК отиска. Због тога више не постоји могућност егзактног праћења броја предмета у којима је обављена поменута врста вештачења и у којим је донета правоснажна пресуда. То је, по нашем мишљењу, поуздан знак да је ова врста вештачења прихваћена од стране правосуђа, али и полиције, без обзира што се понекад ова врста вештачења одређује у различитим фазама кривичног поступка и некритички, али суштина је у томе да се у свести оних који о томе одлучују када доносе наредбе о вештачењу сигурно ствара утисак да је ова врста вештачења моћно оружје у решавању различитих кривичних дела. И без формалне базе података, која још увек код нас не постоји. Поједини случајеви из новије судске праксе то потпуно потврђују (18). И даље су водеће установе које обављају ову врсту вештачења код нас Институти за судску медицину у Београду и Новом Саду, Институт безбедности, који имају савремено опремљене лабораторије који раде на

идентичан начин као и Центар за примену и развој ПЦР Биолошког факултета Универзитета у Београду, која установа је прва започела са овом врстом вештачења код нас, о којима је било више речи у ранијим радовима (1, 3). Лабораторије Института за судску медицину у Београду и Новом Саду за свој рад поседују сертификат стручности: GEDNAP Немачког удружења за анализу ДНК.

Институт за судску медицину у Београду у својој лабораторији за ДНК из године у годину повећава број вештачења у кривичним предметима и врсте кривичних дела у којима врши вештачења биолошких трагова. Вештачења су обављена за потребе правосудних и полицијских органа наше земље али и за потребе полиције и правосуђа Црне Горе, Федерације Босне и Херцеговине и преко Интерпола на захтев Румуније. У овој лабораторији врши се идентификација НН лешева и утврђивање очинства (19).

Институт за судску медицину у Новом Саду у својој лабораторији за ДНК такође, из године у годину повећава број вештачења у кривичним поступцима као и број врста кривичних дела у којима врши вештачења у кривичним предметима. Вештачења су до сада обављана за потребе правосудних органа наше земље али и за потребе правосудних органа Републике Српске, Црне Горе и Републике Мађарске. У овој лабораторији врши се и идентификација НН лешева и утврђивање очинства (20)

Институт безбедности у својој лабораторији врши вештачења искључиво у кривичном поступку за потребе БИА, а једина у нашој земљи врши вештачења ткз."митохондријалне ДНК"(21).

Центар за примену и развој ПЦР, Биолошког факултета у Београду установа која је у нашој земљи прва почела са овом врстом вештачења (1, 3) у својој лабораторији за ДНК вештачења такође из године у годину ради велики број, прилично уједначен вештачења у кривичним поступцима као и у погледу различитих врста кривичних дела. Вештачења су до сада обављана за потребе правосудних органа наше земље, али и за потребе правосудних органа Републике Српске и Црне Горе. У овој лабораторији врши се и идентификација НН лешева и утврђивање очинства (22).

У наредном периоду један значајан сегмент рада лабораторије ИСМ у Београду, као и већине лабораторија на подручју бивше СФРЈ, осим лабораторија у БиХ биће угашен. Наиме, дана 31.07.2006. године престају са радом у погледу анализе остатака несталих лица са ратом за-

хваћених подручја, све остале лабораторије које су основане захваљујући донацији Међународне комисије за нестала лица (ICMP), због чега престају активности лабораторије Института за судску медицину у том делу, која се до сада бавила тзв. циљаним анализама – "Y" хромозома (3). Разлог више за престанак рада поменуте лабораторије у овом сегменту су и повраћај последње групе посмртних остатака косовских Албанаца ексхумираних у централној Србији (23).

Једна од најважнијих новина код ДНК вештачења у нашој земљи је недавно предлагање стандарда ДНК анализа у вештачењу сродничких анализа (24) која предвиђа умрежено тестирање по два узрока у три лабораторије што, по нашем мишљењу, представља даљи корак у праћењу европских и светских достигнућа на овом пољу, које стандарде учесници састанка већ примењују у пракси!

ДНК БАЗЕ ПОДАТАКА У СВЕТУ

Периоди када је почело стварање база података, критеријуми - које категорије лица улазе у те базе података, које врсте кривичних дела... различити су у појединим земљама о чему је било речи у ранијим радовима (1, 3).

Током 2003. године у Европи 36 од 46 земаља чланица Интерпола у некој форми су користиле узорке биолошке трагове у ДНК тестирању. Од ових 46 земаља чланица Интерпола њих 35 имају или планирају да праве базе ДНК података, а 24 од ових земаља својим законима дозвољавају међународну размену информација. У исто време 76 земаља широм света је имало или пристало да формира ДНК базе података. Од тог броја 60 земаља је имало или спроводило процедуре око база података, с тим што неке земље ту процедуру нису регулисале законом (25).

Ради појашњења значаја постојања базе података и код нас сматрамо да је потребно осврнути се и на нека од најважнијих светских искустава.

Уједињено Краљевство користи ДНК дуже од свих земаља у свету и има прву законом регулисану ДНК базу података у Европи (26). Недељно се у 1700 случајева са увиђаја одређује или са великом вероватноћом одређује ко су осумњичени за кривична дела. Њихова база података садржи суштински две базе података и то: узорци са лица места и узорци осумњичених односно осуђених лица. Према званичним подацима до сада

је на основу података из ове две базе података у 40% случајева утврђено ко су извршиоци кривичних дела што представља изразито високи проценат повраћаја средстава уложених у формирање базе података. Најновији извештај из јануара 2006. године је још успешнији – у приближно 50% случајева на основу података из базе података је утврђено ко су извршиоци кривичних дела.

Њихове процене указују да свако кривично дело које се утврди на основу анализе ДНК и података који се налазе у базама ДНК података доводи до решавања и 0,8 других кривичних дела а процена је да сва лица која су осуђена на основу података из ДНК базе података су спречена да изврше 7,8 других кривичних дела. У њихову базу података додаје се недељно између 8000-10000 ДНК профила осумњичених или ухапшених особа и између 1000-1500 узорака са увиђаја на лицу места после извршених кривичних дела (27).

Све то је могуће зато што Уједињено Краљевство има централизован систем ДНК базе података, у који је за период од почетка рада током 1995 године па до половине јула 1997 године било унето приближно 200.000 ДНК профила, са прогнозом да ће тај број достићи 5 милиона профила у следећој декади (28), што се показује врло реалним имајући у виду податке о унетим ДНК профилима у пролеће 2000. године када је у њиховој бази података било унето 764.000 профила извршилаца кривичних дела и 75.200 непознатих узорака (26)

Захваљујући профилима који су похрањени у бази података у Уједињеном Краљевству су доведени у везу захваљујући тзв. "хладним погоцима" у истом, претходно поменутом периоду, 70.400 лица са биолошким траговима и 10.400 биолошких трагова са различитих лица места (26).

Са друге стране, прву посебну законом регулисану ДНК базу података имају ***Сједињене Америчке Државе*** - поједине државе, које су самостално законодавство у том периоду почеле да доносе од 1989. године, док је на савезном нивоу у САД ова проблематика регулисана законом из 1994. године (29).

У САД лабораторије примају ДНК узорке из неколико различитих извора. Све ДНК лабораторије примају ДНК узорак од локалне полиције и шерифске службе. Око пола лабораторија узорке прима од Државне полиције

56% и медицинских истраживача (50%), док 19% лабораторија прима материјал од "осталих агенција" - укључујући ту и федералне агенције.

У 2000. години САД криминалистичке ДНК лабораторије су примиле око 31.000 случајева са познатим извршиоцима кривичних дела што је значајно повећање у односу на приближно 21.000 случајева у 1999 години, а анализирано је од тог броја 16.000 случајева из 1999 године односно 25.000 случајева из 2000. године. Такође, ДНК лабораторије су током 2000 године примиле 177.000 узорака од осуђених лица и анализирале око 148.000 тих узорака што је огромно повећање у односу на примљених 100.000 и анализираних 61.000 узорака осуђених лица 1999 године (30).

Како ти подаци изгледају у 2006 години само за *једну од САД држава* - ***Калифорнију*** може се закључити из појединачних података који се односе на податке закључно са првим тромесечјем 2006. године- укупан број ДНК узорака примљених и смештених у њихову базу података је 706.503, при чему из Савезне базе података - ЦОДИС у првом тромесечју примљено је из истрага 2231 узорака (31).

Колики се значај постојању базе података у циљу спречавања криминала у САД придаје утврђује се и из једне студије која обухвата 8 учинилаца тешких кривичних дела у Чикагу, на основу њихових ранијих кривичних досијеа - били су сви заједно притварани 21 пут од чега само у 7 случајева за кривична дела са елементима насиља. Да су ДНК профили тих лица приликом претходних притварања због ненасилних кривичних дела били унети у ДНК базу података било би спречено 60 тешких кривичних дела – од којих 30 силовања и 22 убиства (27) због чега се *у Држави* ***Илиноис*** припрема промена законске регулативе у смислу да ће у базу података бити унета информација за већи број кривичних дела, без елемената насиља.

Са друге стране, је пример *државе* ***Вирџинија*** која има најефикаснију базу података у САД у коју се уносе ДНК профили свих осуђених због кривичних дела у вези са опојним дрогама. На тај начин је решено: 41 провала, 35 кривичних дела са елементима сексуалног насиља (силовања, блудне радње), 18 провалних крађа, 13 крађа аутомобила итд. Такође, на основу постојања ДНК профила у бази података за фалсификовање докумената, као такође ненасилно кривично дело решено је 22 провале, 12 силовања, 8 убистава итд. Ефикасност ДНК базе података у овој Држави огледа се у решавању кривичних дела која су извршили малолетници, чи-

ји су ДНК профили претходно били унети у ДНК базу података. На тај начин решена је 41 тешка крађа – провала, 12 кривичних дела са елементима сексуалног насиља, 8 убистава ... (27).

Од земаља са простора бивше СФРЈ до сада ниједна није донела посебно законодавство у вези са базом података, али је ***Словенија*** и у том кораку отишла испред свих осталих из бивше заједничке државе. Словенија у оквиру своје форензичке лабораторије, која се налази у оквиру Министарства унутрашњих послова има ДНК лабораторију као саставни део биолошког одељења, где је прва анализа урађена крајем 1995 године, а следеће године Словенија је постала члан Европске мреже форензичких научних института (ENFSI DNA working grooup). У оквиру Закона о полицији који је ступио на снагу 1.07.1998 године Словенија је увела ДНК базу података а претходно је амандманима на Закон о кривичном поступку полицији омогућено да поред отисака прстију и фотографисања од осумњичених узме и брис букалне слузнице (брис из уста). Ова форензичка лабораторија испуњава у погледу стручности GEDNAP стандарде.

Њихова ДНК база података крајем 2003 године садржавала је профиле 4852 осумњичена лица и 1780 профила трагова, стим што не држе посебно у бази податке за осуђена лица. Такође, у свом раду су од 1998 године до 2003 године сваке године имали тзв. "хладне поготке", било да су у питању погоци типа траг - лице или траг-траг (32)

У Словенији је на основу употребе података из ДНК базе података у прве две године рада лабораторије за ДНК разрешено 117 кривичних дела, а осим тога у 21 случају су довели у везу извршена кривична дела (29).

У савременом свету уочљиво је да границе нису више баријера за криминал, да се повезују криминалци из земаља које су до скоро ратовале, да међународни тероризам и организовани криминал не познају границе.

Због тога савремени свет мора да се бори против таквих појава на све моћније, ефикасније и софистицираније начине. Али то не може свака држава за себе већ је на том плану уочљива међународна сарадња на најразличитијим нивоима - од случаја до случаја, полицијском, правосудном, политичком, билатералном или мултилатералном. У конкретном случају, имајући у виду предмет овог рада посебно је значајно поменути следеће:

- ***Интерполова ДНК база података***, предвиђа постојање централне безбедоносне ДНК базе података у Лиону, посебан безбедносно -

комуникациони систем: И-24/7; итд. Међутим, ова ДНК база података ће постати много успешнија тек када много земаља чланица ове организације почну да шаљу све своје узорке и референтне ДНК профиле Интерполу. Неколико држава је већ урадило или су службено објавиле да ће то урадити (Хрватска, Аустрија, УК).

Током прошле године Аустрија је проследила 43.000 узорака и референтних ДНК профила у ДНК базу података Интерпола. Међу послатим узорцима пронађена су 74 "хладна податка" - преклапањем, у највећем броју случајева са профилима из Хрватске, која такође активно користи Интерполову ДНК базу података. Откривено је на основу провера кроз ову базу података неколико преклапања лица - лица која су показала различит (фалш) идентитет односно промену идентитета (33).

ENFSI DNK - је део европске мреже форензичких научних института, оформљене 1993. године од представника 11 лабораторија - земаља чланова која је нарасла до 50 лабораторија из 32 земље из свих делова али још увек не из наше земље. Ова организација има три стална комитета и у оквиру комитета експертске радне групе једна од 15 радних група је и радна група за ДНК (ENFSI WG) (34).

Чланице радне групе су постигле споразум да утичу на своје најутицајније представнике у ДНК организацији у њиховим матичним земљама да се пошаљу ДНК профили нерешених сексуалних кривичних дела из њихових земаља у Интерполову ДНК базу података да би се утврдило шта се путем ове међународне везе може открити и разрешити од тих кривичних дела (33).

Европска Унија је одлучила 1.06.2006. године да у 32 врсте кривичних дела докази из њихових земаља морају бити доступни другим земљама чланицама на њихов захтев и на тај начин уздају се да смање време слања доказа са једне године на 40 дана. (33).

Група Г-8 - индустријски најразвијеније земље је такође разговарала о међусобној размени ДНК профила (и других информација из истрага).

Билатерална инцијатива: ***Уједињено Краљевство – Холандија*** је довела до превазилажења проблема које свака од ових земаља има у погледу приступа одређеним подацима из ДНК базе података. Наиме, Холандија не може користити ДНК базу података Интерпола због законских

разлога, а УК још увек званично не учествује у Прумском споразуму. Проблем су превазишли тако што је УК послало скоро 10.000 ДНК профила из нерешених тешких кривичних дела холандском правосуђу са захтевом да изврше поређење истих са ДНК профилима у холандској ДНК бази података, од којих је 5.104 ДНК профила из 4 типа кривичних дела било прихваћено за поређење (убиства, убиства у покушају, силовања и тешке крађе). Ови профили су упоређени са подацима из холандске ДНК базе података и постигнут је одређени број погодака. (33).

Прумски споразум – представља један од последњих докумената у повезивању појединих земаља Европске уније у још јачој борби у спречавању пограничног криминала, у супротстављању тероризму и организованом криминалу и илегалној миграцији који у својим одредбама значајно место поклања ДНК профилима из база података и могућности њихове размене. Споразум је направљен на основу захтева Интерпола који успоставља механизме за размену података између појединих земаља потписника овог споразума (35).

О значају ДНК базе података говори се и у другим документима Савета Европске уније (36).

БАЗЕ ПОДАТАКА КОД НАС

У претходним радовима (1, 3) указали смо поред осталог да у перспективи у судским поступцима код нас треба формирати базу података. За сада у нашим лабораторијама које смо помињали у овом раду постоје интерне базе података.

Интерна база података ДНК лабораторије Института за судску медицину у Београду (19) садржи две врсте података - у односу на осумњичена лица и у односу на трагове пронађене на лицу места. Укупно се у овој бази налазе ДНК профили 1.217 особа од чега око 300 из Црне Горе и остало су из Србије.

Претрага кроз ову базу података до сада је довела до 3 "хладна поготка" и то један у Србији и два у Црној Гори. У Србији је претрагом кроз базу података разрешено једно кривично дело разбојништа из 1997. године а у Црној Гори су разрешени по једно кривично дело убиства и изазивања опште опасности. У случају расветљавања кривичног дела убиства у Црној Гори, извршилац је био осумњичен за извршење кривичног дела

разбојништва у Србији, па је упоређењем кроз базу података дошло до преклапања са трагом који је оставио у аутомобилу који је у вези са једним убиством у Котору.

Интерна база података Института за судску медицину у Новом Саду (20) садржи податке о свим извршеним анализама. У неколико случајева установљено је поклапање добијених ДНК профила са генотипима особа наизглед неповезаних са догађајем који су анализирани у другим случајевима тзв. "хладни погоци". Између осталог у једном случају убиства и неколико тешких крађа.

Центар за примену и развој ПЦР Биолошког факултета Универзитета у Београду (22) у својој лабораторији такође садржи податке о свим извршеним анализама и има сопствену базу података. До сада је у око 20 случајева установљено поклапање добијених ДНК профила са генотипима особа које су у вези са другим кривичним делима - тзв."хладни погоци".

Имајући у виду ове податке јасно је да наша земља у својим лабораторијама прати у мери у којој је то могуће светске и европске трендове на пољу ДНК, али да објективно посматрано много тога још увек није правно регулисано када је у питању рад ДНК лабораторија и када је у питању постојање базе података са ДНК профилима појединих лица. Сматрамо да је неопходно у што краћем року законом регулисати формирање националне базе ДНК профила. У претходном раду (3) указали смо докле се на том путу стигло током 2004. године.

Од тада до данас учињен је одговарајући напредак утолико што је Комисија за реформу правосуђа Републике Србије формирала једну ширу радну групу од 10 чланова (37) која је припремила Нацрт Закона о Агенцији за вођење ДНК регистра и који се тренутно налази у завршној фази израде. Полазна основа је била Нацрт Закона о Националном ДНК регистру сачињен од стране претходне Комисије који је усклађен са одредбама сета кривичних закона - Кривичног Законика, Закона о извршењу кривичних санкција, Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривично-правној заштити малолетних лица као и са одредбама како сада важећег тако и новог Законика о кривичном поступку (11). У стручном делу овај Нацрт Закона је завршен, недавно представљен и страним експертима (38) који су констатовали да је Нацрт у потпуности у складу са одредбама важећих међународних докумената.

Ово је посебно значајно имајући у виду да је наша земља недавно примљена у Савет Европе, да је ово материја која дубоко задире у људска права и слободе. Домети ограничења основних људских права представљају једно од најосетљивих питања у сваком друштву. При томе, увек треба мерити различите интересе и трагати за правичном сразмером (39). Када је правична сразмера у питању у случајевима где се помиње значај ДНК вештачења, иако није директно везано за ову материју већ за грађанску материју у случају утврђивања спорног очинства указујемо на случај Микулић против Хрватске (4), (40).

У претходним радовима (3) било је речи о праву за приватност, о потреби законског регулисања прикупљања и држања личних података у компјутерским системима, банкама података кроз призму међународних докумената као и одређеним проблемима који се могу појавити када су у питању базе података.

Са неким од проблема у пракси када је у питању узимање биолошког материјала од осумњиченог лица који је одбио да исти добровољно дâ ради упоређења са одређеним траговима пронађеним на лицу места, недавно се сусрело и наше правосуђе (41), али проблема те врсте, по нашем мишљењу више неће бити или ће их бити у знатно мањој мери, након почетка примене новог Законика о кривичном поступку (11) о чему је већ било речи у овом раду.

Нацрт Закона о Агенцији за вођење ДНК регистра предвиђа, пратећи европска и светска решења и усклађујући их са нашим правним системом, пре свега у основним одредбама пуну заштиту генетичке приватности лица у складу са међународним документима и обавезу обавештавања појединих лица о разлозима узимања ДНК узорка.

У оквиру дела који се односе на ДНК регистре пре свега садржи одредбе које се тичу организације Агенције - форензички ДНК регистар, ДНК регистар осуђених, ДНК регистар несталих и збирка ДНК узорака и састав сваког од поменутих регистара. Инсистира се на чувању анонимности података. Код укључивања профила у базу података садржи заједничке одредбе за све регистре где се инсистира да базе података ДНК регистра могу садржати само оне ДНК профиле који су резултат ДНК анализа спроведених у случају са стандардима за обезбеђивање квалитета ДНК анализа, утврђен у форензичким ДНК лабораторијама од стране форензичких ДНК аналитичара који подлежу тестирањима у оквиру програма за

тестирање валидности рада форензичких ДНК лабораторија и форензичких ДНК аналитичара уз предуслов да су ДНК профили претходно били ускладиштени у бази података на начин који онемогућава неауторизовани приступ бази података.

Потом ове одредбе детаљно предвиђају садржину форензичког ДНК регистра, начин узимања узорака од лица која су обухваћена критеријумима и да за узимање ДНК узорка није потребан пристанак ових лица. У оквиру ДНК регистра осуђених предвиђено је од којих категорија пунолетних, малолетних лица и деце и по којим тачно одређеним критеријумима се може узети узорак ради уношења у ову базу података, те како се утврђује број осуђених лица. Одредбе о ДНК регистру несталих предвиђају које базе података се ту налазе и из којих узорака су добијени ДНК профили.

Посебни делови се односе на чување и заштиту ДНК профила, упоређивање и уклањање ДНК профила из базе података под тачно одређеним условима и прецизно одређеним роковима и уништавање ДНК узорака – када се исто врши.

У предстојећем периоду, у односу на време предаје овог рада, радној групи је преостало да у сарадњи са националним службама определи део организационе структуре ДНК регистра – правни статус, органе и начин финансирања, као и основне акте које је потребно да донесу ови органи, после чега би Нацрт Закона био достављен Комисији за реформу правосуђа и ушао у даљу процедуру.

Да би смо у потпуности били у кораку са светом на послу биолошких вештачења у судским поступцима кроз њихове различите аспекте у процесу стварања јединствене базе података у нашој земљи, да би ова врста вештачења добила још већи значај и могла да се на правно ваљан начин примењује у судским поступцима код нас а да се подаци из база података користе што је пре могуће рутински у свакодневној пракси, остајемо пре свега при раније датим предлозима (1, 2, 3) који су и сада актуелни, уз констатацију да је део наших предлога већ уважен кроз постојеће и нове законе, а пре давања одређених закључака и нових предлога сматрамо да је неопходно да укажемо и на потребу превазилажења ***ПРОБЛЕМА У ПРИМЕНИ*** биолошког вештачења на које смо указивали (3) јер је то неопходан предуслов за тачност података који се уносе у националну базу ДНК података а потом и за тачност поређења података из ДНК базе пода-

така са подацима које у ту базу достављају поједине форензичке лабораторије, полицијски или правосудни органи, што више није далека перспектива већ је наша реалност у скорој будућности.

У ситуацији када државне границе више нису баријера за криминал и криминалце, када се показало да метод ДНК отиска има потпуну доказну снагу и представља валидан материјални доказ у пракси како у кривичним поступцима, тако и у патернитетским споровима, у процесима индентификација несталих лица и у другим поступцима, у процесу стварања јединствене базе података

П Р Е Д Л А Ж Е М О

1. Континуиран рад свих службених лица – припадника МУП-а, "јавних тужилаца", судија на упознавању са могућностима и значају ДНК анализе у кривичним поступцима са једне стране, али и истовремено указивање надлежним државним органима – Министарству правде и финансија на значај те врсте анализа са друге стране као неопходан предуслов за добијање тачних резултата тих анализа приликом вештачења са друге стране (42), а имајући у виду и међународна искуства извесно је да се на основу података из базе података, у великом проценту могу утврдити извршиоци кривичних дела што оправдава средства уложена у формирање базе података.

2. Стварање предуслова за квалитетан рад базе података у тренутку када буду донети Закони из ове области које смо раније предложили (3) а на чијем стварању се ради (43). То је остварив кроз инсистирање правосудних органа на стварању стандарда ДНК анализа у вештачењу кривичних поступака приликом поступања овлашћених лабораторија при вештачењу, због чега је потребно да овлашћене лабораторије поступају у свом раду у оквиру стандарда у току процедуре, генских локуса који ће се анализирати, валидираних хемикалија од стране произвођача (3), обзиром да од развоја методе ДНК анализе форензичка наука бележи стални прогрес у карактеризацији биолошких доказа и да усвајање стандарда на пољу форензичке ДНК анализе има централну улогу у значају ДНК доказа у случајевима из кривично-судске праксе (44) што је у крајњем случају у свету и код нас, од значаја и приликом интерпретације добијених резултата вештачења пред судом.

3. Усвајањем ових предлога и пре стварања формалне националне базе података уједначава се рад постојећих лабораторија у којима се врши ДНК вештачење и на тај начин стварају се неопходни предуслови за квалитетну попуну базе података, када иста почне са радом а што је све у потпуности и у складу и са националном стратегијом реформе правосуђа у нашој земљи у циљу постизања одговорног и ефикасног судског система код нас (45).

ЛИТЕРАТУРА

1. Обрадовић Д., Вештачење ДНК у кривичном поступку, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, Београд, 2000, 2, 99-150;
2. Миљковић Ј., Вештачење ДНК отисака у кривичним поступцима код кривичног дела силовања из чл.103. Кривичног закона Републике Србије, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, Београд, 2000, 2, 151-171;
3. Обрадовић Д., Биолошко вештачење – значај, примена и перспектива у судским поступцима код нас, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, Београд, 2004., 3, 138-156;
4. Пољавић З., Правноетички проблеми примене ДНК отиска у поступку утврђивања порекла детета, Правни живот, 2004, 9, 895-916);
5. Државна заједница Србија и Црна Гора примљена је у пуноправно чланство Савета Европе 3. априла 2003. године као 45. чланица;
6. Европска Конвенција о заштити људских права и основних слобода усвојена 4. новембра 1950. године у Риму;
7. Закон о кривичном поступку ("Службени лист СФРЈ", број 4/77, 14/85, 74/87, 57/89 и 3/90 и "Службени лист СРЈ " број 27/92 и 24/94);
8. Законик о кривичном поступку "Службени лист СРЈ", број 70/01 од 28. фебруара 2001. године;
9. Уставна Повеља – Закон за спровођење Уставне Повеље државне заједнице Србије и Црне Горе "Службени лист Србије и Црне Горе" број 1/03 од 4.02.2003. године;
10. Закон о изменама и допунама Законика о кривичном поступку "Службени гласник РС", број 58/04 од 28. маја 2004. године;

11. Законик о кривичном поступку ("Службени гласник РС" бр.46/06) чија примена је започела само фрагментарно;
12. Миловановић З., Драшкић М., ДНК отисак – нов метод утврђивања биолошке индивидуалности особа, Правни живот, Београд, 1996, 45/9, 527-543;
13. Benjamin N.Cardozo, School of law, Yesiva University, Innocence Project, Improving Eyewitness identification procedures, www. innocenceproject. org;
14. National Institute of Justice, What Every law Enforcement Officer Should Know About DNA Evidence;
15. "Политика" 11. јуни 2006. године;
16. "Блиц" 20. јули 2006. године;
17. 140 Misc. 2d299, 532 N.Y.S. 2d 634 (Sup.Ct.1988);
18. "Курир", 16. новембар 2005, "Блиц" 18. март 2006, "Блиц" 6. јуни 2006. године;
19. Према званичним подацима ове установе закључно са 17.07.2006. године обављен је у одређеним периодима велики број ДНК вештачења и то: током 2004. године – у 92 случаја за потребе правосудних органа и полиције наше земље од чега су доминантна кривична дела убиства и силовања приближно по 50%, у 5 случајева извршена идентификација НН лешева а у преко 60 случајева рађено је утврђивање очинства. Током 2005. године обављено је укупно 155 ДНК вештачења и то 15 за потребе полиције и правосудних органа из РЦГ, и у по једном случају за потребе правосуђа у Федерацији БиХ и на захтев Румуније преко Интерпола – случај идентификације НН леша ради утврђивања да ли је покојник био држављанин Румуније. У свим осталим случајевима вештачења су обављена за потребе органа наше земље и то у 50% за кривична дела убиства и убиства у покушају, у 30% за кривична дела силовања, затим за кривична дела разбојништва, против безбедности јавног саобраћаја, у једном случају због кривичног дела изазивања опште опасности и у 5 случајева је рађено вештачење ради идентификације НН лешева. Исте године урађено је преко 60 вештачења ради утврђивања очинства. До 17.07.2006. године обављена су 123 вештачења и то: 50 због кривичног дела разбојништва, 25 због кривичног дела убиства у различитим облицима, у по 5 предмета због кривичних дела силовања и против безбедности јавног саобраћаја,

због кривичног дела крађе, изазивања опште опасности, фалсификовање службене исправе, опојне дроге, у 2 случаја рађено је вештачење претећих писама упућено појединим судијама. Осим тога вршена је у 15 случајева идентификација несталих лица – НН лешева и у преко 40 случајева утврђивање очинства.

Подаци из интерне базе података и у односу на "хладне поготке" су закључно са 17.7.2006. године.

20. Према званичним подацима ове установе до 24.07.2006. године до сада је код њих обављено ДНК вештачења по структури предмета и то: у 27 случајева за кривична дела убиства, у 26 случајева за кривична дела разбојништва, у 18 случајева за кривична дела против полних слобода, у 16 случајева за кривична дела тешке крађе, у 6 случајева за кривична дела против безбедности јавног саобраћаја, сва остала кривична дела у 7 случајева. У 16 случајева рађене су форензичке идентификације. Од ових случајева највећи део је рађен за потребе правосудних органа из наше земље, а у по једном случају за потребе правосудних органа из Републике Српске, Црне Горе и Републике Мађарске. Осим тога вршено је и утврђивање очинства и других спорних сродничких односа у 66 случајева.

Подаци из интерне базе података и у односу на "хладне поготке" су закључно са 24.7.2006. године.

21. Према званичним подацима ове установе од 28.07.2006. године.

22. Према званичним подацима ове установе до 20.07.2006. године до сада је код њих обављено у току 2003. године укупно 82 вештачења, у току 2004. године 69 вештачења, у току 2005. године 88 вештачења а до 20. јула 2006. године обављено је укупно 76 вештачења. У свим овим годинама у питању су углавном исте врсте кривичних дела – убиства и убиства у покушају, тешки случајеви разбојништва и разбојничке крађе, тешке крађе, стављање у промет опојних дрога, изазивање опште опасности, силовање, обљуба над немоћним лицем или над малолетним лице, кривична дела против безбедности јавног саобраћаја, остала кривична дела и одређени број идентификација НН лешева. Осим тога, вршено је и утврђивање спорног очинстава и до сада у целокупном периоду од 2003 до 20. јула 2006. године у укупно 526 случајева.

Лабораторија поседује интерну базу података, подаци који су дати у односу на "хладне поготке" су закључно са 20.07.2006. године.

23. После ексхумације посмртних остатака више од 830 косовских Албанаца у сукобима на Косову а ексхумираних у централној Србији током 2001 године и 2002 године у 18 наврата породицама су враћена тела 707 идентификованих особа. У последњој групи враћена су тела још 110 идентификованих особа. При томе је у процесу њихове идентификације коришћена база података са 80.000 узорака са подручја бивше Југославије – "Данас" 30. јун 2006. године.
24. Секција за судску медицину Српског лекарског друштва, Предлог стандарда ДНК анализа у вештачењу сродничких односа.

    Састанак одржан у Новом Саду у октобру 2005. године у присуству представника Института за судску медицину у Београду, Новом Саду, Крагујевцу, Војномедицинске академије и у присуству представника лабораторије БИА – Институт безбедности у Београду.
25. Interpol DNA Database Inquiru 2003.
26. Schneider M.P., Martin D.P., Criminal DNA databases: the European Situation, Forensic Science International, 119 (2001) 232.238.
27. Smith Alling Lane, Consultant services for Forensic DNA Technology, DNA technology and database development to benefit the international criminal justice commiunity.
28. Weedn W.V. and Hicks W.J. The Unrealized Potential of DNA Testing U.S. Department of Justice, National Institute of Justice, Research in Action, June 1998.
29. Drobnič K., Vpliv zbirke podatakov DNK na učinkovitost preiskovanja kaznivih dejanj, Varstvoslovje, 2001, ministarstvo za notranje zadeve RS, Visoka policisko – varnostna šola, let 3/št.3,141-148.
30. U.S. Department of Justice, Bureau of Justice Statistics Bulletin, Survey of DNA Crime laboratories, 2001, January 2002, NCJ 191191
31. California Department of Justice, Proposition 69 DNA Data Bank Program ,Report for First Quater 2006.
32. Golja J, Presentation of Slovenian DNK database, Ljubljana, novembar 2003. godine.

33. Dr.Ir.C.P. (Kees) van der Beek Mba European initiatives to exchange DNA profiles between countries, ENFSI, Finiland, June of 2006.
34. European Network of Forensic Science Institute
35. Council of the European Union,Prům Convertion, 10900/05. потписали 27. маја 2005. у месту Прум, у Немачкој од стране представника Аустрије, Немачке, Француске, Шпаније, Луксембурга, Белгије и Холандије. Споразум је створен за потписивање осталих земаља чланица ЕУ.
36. Council of the European Union, New ideas on Counter – Terorism from the July JNA Council: Next Steps 11910/05. Указује се на потребу постојања ДНК базе података и њихово коришћење за идентификацију трагова масовних несрећа у цунамију, на основу Интерполове базе ДНК трагова.
37. Чланови ове радне групе су: Драган Обрадовић, председник Окружног суда у Ваљеву, др Ђорђе Игњатовић, проф Правног факултета у Београду, др Оливер Стојковић, Институт за судску медицину у Београду, мр Марија Ђурић, БИА – Институт безбедности, Миодраг Вићентијевић, судија Врховног суда Србије, мр сц. мед. Ивица Милосављевић, начелник Института за судску медицину ВМА у Београду, Ненад Укропина, заменик Републичког јавног тужиоца, др Станка Ромац, Центар за примену и развој ПЦР Биолошког факултета у Београду, Владан Вукчевић, адвокат, Мирјана Павловић, из Министарства Правде Републике Србије.
38. Дана 18. априла одржан је састанак чланова радне групе са међународним консултантом Кристофером Аспленом на коме су разматрана међународна искуства и решења у погледу ДНК база података, представљен домаћи Нацрт Закона и расправљана сва спорна питања да бисмо закон ускладили са међународним стандардима из ове области.
39. Универзална декларација о правима човека, текст Декларације је објављен у ЈРКК, 1/1989, 3-8
40. Европски суд за људска права, Захтев бр. 53176/99, повеља чл. 8 и 13 ЕКЉП, Микулић Лорена Монтана: Хрватска, пресуда коначна 7.2.2002.године.
41. "Курир", 4. март 2006. године.
42. Подаци о дуговањима државе за несметан рад правосудних органа су опште позната ствар у којима је преко средстава јавног информисања

упозната и најшира јавност. На тај проблем указују и подаци које су нам доставили у припреми за овај рад и све лабораторије и то на два начина: кроз недовољно финансирање судова али и кроз недовољну директну помоћ лабораторијама.

43. Комисија за реформу паравосуђа је овластила током ове године исту радну групу, проширену за још два члана и то др Горан Илић, Институт за судску медицину у Нишу и Надежда Радевић, судија Врховног суда Србије да ради на изради Нацрта Закона о прикупљању биолошког материјала у судским поступцима (кривични, парнични, и ванпарнични) па је радна група започела рад на изради тог Закона.
44. Forensic magazine, Evolution of the quality assurance documents, 2005, vol.2 No.2,
45. Национална стратегија реформе правосуђа, "Службени гласник Републике Србије" бр.44/06.

ГРАЂАНСКО ПРАВО

Вида Петровић-Шкеро,
председник Врховног суда Србије

ПРИМЕНА ЗАКОНА О ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ

УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Прошло је више од годину дана како је ступио на снагу нови Закон о парничном поступку[1]. Извор парничног процесног права били су Уставна повеља Државне заједнице Србија и Црна Гора, Повеља о људским и мањинским правима и Устав Републике Србије. Извор су и ратификовани и објављени међународни инструменти који су саставни део унутрашњег права.

Нови Закон о парничном поступку представља само корак у реформисању нашег процесног права. Кључни циљеви које је требало остварити су да се омогући повећање ефикасности рада изналажењем за то оптималних мера; да се оствари поједностављење поступка где је могуће, при чему се за остварење ових циљева морало водити рачуна о капацитетима свих учесника у поступку. Извршене су промене у правцу имплементације механизма и стандарда за промоцију и заштиту права, у циљу хармонизације са постојећим стандардима, при чему је вођено рачуна о препорукама Комитета министара држава чланица Савета Европе.[2].

[1] "Службени гласник РС", број 125/04" од 22. 11. 2004. годиине.

[2] Препоруке Комитета министара чланица СЕ:

- Р (78) 8. О правној помоћи и савету, усвојена 1978. године,
- Р (81) 7. О мерама које омогућавају приступ суду, усвојена 1981. године,
- Р (84) 5. О начелима грађанског поступка за унапређивање остваривања правде, усвојена 1984. године,
- Р (86) 12. О мерама за спречавање и смањивање оптерећња судова, усвојена 1986. године,

Пракса ће показати да ли су остварени жељени циљеви, да грађани остварују једно од основних људских права, право на правично суђење. Регулисано је одредбом члана 6. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода којим је, између осталог, у ставу првом утврђено да "свако током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама има право на правичну и јавну расправу, у разумном року, пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона. Пресуда се изриче јавно, али се штампа и јавност могу искључити из целог или из дела суђења у интересу морала, јавног реда или националне безбедности у демократском друштву, када то захтевају интереси малолетника или заштита приватног живота странака, или у мери која је, по мишљењу суда нужно потребна у посебним околностима када би јавност могла да нашкоди интересима правде."

Европски суд за људска права, као стални суд, установљен је 1950. године и за наше грађане, постао је надлежан децембра 2003. године, по ратификовању Европске конвенције и протокола уз њу. Државе чланице Савета Европе, дужне су да својим законима регулишу могућност евентуалног преиспитивања и измена одлука домаћег суда, уколико Европски суд утврди да су била повређена основна људска права гарантована Европском конвенцијом о људским правима. Поштујући препоруку број Р (2000) 2, а да се националним прописом обезбеди могућност понављања поступка у правним стварима, где је Европски суд за људска права утврдио повреде права загарантованих Конвенцијом; Закон о парничном поступку је чланом 422. тачком 10. Закона о парничном поступку (у будућем тексту ЗПП) омогућио да се поступак који је одлуком националног суда правноснажно завршен може, по предлогу странке, поновити, ако је, Европски суд за људска права донео одлуку о истом или сличном правном односу, против СЦГ, сада Србије. Одредбом члана 424. ЗПП-а није ограничено време подношења предлога за понављање поступка због овог разлога. Овакав поступак смањиће број предмета пред Европским судом,

- Р (95) 5. О увођењу и унапређивању жалбених поступака у грађанским и привредним предметима, усвојена 1995. године,
- Р (98) 1. О породичној медијацији, усвојена 1998. године,
- Пред (2002) 10, О медијацији у грађанским стварима, усвојена 2002. године.

јер већ досадашња анализа структуре поднетих представки указује на постојање великог броја апликација о истом или сличном правном односу.

Врховни суд Србије прати примену ЗПП, од септембра 2005. године тако што континуирано врши контролу рада у погледу поштовања законских рокова и законитости рада у предметима пред општинским и окружним судовима Србије. Поред законске обавезе, потреба за праћењем примене ЗПП-а произилази и из низа притужби учесника у поступку и њихових пуномоћника због начина примене или непримењивања одредби новог Закона. Након годину дана примене закона уочава се смањен број предмета у првостепеним поступцима, пред општинским судовима, у целој Србији и то за око 5%. Ово је последица нешто мањег броја примљених предмета, али и нешто већег броја окончаних предмета у односу на раније године. Насупрот томе, дошло је до великог повећања броја предмета у грађанској материји у окружним судовима у другостепеној материји и то у просеку за око 30%.

Анализа овако повећаног броја предмета указује на две врсте разлога:

- с једне стране то је последица измене закона, посебно Закона о извршном поступку и Закона о породици, који су почели да се примењују у истом временском периоду.

- други разлог повећаног прилива представља директну последицу ефикаснијег завршавања предмета у првостепеним судовима, с тим што је у протеклом периоду био повећан број предмета у другостепеним судовима, по жалбама на решења којима се тужба одбацује.

Анализа добијених притужби на рад суда, те анализа судских одлука, указала је да је у примени закона потребно време да се прихвати промена у односу другачијег утемељења основних начела поступка. Очигледно је да је и за суд, и за адвокатуру, као стручних учесника у поступку, деценијско примењивање начела официјелности и принципа материјалне истине као приоритетних у односу на начело диспозиције странака, створило одређене проблеме, пре свега у свести, који се не могу разрешити у тако кратком року. Да су грађанско правни односи вољни, те да је диспозитивна природа грађанско правних односа увек била прихваћена нема дилеме. Међутим, проблеми у пракси настају у погледу диспозитивности у предузимању парничних радњи које припадају искључиво тужио-

цу и туженом. Осим изузетка предвиђеног чланом 7. ставом 3. ЗПП, где је суд овлашћен да утврди и чињенице које странке нису изнеле и изведе доказе које странке нису предложиле ако из резултата расправљања и доказивања произилази да странке располажу захтевима којима не могу располагати (члан 3. став 3) или када је то посебним прописима предвиђено, странке које нешто тврде морају сносити саме терет доказивања битних чињеница (члан 223. ЗПП). Садашњим законским решењем искључиво од диспозиције странки зависи да ли ће суд решавати спор, о чему ће одлучивати и која ће чињенична грађа бити прикупљена. Досадашња пракса судова и поступања адвокатуре, међутим, указују да законске промене које инсистирају на диспозицији странака у грађанској процедури нису адекватно примењене, те да судови и у првостепеном и у другостепеном поступку и даље често поступају примењујући начело официјелности, држећи се правила утврђења материјалне истине, што непотребно одуговлачи поступак. С друге стране овакво поступање судија доводи до кршења законом предвиђених права странака да имају право на закониту, једнаку и правичну заштиту својих права[3], што представља и основно уставно начело и садржину права из члана 6. Европске конвенције о људским правима. Мешањем суда у диспозицију странке, један од учесника у поступку доводи се у неравноправан положај, што је свакако кршење његових основних права. С друге стране, пуномоћници странака навикнути да је суд по службеној дужности утврђивао чињенице, прибављао доказе, сада имају примедбе када суд одбија да прикупља чињеничну грађу по службеној дужности. И поступање судова када се расправа спроводи, без обзира што одређени доказ није изведен, јер га странке у одређеном року нису доставиле[4], такође представља разлог за уобичајено притуживање, које с обзиром на принцип диспозиције није основано.

Притужбе указују да је начело диспозиције заживело као приоритетно и почело да се примењује на адекватан начин, али нити од суда, нити од адвокатуре у довољној мери. Доследнија примена одредби закона које конкретизују начело диспозиције, свакако ће довести до још ефикасније судске процедуре.

[3] Члан 2. ЗПП

[4] Члан 226. став 2. ЗПП

Анализа рада грађанских одељења[5]

I

Свеобухватном анализом одредаба новог ЗПП јасно произилази да се у парницама увек мора заказати рочиште. Незаказани предмети, могу представљати само изузетак, и то по правилу само када је суд донео решење о застајању са поступком, у коме је одредио и колико ће застајање трајати[6].

Резултати извршених прегледа предмета у писарницама веома се разликују од времена када су почели да се врше, па до јуна месеца 2006. године. Првобитни прегледи, указивали су да судије поступају као да нема промена у новом ЗПП-у. Велики број предмета налази се са различитих процесних разлога у судским евиденцијама. У веома малом броју предмета користило се овлашћење судија за доношење решења о застоју поступка, са садржином каква је предвиђена законом. Очигледно је да је протеком времена, сталним едукацијама судија, са бољим упознавањем закона и његовом квалитетнијом применом, дошло до промена у раду судова. Предмети у евиденцији без законских разлога, постају изузети. Поступањем судија у складу са ЗПП све више се остварује право на суђење у разумном року, које је као правни стандард спроведено кроз цео закон, да би се омогућило ефикасно суђење, што подразумева и суђење без одуговлачења и држања предмета у евиденцијама без посебних и потребних одлука суда.

II

Да би се остварио разумни рок, у ЗПП су конкретизовани различити рокови ради сузбијања злоупотребе процесних овлашћења, и онемогућавања продужења судских рокова. Закон изричито предвиђа да ће суд тужбу са прилозима доставити туженом на одговор у року до 30 дана од да-

[5] Дати закључци у овоме раду резултат су прегледа подручних судова у Новом Саду, Суботици, Нишу, Ваљеву, Зрењанину, Шапцу, Панчеву, Чачку, Новом Пазару, Крагујевцу, Сомбору, Краљеву, Београду, Смедереву, Прокупљу, Неготину, у временском периоду од септембра 2005. до јуна 2006. године.

[6] Члан 219. ЗПП

на пријема тужбе суду.[7] Тужени је дужан да у року до 30 дана од пријема тужбе са прилозима, поднесе суду одговор на тужбу.[8] Предвиђена је и да ако тужени није доставио одговор на тужбу а нема услова за доношење пресуде због пропуштања, суд заказује припремно рочиште, најкасније у року до 30 дана од дана истека рока за достављање одговора на тужбу.[9] Уведена је и обавеза другостепеног суда да врати списе првостепеном суду у року до 30 дана од дана доношења одлуке.[10] Након тога, првостепени суд је дужан да одмах по пријему решења другостепеног суда закаже рочиште за главну расправу у року до 30 дана од дана пријема решења другостепеног суда.[11]

По извршеном прегледу великог броја предмета у првостепеним судовима, може се констатовати да је у незнатном проценту дошло до прекорачења рока предвиђеног за давање тужбе на одговор туженог, као и поступања суда када одговор није достављен у року до 30 дана, те заказивања рочишта које је уследило најкасније у року до 30 дана од дана достављања одговора на тужбу, или када је истекао рок за достављање одговора на тужбу, а није било услова за доношење пресуде због пропуштања. У извршеном прегледу уписника окружних судова, такође је утврђено да се само незнатни број предмета експедује након доношења другостепене одлуке у року дужем од 30 дана, и у том малом проценту прекорачење нигде није било веће од седам дана. Уочено је да су судије једног броја првостепених судова, искључиво језичким тумачењем члана 384. став 1. ЗПП, након пријема решења другостепеног суда којим је укинута првостепена пресуда, само заказивали рочиште - доносилеи решења о одређивању рочишта за главну расправу у року до 30 дана. Тако заказано рочиште одржавано је у много дужим временским периодима од 30 дана, како је закон одредио. Прегледи су показали да се у појединим окрузима, рок предвиђен одредбом члана 484. став 1. ЗПП није поштовао у више од половине прегледаних предмета. Тако од 151. предмета у којима је укинута првостепена одлука, судије нису заказале уопште суђење у 82 предмета, тј. у више

[7] Члан 281. ЗПП.

[8] Члан 282. ЗПП.

[9] Члан 286. став 2 ЗПП.

[10] Члан 383. ЗПП.

[11] Члан 384. став 1 ЗПП.

од половине прегледаних списа. Овакав рад суда указује да још увек судије не поштују рокове који су преклузивни. Ово изискује потребу за већом контролом поштовања законских рокова од стране председника суда у смислу њихових законских овлашћења. По извршеним прегледима, председници судова су добили налоге у погледу предузимања мера ради поштовања рокова. Извештаји указују да се судство још увек није укључило у потпуности у доследну примену свих одредаба које указују на поштовање законом прописаних рокова.

III

Извршена контрола судских одлука - решења којима су тужбе одбачене у првостепеном поступку, указала је да је највећи број одбачаја био последица примене члана 103. став 6. ЗПП. Радило се о примени нове одредбе којом се предвиђа да ће се поднесак, који је уместо странке поднео адвокат и који је неразумљив и не садржи све што је потребно да би се по њему могло поступити, одмах одбацивати. У првих неколико месеци примене новога закона, првостепени судови су одбацили већи број тужби које су сачинили адвокати због неозначавања вредности предмета спора, коју тужба по закону мора да садржи[12]. Највећи број прегледаних одлука, указао је да су судови одбацивали тужбе и где вредност спора није била битна да се одреди ни надлежност суда, ни за састав већа које ће поступати у поступку, ни за утврђење права на ревизију. (Одбачене су тужбе за развод брака, због сметања државине или измене одлука о висини издржавања у којима није означена вредност спора. Другостепени судови су у оваквим ситуацијама санкционисали неправилну примену одредаба ЗПП и укидали донета решења).

У свим прегледаним судовима, уочен је и један број предмета где је првостепени суд одбацивао тужбе у којима адвокати нису предлагали ни један доказ, или су биле погрешно означене адресе туженог. Поштујући доследно начело диспозиције странака и члан 187. став 1. ЗПП који утврђује шта тужба мора да садржи, применом члана 103. став 6. ЗПП првостепени судови су тужбе одбацивали. Другостепени суд поступајући по жалбама адвоката, укидао је првостепена решења. Налагано је првостепеном суду да по службеној дужности прибавља адресе, или да наложи пу-

[12] Члан 127. ЗПП

номоћнику тужиоца, који је адвокат, да досстави потребне доказе. Очигледно је да у оваквим ситуацијама другостепени суд није поступао у складу са начелом да странке имају право на једнаку заштиту[13], те да су дужне да изнесу све чињенице на којима заснивају своје захтеве и да предложе доказе којима се утврђују те чињенице у складу члана 7. став 1. ЗПП. Овлашћење и обавеза суда је да одбаци тужбу, кад странке овако не поступају. Налозима једној страни у поступку како да води парницу, друга страна се доводи у неравноправни положај и с обзиром на законске одредбе она може имати сумњу у непристрасност суда.

Надаље, уочено је да су судови одбацивали тужбе састављене од пуномоћника адвоката, а које нису биле достављене у довољном броју примерака, или прилози нису достављени у довољном броју. У оваквим ситуацијама притужбе адвоката упућене председницима судова, биле су основане. Није се радило о неразумљивим поднесцима. Они су садржали све што је потребно да би се по њима могло поступати. Недостатак који се огледа у недовољном броју примерака поднесака или прилога могао се отклонити применом члана 103. става 5. ЗПП. Другостепени судови, када је постојала жалба, у оваквим случајевима правилно су укидали првостепена решења.

Очигледно је да ни адвокатура није била у потпуности припремљена за примену свих новина у закону, у року од три месеца, колики је био "vacatio legis"'. Још увек поред жалби, судовима стижу и притужбе поводом доношења решења којим се одбацује тужба потписана само од адвоката који није приложио пуномоћје. Законом је изричито предвиђено да је пуномоћник дужан да приликом предузимања прве радње у поступку поднесе пуномоћје.[14] Више није предвиђена могућност да пуномоћник накнадно достави пуномоћје.

IV

Нови закон је предвидео да се одлука о предлогу за издавање привремене мере у парницама због сметања државине и у парницама из радних односа мора донети у року до осам дана од дана предаје предлога.

[13] Члан 2. став 1. ЗПП

[14] Члан 92. став 1. ЗПП

Против ових решења није дозвољена посебна жалба.[15] Прегледи ове врсте предмета, током претходне године, показали су да првостепени судови нису поступали у законом прописаном року, у далеко највећем броју парница (преко 80% прегледаних предмета). У мањем броју предмета, судије су у року до осам дана, доносиле решења којим су утврђивали да ће о предлогу за издавање привремене мере одлучити уз главну ствар. Ово су образложили да су тиме испунили обавезу поштовања законског рока да се о предлогу одлучи у року од осам дана. Јасно је да су у потпуности биле основане притужбе странака које су приговарале да је суд само одложио доношење одлуке, а да о предлогу није одлучено. У највећем броју предмета у којима није поштован рок за доношење одлуке о предложеној привременој мери, разлог је био због налагања странкама да доставе одређене доказе, и потом у великом броју случајева и одлагања суђења на неодређено време. Оваквим поступањем суд је вршио прекорачење својих овлашћења, дајући конкретне налоге странкама да доставе одређене доказе, што је у супротности са диспозицијом странака да саме предложе или приложе доказе у вези својих тврдњи. Странке су довођене у неједнак положај, а суд није поступао у законом прописаном року. Мора се уочити да су прегледи који су вршени по протеку дужег времена примене закона, у овој години, показали да је у судовима све већи број предмета у којима се о предлозима за издавање привремене мере одлучује у законом прописаном року.

Имајући у виду специфичну природу поступка у парницама због сметања државине, законом је предвиђено да ће суд одлуку о захтеву донети у року до 90 дана.[16]

Законом је предвиђено да ће суд приликом одређивања рокова и рочишта по тужбама због сметања државине, обраћати нарочиту пажњу на потребу хитног решавања према природи сваког појединачног случаја. Упркос оваквој одредби члана 447. ЗПП, у већини слудова у којима је извршен преглед судије су поступале и у овим парницама примењујући члан 281. тако што су тужбу с прилозима достављали на одговоре туженом у року до 30 дана. Чекано је да тужени у року до 30 дана достави одговор на тужбу, што је онемогућавало да се у хитном поступку који се мо-

[15] Члан 449. ст. 2. и 3. и члан 436. ст. 2. и 3. ЗПП.

[16] Члан 448. став 2.

ра окончати у року до 90 дана одлучи о захтеву по тужби. Очигледно је да судови нису ценили одредбу члана 283. којим је предвиђено да суд може изузетно, ако то захтевају посебне околности појединог случаја, а посебно ако је то потребно ради одлучивања о предлогу за одређивање привремених мера одмах заказати рочиште и наредити да се примерак тужбе достави туженом. Повезивање одредби различитих глава закона, још увек представља проблем у пракси и за суд и за странке у поступку.

Прегледани предмети показују и да судије у овој специфичној врсти поступка у коме се расправљање о тужби ограничава само на претресање и доказивања чињеница последњег стања државине и насталог сметања, и да је искључено претресање о праву на државину, о правном основу, савесности или несавесности државине или о захтевима за накнаду штете[17], веома мало користе увиђај као доказно средство, већ се ослањају на доказе саслушања већег броја сведока, што непотребно одуговлачи трајање поступка.

V

Један од често употребљаваних доказа пред националним судовима је вештачење. Суд ће га извести кад је ради утврђивања или разрешења неке чињенице потребно стручно знање којим суд не располаже.[18] Извођење овог доказа претрпело је највеће промене у начину његовог одређивања с обзиром на промену односа начела. Члан 250. Закона, доследно спроводи прихваћено начело диспозиције странака. Овај доказ може се одредити само на предлог странака, са изузетком који је предвиђен у смислу одредбе члана 7. став 3. ЗПП, када суд из резултата расправљања и доказивања сматра да странке располажу захтевима са којима не могу располагати или када је то посебним прописима предвиђено. У свим осталим ситуацијама суд није овлашћен да по службеној дужности одређује извођење овога доказа. Ради поштовања начела процесне економије суд решење којим је одређено вештачење и чија је садржина тачно одређена законом доставља вештаку, заједно са позивом за рочиште за главну расправу, уз упозорење на последице недостављања налаза и мишљења у остављеном року и неоправданог изостанка са рочишта и права на награду и на-

[17] Члан 448 став 1 ЗПП

[18] Члан 249 ЗПП

кнаду трошкова.[19] Предмет се несме због одређивања овога доказа одлагати на неодређено време, а судија мора имати довољно одговорности да процени разуман рок за ново рочиште да би се стекли сулови да се оно и одржи.

Приликом извођења ове врсте доказа начело писмености постало је приоритетно, вешак је у обавези да свој писани налаз и мишљење доставља суду пре расправе.[20]

Преглед већег броја предмета у различитим судовима показује да судије у пракси наведене одредбе нису примењивале у проценту од 80 до 90% прегледаних предмета, и да су заказивана рочишта одмах уз доношење решења о вештачењу само у 10 до 20% прегледаних предмета. Очигледно је да судови нису прихватили још увек одговорност за одређивање разумног рока за давање налаза и мишљење вештака, те да нису повезали законске одредбе са начелима. Нема опасности да ће беспотребно доћи до одлагања рочишта са разлога што странке нису платиле трошкове вештачења или вештаци нису на време доставили налаз.

Уколико странке у остављеном року не уплате одређени износ за вештачење, рочиште је заказано, суђење ће се наставити. Суд нема овлашћења (осим у случају из члана 7. став 3. ЗПП) да понавља налоге за уплату трошкова вештачења. Имајући у виду да је вештачење и одређено као доказ који је странка предложила, уколико се не обезбеди његово извођење кривицом странке, суд ће пресудити имајући у виду правило терета доказивања. Не стоје приговори исказани од стране судија, да ће у оваквој ситуацији, што је раније било уобичајено, првостепена пресуда која је донета без изведеног овога доказа, са сигурношћу бити укинута. Ово није ни могуће по садашњим одредбама ЗПП којим је предвиђено да се уз жалбу могу предлагати и нови докази али само ако жалилац учини вероватним да их без своје кривице није могао изнети, односно предложити до закључења главне расправе. Уколико је било донето решење о извођењу доказа вештачењем, постоји законска претпоставка да је постојао предлог странке за извођење овога доказа, па је очигледно да до његовог извођења није дошло искључиво кривицом лица које је предложило извођење овог

[19] Члан 256. ЗПП

[20] Члан 257. став 1. ЗПП

доказа.[21] Поред тога, жалилац који није учинио вероватним да је из оправданих разлога пропустио да у првостепеном поступку положи износ потребан за подмирење трошкова поводом извођења предложеног доказа не може у жалби предложити да се тај доказ изведе[22]. Тумачењем наведених законских решења у различитим главама, доћи ће се и до испуњења циља законодавца, а да се грађанска процедура води као диспозиција странака, осим у законом прописаним изузецима, те да се строго води рачуна о роковима да би се постигао ефикасан поступак.

У случају да судски вештак у остављеном року не достави писани налаз и мишљење, суд ће имати потребно време да одреди другог вештака како је предвиђено чланом 258. став 1. ЗПП, уз ново решење с позивом за ново рочиште за главну расправу, зашта ће имати времена јер ће, уколико је суд правилно проценио разумни рок за израду писменог налаза и мишљења имати потребно време да истим решењем којим одређује ново рочиште и ново вештачење одложи раније заказано рочиште и на тај начин отклони непотребне трошкове који би могли да настану одржавањем рочишта поводом расправе у вези овог доказа.

Уколико вештак не буде поступао у смислу својих обавеза предвиђених чланом 256. и 258. ЗПП, суд треба да користи овлашћења из члана 245 ЗПП који се односи на кажњавање вештака. На захтев странке суд ће наложити вештаку и да накнади трошкове које је проузроковао својим неоправданим доласком или неоправданим одбијањем да врши вештачење.

Очигледно је да је потребно да судови ефикасније поступају у примени чланова 249. до 261. који се односи на доказ вештачења, с обзиром на уочену појаву непридржавања законских одредби.

Ради доследне примене начела савесног коришћења процесних овлашћења и начела забране злоупотребе процесних овлашћења[23] закон је поред Посебних одредби којима се санкционише поступање учесника у поступку или трећих лица[24], главом XV Закона предвидо санкције у погледу непоштовања процесне дисциплине, где је предвиђен и специфичан

[21] Члан 359. став 1. ЗПП

[22] Члан 359. став 4. ЗПП

[23] Члан 9. ЗПП

[24] Чл. 104, 247, 254. и члан 235. ЗПП

(пендентни) поступак, кад странка има овлашћење да истакне захтев за накнаду штете због злоупотребе процесних овлашћења[25].

Уочава се да судови не користе у довољној мери овлашћења која произилазе из свих одредби које санкционишу непоштовање процесне дисциплине нити одредбе предвиђене главном XV.

Конкретизација начела писмености и усмености довеле су до битних измена, које почињу да дају своје резултате у жељеним циљевима измене ЗПП. Обавезност писменог одговора на тужбу даје могућност доношења одлуке о захтеву, када нема спора о чињеницама већ само о праву без расправљања. Поред тога, на овај начин расправно начело добија другу димензију, а пропуштањем обавезног давања одговора на тужбу, уколико је постојала правилна поука о последицама пропуштања да тужени на тужбу одговори у одређеном року, води окончању поступка доношењем пресуде због пропуштања[26]. Оваква конкретизација наведених начела указује на ефикасније поступање суда.

Измена лимита који ограничава поступање судије појединца који суди спорове о имовинско правним захтевима ако вредност предмета спора не прелази 3.000.000,00 динара[27], довела је до поједностављења поступка у коме се далеко већи број парница суди у лакшој и бржој процедури, без судија поротника.

Измене Закона везане за институт искључења и изузећа у потпуности су обезбедиле правну заштиту у складу са Европском конвенцијом. Оно што је посебно битно и што је већ дало резултате у пракси, веома се смањила могућност честе злоупотребе раније постојећег института изузећа ради намерног одуговлачења поступка. Странка може да захтева искључење или изузеће само судије који поступа у одређеном предмету. Нова законска решења довела су до тога да се на Општој седници Врховног суда Србије дешава да нема ни једног предлога ове врсте, што је раније било незамисливо. Битно је смањење коришћења овог института и пред првостепеним и другостепеним судом.

[25] Члан 182. ЗПП

[26] Члан 282. став 2. и члан 338. ЗПП

[27] Члан 37. став 1. ЗПП

Промене у ЗПП које се односе на делегацију надлежности и на ординацију надлежности, показале су резултате тако што је дошло до смањења злоупотребе и одуговлачења поступка у пракси. Суд има овлашћења да одбаци предлог за делегацију када се понавља истоветан предлог, а против решења суда није дозвољена жалба.[28]

Одредбе које регулишу заступање странке у парници, свакако су довеле до веће одговорности пуномоћника адвоката. Законска промена која је одредила да у поступку по ванредним правним лековима странку може заступати искључиво адвокат, доводи до квалитативног побољшања поступака пред Врховним судом. Делотворну правну заштиту омогућиће и законске одредбе које регулишу да привремени заступник може да се одреди и постави само са списка адвоката који суду доставља Адвокатска комора[29]. По први пут закон даје могућност права на бесплатно заступање, које може бити само од адвоката, чиме је неукој странци под посебно предвиђеним условима обезбеђено право на правично суђење.

Увођење могућности достављања писмена преко правног лица регистрованог за обављање послова достављања, у земљи и иностранству[30], почело је да показује своје резултате. С обзиром на диспозицију странке у вођењу поступка, она има могућност да предложи и финансира да се на овакав начин обави достављање, што у многоме доприноси остварењу разумног рока.

Глава XIV ЗПП увела је нову процедуру у вези поступка за решавање спорног правног питања. Поступак претпоставља кумулативно постојање два услова: да пред првостепеним судом постоји већи број предмета и да се тражи заузимање става о спорном правном питању које је од прејудицијарног значаја за одлучивање о предмету. Резултати показују да овај институ представља у пракси добар начин за убрзање многих поступака, али ће тек у дужем периоду моћи да се да коначна оцена квалитета уведене новине.

Пракса је показала да су Врховном суду од стране првостепеног суда достављани и предмети који не испуњавају кумулативно оба услова,

[28] Члан 62. ЗПП

[29] Члан 79. ЗПП

[30] Члан 127. и 130. став 2. ЗПП

или нису достављени од легитимисаног подносиоца захтева. Ово је довело да се у великом проценту поступак завршио одбијањем захтева. Одлука је донета у више од десет спорних правних питања, што је резултирало потом много бржим окончањем великог броја парница пред првостепеним судовима.

Укидање раније постојећих одредби о мировању поступка такође је онемогућило ефикасније вођење поступка, а одредбе које регулишу прекид поступка, посебно у погледу смрти странке, разрешиле су раније постојеће правне дилеме у погледу тока поступка у оваквој ситуацији.

Овлашћење суда да прочита записник са исказом странке која је током поступка умрла, и кад поновно саслушање странке није могуће из других разлога[31], показало се као ефикасно средство за окончање старих предмета који због измене састава већа, пред којим су биле саслушане раније странке, нису могли да буду окончани.

Законска одредба којом је предвиђено да ће другостепени суд заказати расправу и одлучити о жалби и захтевима странака када је у истој парници првостепена пресуда већ једанпут била укинута по одредбама овог закона, а побијана пресуда се заснива на погрешно и непотпуно утврђеном чињеничном стању или су у поступку пред првостепеним судом учињене битне повреде одредаба парничног поступка[32] развила је доста дискусија, посебно пред другостепеним судовима, а веома је добро прихваћено од парничних странака.

Велике дилеме око начина примене наведене одредбе, очигледно су довеле до тога да је иако је, нови Закон већ више од годину дана на снази, одржано мање од десет расправа пред другостепеним судом. Имајући у виду да странка може на расправи износити чињенице и предлагати доказе у жалби само у смислу члана 359. ЗПП, то је очигледно да ће могућност извођења неких нових доказа бити веома сужена. Поред тога, имајући у виду диспозицију странака, те немогућност суда да осим у тачно законом предвиђеним условима сам по службеној дужности одређује извођење нових доказа указује да неће бити посебних проблема у погледу поштовања овакве законске норме.

[31] Члан 263. став 3. ЗПП

[32] Члан 369. став 3. ЗПП

Нови ванредни правни лек, жалба са алтернативним предлогом за ревизијско одлучивање (директна ревизија) у пракси је показао да нема великих присталица с обзиром да је Врховни суд одлучивао у мање од десет правних лекова ове врсте. Очигледно је да је потребно још времена да би се могла дати оцена у пракси овог правног лека.

Промене које су законом предвиђене у осталим правним лековима још увек не могу да се битно анализирају због релативно кратког временског периода и малог броја предмета који су размотрени у суду у режиму новога закона.

Може се констатовати да је јавни тужилац подигао само мали број захтева за заштиту законитости у оквиру овлашћења које закон прописује због битних повреда одредаба парничног поступка из члана 361. став 2. тачка 5. Закона, а који се односе на недозвољено располагање. С друге стране стигло је преко 100 захтева за заштиту законитости које је странка сама доставила суду пошто јавни тужилац није подигао захтев. У веома великом проценту дошло је до одбачаја ових захтева. Очигледно је да странке у њему нису указивале на једини законом дозвољени разлог који се односи на битну повреду, која произилази из недозвољеног располагања странака које су у супротности са принудним прописима, јавним поретком и правилима морала.

Поступак у парницама о споровима мале вредности донео је оживљавање примене ових одредаба с обзиром на повећан лимит који опредељује ову врсту поступака, али с друге стране и правне дилеме у погледу примене члана 476. који предвиђа да ће суд донети пресуду којом се усваја тужбени захтев (пресуда због изостанка) ако тужени не дође на рочиште за главну расправу. Судска пракса већ је донела одређене закључке у погледу начина тумачења ових одредби где је до проблема дошло због лоше језичке формулације која је довела у дилему све субјекте парничног односа.

Посредовање (медијација) као алтернативни начин решавања спорова, уведено је као начело и уз дату могућност да се примени током парничног поступка. Представља новину за коју је период од годину дана исувише кратак да би се дала реална оцена њеног учинка. Међутим, већ се може уочити да се странке упућују на посредовање и кад је то посебним законом о посредовању изричито предвиђено да није могуће, не поштује се предвиђени рок о застајању са поступком (30 дана). Противзаконито се продужава. Постоји опасност, ако се не врши адекватна контрола пошто-

вања законитости рокова и правилне примене ове алтернативе за време трајања парничног поступка, да посредовање може постати због злоупотреба разлог продужења трајања поступка.

ЗАКЉУЧАК

Досадашња пракса указује да постоје још увек проблеми око недовољне примене нових законских решења, те да највећи проблем очигледно представља прихватање као приоритетног начела диспозиције странака, и као основног начела парничног поступка, те могућности примене начела официјелности и истражности само у тачно законом предвиђеним ситуацијама. Након, вишедеценијског прихватања и примене у пракси начела тзв. материјалне истине као уобичајеног, на основу кога је суд утврђивао спорне чињенице, очигледно је потребно доста времена да се прихвати начело самоутврђивања истине, које резултира из начела диспозиције странака. Потребно је и време да се прихвати чињеница да у случају недоследне примене ових начела долази до кршења начела једнакости странака у поступку и њихове правичне заштите.

Релативно кратак рок у коме се закон примењује показује на сталну потребу усавршавању судског кадра, с друге стране потребу даљег реформисања закона да би се постигли у целости жељени циљеви. Очигледно је да је потребан и дужи временски период да би се дала и потпунија анализа стварних ефеката новога закона.

Др Славољуб Царић,
заступник пред Европским судом за људска права

УЛОГА ЗАСТУПНИКА ПРЕД ЕВРОПСКИМ СУДОМ ЗА ЉУДСКА ПРАВА

ОПШТИ ПОГЛЕД

Један од обавезних учесника у поступку пред Европским судом за људска права је, поред подносиоца представке (Апликант), и тужена држава (Респондент), коју пред Судом представља заступник или државни агент. Правни основ за његово учешће у поступку представља члан 35 Пословника Суда у коме се каже да уговорне стране заступају агенти (заступници) којима могу помагати адвокати и саветници.

Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода не садржи изричиту одредбу о заступнику, али из формулације појединих чланова Конвенције, јасно је да државе пред Судом заступају заступници тј. државни агенти. Тако на пример, члан 38 став 1, тачка а и б Конвенције предвиђа да Суд, ако индивидуалну представку прогласи прихватљивом, наставља испитивање предмета заједно са **представницима странака** и ставља се на располагање странама у спору да постигну пријатељско поравнање.

Функције које обавља заступник могле би се сумирати на следећи начин:

- остваривање контакта између Суда и државе чланице Конвенције, што подразумева да се предмети, као и сва преписка и изјаве у поступку остварују преко заступника;

- заступање државе пред Судом, што значи да заступник припрема и потписује сва писана запажања државе Респондента (observations) и презентује усмена запажања на једном од званичних језика Суда, без обзира да ли их заступник сам припрема или не (има држава чланица које анга-

жују велике адвокатске фирме из разних области права ради припреме поднесака за Суд, а заступник их само презентује или потписује);

- остваривање сарадње са надлежним органима у земљи (министарства, судови, полиција, затворске установе итд.) ради прикупљања елемената у циљу припреме одговора Суду;

- успостављање и одржавање сарадње са Секретаријатом Суда, на чији захтев доставља одређене информације, документа итд.

- одлучивање о мешању у поступак који се води пред Судом;

- преговарање о пријатељском поравнању;

- праћење спровођења пресуда Суда и достављање информација Комитету министара Савета Европе о мерама које је влада државе Респондента предузела у вези са спровођењем пресуда.

Поред наведених функција заступник учествује у раду Управног комитета за људска права (CDDH) и Комитету за унапређење процедуре пред судом (DH-PR), присуствује периодичним састанцима заступника које организује Савет Европе, ради на унапређивању свести о људским правима, а може имати и улогу у законодавном процесу.

Заступник Србије и Црне Горе

Положај заступника у правном систему Србије и Црне Горе регулисан је Уредбом о заступнику СЦГ пред Европским судом за људска права ("Службени лист СЦГ", бр. 7/2005). За регулисање правног положаја заступника путем уредбе најчешће се наводе следећи аргументи: 1) бивше чланице СФРЈ, са којима СЦГ има исто правно наслеђе, ову установу су уредиле путем уредби; 2) институција заступника СЦГ пред ECHR није регулисана Уставном повељом којом је чланом 19 предвиђено да Скупштина СЦГ доноси законе о институцијама које су предвиђене Уставном повељом, па сходно томе законско регулисање ове установе било би супротно Повељи; 3) државни заступник обавља једну квазидипломатску функцију која је смештена у оквире извршне власти, па сходно томе уређење ове институције потпада под надлежност извршних органа власти (Савет министара), који доносе уредбе; 4) уредба је правни акт који се доноси и мења по бржем поступку од закона, па је овакво решење флексибилније и више прилагођено потребама праксе, која може захтевати измену одредби у вези са правним положајем заступника итд.

Уредбом је предвиђено, као израз специфичности државне заједнице СЦГ, да заступник има заменика заступника, да обојицу бира Савет министара, на период од четири године са могућношћу поновног избора, те да они не могу бити из исте државе чланице и да по истеку две године од дана избора, заступник и заменик заступника замењују своје функције.

У вршењу своје функције заступник и заменик заступника овлашћени су да врше непосредан увид у списе управних и судских предмета без обзира на поверљивост списа и да на други начин прикупљају потребна обавештења, као и да утврђују чињенице у вези са поступцима пред домаћим органима који су од значаја за заступање Србије и Црне Горе у сваком поступку пред Судом.

Чланом 6 Уредбе прописана је дужност свих органа у СЦГ да заступнику достављају тражене информације и документе и пружају му сву потребну правну и административну помоћ. Нажалост, уредба не предвиђа никакве санкције за несарадњу са заступником, тако да се оне могу огледати у губитку спора за државу.

Заступник и заменик заступника могу да закључе поравнање са странкама које учествују у поступцима пред Судом уз претходну сагласност органа чији су акти довели до поступка пред Судом. Оваквом решењу заступник ће прибећи увек када је изгледан губитак спора, с обзиром на околности случаја, праксу Суда и одредбе Конвенције и домаћег права. Понекад је тешко установити који орган је довео до повреде Конвенције, нарочито у поступку пред судовима. Због тога ће у таквим случајевима Министарство правде држава чланица бити надлежни орган за давање сагласности за склапање поравнања.

Посебно важну улогу заступник има у процесу надзора над Конвенцијом. Његова улога не своди се једино на заступање интереса државе пред Судом, при чему такође треба да води рачуна о томе да се дође до правичног и законитог решења. Због тога је посебно значајна улога заступника у убеђивању државних органа о потреби закључења пријатељског поравнања.

Чланом 9 Уредбе о заступнику СЦГ пред Европским судом за људска права (Сл. лист СЦГ, бр. 21/2003) прописано је да заступник у случају да, поводом поступка пред Европским судом, утврди да домаћи пропис није у складу са Конвенцијом, има право да о томе обавести Савет

министара, односно надлежне органе држава чланица, и укаже на неопходност усклађивања прописа са Конвенцијом.

Међутим још важније је прописати да заступник има надзорна овлашћења у току самог законодавног процеса. Тако на пример, у Мађарској се сви релевантни прописи, нацрт нових законских аката шаљу Канцеларији заступника ради давања мишљења о њиховој усклађености са Конвенцијом. У Великој Британији се чак тражи да уз сваки закон буде приложена посебна званична изјава заступника о усклађености закона са Конвенцијом, што је у земљама чланицама ЕУ прописано као обавеза у вези са усклађеношћу закона са Комунитарним правом.

Заступник, такође, има задатак да прати пресуде Европског суда за људска права донете против других држава уговорница Конвенције. У случају да заступник утврди да у правном систему његове државе могу да се појаве проблеми слични проблемима који су изнети у некој од представки пред Судом, заступнику би требало дати, поред скретања пажње на неопходност усклађивања прописа са Конвенцијом, право законодавне иницијативе. Такво решење је у складу са препоруком Комитета министара СЕ Рец. (2004) 5 од 12. маја 2004. године државама уговорницама о потреби усклађивања нацрта закона, постојећих закона и праксе са стандардима које је поставила Конвенција и због тога је текст чланова 9 и 11 Уредбе о заступнику СЦГ пред Европским судом за људска права непотпун.

Поред ових функција заступник има и једну чисто превентивну функцију у циљу поштовања Конвенције, а она се своди на унапређивање свести о људским правима и дужности њиховог поштовања. Циљне групе за ову врсту промотивног рада су како државни органи, тако и шира јавност, а методи деловања заступника своде се на учешће на разним семинарима, конференцијама, предавањима и стручним састанцима, као и објављивање стручних публикација, али и публикација које би користиле и самим апликантима у погледу испуњености критеријума за прихватљивост представки и основних карактеристка поступка пред Судом.

Најзад, заступник има значајну улогу у процесу предузимања мера ради извршавања пресуда Суда. У ту сврху обавеза Канцеларије заступника је да објављује преведене пресуде Суда које се тичу државе коју они заступају пред Судом. Чланом 8 став 1 Уредбе о заступнику СЦГ пред Европским судом за људска права прописано је да се пресуде Европског суда за људска права у поступцима у којима је СЦГ једна од странака преводе и објављују у

"Службеном листу СЦГ". Међутим, треба имати у виду да је то тек почетни корак у процесу спровођења пресуде Суда. Истим чланом, став 2, прописано је да у случају да се пресудом утврди да је СЦГ прекршила Конвенцију заступник има дужност да се стара о извршавању те пресуде. То подразумева надзор над исплатом износа утврђеног пресудом или договореног поравнањем, као и надзор над применом општих или индивидуалних мера.

У вези са исплатом износа договореног поравнањем или назначеног у пресуди Европског суда за људска права Уредбом је предвиђено да исплату врши орган СЦГ чији су акти проузроковали кршење људских права тј. надлежни орган државе чланице утврђен прописима државе чланице. Државе чланице нису донеле прописе којим би био утврђен орган надлежан за исплату износа договореног поравнањем или назначеног у пресуди Европског суда за људска права, па то може представљати проблем у процесу спровођења одлуке Суда. Такође, у случају да је више органа учествовало у предузимању аката који су довели до повреде Конвенције, у пракси се може појавити проблем приликом исплате износа договореног поравнањем или назначеног у пресуди Европског суда за људска права, ако је тешко тачно утврдити орган чији су акти у конкретном случају довели до повреде.

Као пример ангажовања заступника у погледу спровођења општих мера навешћемо улогу заступника Мађарске у случају *Dallos против Мађарске.* У том случају подносилац представке осуђен је од стране првостепеног суда за проневеру. Међутим, по жалби виши суд променио је правну квалификацију кривичног дела за које је подносилац представке био првобитно оптужен и осудио га је за превару. Подносилац представке није био упознат са овом преквалификацијом дела за које је оптужен пре него што је суд донео своју пресуду у другом степену. Пошто је одлуком Врховног суда Мађарске потврђена ова одлука, подносилац се обратио Комисији тврдећи да је дошло до кршења члана 6 Конвенције, јер није био обавештен о оптужбама против њега и није му дато време да припреми своју одбрану за преквалификовано дело. Комисија је представку прогласила прихватљивом 1998. године. У марту 1999. године донета је пресуда у предмету *Pelisser и Sassi против Француске*, у којој је Суд јасно изнео став да је правна квалификација саставни део оптужнице о чему би окривљени имао право да буде обавештен. Позивајући се на ту пресуду мађарски заступник покренуо је измене и допуне Закона о кривичном поступку, којим би се омогућило да окривљени буде упознат са преквалифи-

кацијом дела пред вишим судом (прекида се расправа и позива се окривљени да се изјасни о преквалификованој оптужби), а у међувремену је и Комисија у свом извештају од септембра 1999. године констатовала кршење члана 6 Конвенције. Након тога, долази до ступања на снагу измена и допуна мађарског ЗКП, тако да када се подносилац представке обратио Суду, мађарска Влада је имала аргумент да је обнова поступка пред Врховним судом на основу измена ЗКП пружила правни лек за кршење права подносиоца захтева у другостепеном поступку. Сходно томе, Суд је прихватио Владин аргумент и утврдио је да није било кршења члана 6.

Из свега изнетог може се закључити да је улога заступника пред Европским судом за људска права веома комплексна и да захтева да држава остави заступнику већу слободу у заступању државних интереса пред Судом, али са друге стране да заступнику пружи неопходну помоћ у обављању његове функције, јер добра координација у раду свих државних органа који сарађују са заступником неопходан је услов за успех пред Судом.

Положај заступника би требало под хитно регулисати на другачији начин не само због изнетих неусклађености и празнина о којима је било речи до сада, него и због распада државне заједнице Србије и Црне Горе, до кога је дошло након одржаног референдума у Црној Гори, а у складу са чланом 60 Уставне повеље Србије и Црне Горе.

Сагледавање улоге заступника кроз статистичке податке о Суду

Из статистичког извештаја Европског суда за људска права у Стразбуру, садржаног у Прегледу активности Суда за 2005. годину[1], следи да је током 2005. године Суд донео укупно 28581 одлука (одн. 28580 одлука) и 1006 пресуда.

У односу на укупан број донетих одлука (28581, одн. 28580), у 728 (одн. 752) одлука представка је брисана са листе предмета, у 26852 (одн. 26860) одлука представка је проглашена неприхватљивом (што за последицу има одбацивање исте), док је у 1000 одлука представка проглашена

[1] Преглед активности Европског суда за људска права, објављен на web страници Савета Европе: http://www. echr. coe. int/NR/rdonlyres/4753F3E8-3AD0-42C5-B294-0F2A68507FC0/0/SurveyofActivities2005. pdf

прихватљивом (чиме су се стекли процесни услови да Суд приступи одлучивању у меритуму).

У односу на укупан број донетих пресуда (укупно 1106 пресуда), **у свега 48 пресуда је констатовано да нема повреде** одредаба Конвенције за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту: Конвенције), у 18 случајева је представка брисана са листе предмета, у 2 случаја подлеже ревизији, у 37 случајева је постигнуто пријатељско поравнање, док је у 993 пресуде Суд констатовао повреде одредаба Конвенције.

С обзиром на карактер извештаја садржаног у поменутом Прегледу активности Суда за 2005. годину, не постоји директна корелација између напред поменутог броја одлука Суда којима су поднете представке проглашене прихватљивим (1000 одлука) и броја донетих пресуда (укупно 1106 пресуда). Другим речима, означених 1106 пресуда се не односе нужно на поменутих 1000 случајева у којима је Суд представке прогласио прихватљивим (што је и логички немогуће), с обзиром да пресуде Суда могу да се односе и на случајеве у којима је Суд у неком ранијем периоду одлучивао о прихватљивости поднете представке. Међутим, и поред тога, дати нумерички прикази несумњиво указују, пре свега, **да се у великој већини случајева у којима се поднета представка прогласи прихватљивом**, а након чега Суд приступа одлучивању у форми пресуде, **констатује повреда одредаба Конвенције**. **Тако су, од 1106 случајева у којима је Суд донео пресуде у 2005. години, у 993 случаја констатоване повреде Конвенције**, при чему треба имати у виду и додатних **37 случајева у којима је постигнуто пријатељско поравнање**, а који за претпоставку имају да је према оцени саме заинтересоване државе и у овим случајевима почињена повреда Конвенције.

До сличног закључка се долази и анализом приказа одлука Суда по појединим државама које подлежу јурисдикцији Суда. Примера ради, током 2005. године, Суд је донео укупно 22 пресуде у односу на Аустрију, од којих је у 18 пресуда констатована повреда Конвенције, један случај је завршен пријатељским поравнањем, један се налази на ревизији, а само у 2 пресуде није констатована повреда Конвенције. Слично томе, од укупно 14 пресуда донетих у односу на Белгију, у 12 је констатована повреда Конвенције, у 1 случају је постигнуто пријатељско поравнање, док само у једном случају нису нађене повреде Конвенције. Такође, у односу на Бугарску је укупно донето 23 пресуде и у свих 23 пресуде је констатована повреда Кон-

венције, а слично је и у односу на Мађарску у свих 17 пресуда констатована повреда. Даље, у односу на Хрватску је од 26 пресуда укупно, у 24 пресуде констатована повреда Конвенције, у односу на Чешку Републику од укупно 32 пресуде је у 27 констатована повреда Конвенције, у односу на Словачку од 29 пресуда, повреда је констатована у 28 пресуда, у односу на Пољску од 49 пресуда, повреда је констатована у 44 пресуде, у односу на Грчку од укупно 105 пресуда у 100 је констатована повреда, у односу на Италију од 79 пресуда укупно, повреда је констатована у 67 пресуда (с тим да је у 7 случајева постигнуто пријатељско поравнање), у односу на Велику Британију од укупно 18 пресуда повреда је констатована у 15 пресуда, с тим да је у преостала 3 случаја постигнуто пријатељско поравнање, у односу на Швајцарску је донето свега 5 пресуда, с тим да је у свих 5 случајева констатована повреда Конвенције, у односу на Шпанију од 6 пресуда у 5 је констатована повреда, у односу на Словенију је донета 1 пресуда и том једном пресудом констатована повреда Конвенције, и сличан однос између укупног броја пресуда и броја пресуда којима су констатоване повреде Конвенције важи и за друге државе под јурисдикцијом Суда.

У погледу државне заједнице Србије и Црне Горе, до сада није донета ниједна пресуда Суда. Међутим, против Србије и Црне Горе поднета је у 2003. години 101 представка, у 2004. години 615 представки, те у 2005. години поднето је 629 представки, дакле укупно до сада поднето је **1345 представки**. Од укупног броја поднетих представки, у **384 случаја** је Суд представке прогласио **неприхватљивим** и то током 2005. године, док је Влади Србије и Црне Горе достављена током 2004. године свега 1 представка на изјашњење и током 2005. године 5 представки. Током ове 2006. године Влади СЦГ достављено је још 13 представки на изјашњење. Суд је на основу члана 37 Конвенције (одсуство намере подносиоца представке да учествује у даљем поступку), од наведених предмета, скинуо са листе случајева једну представку (*Дурлић против СЦГ*), тако да тренутно има 18 предмета у раду.

Имајући у виду број укупно поднетих представки до сада (1345 представки), те број представки које су одлуком Суда проглашене неприхватљивим (384), као и број преосталих представки о којима Суд до сада није одлучивао (961), то се током ове 2006. године може основано очекивати сталан и рапидан пораст предмета у којима ће Суд тражити изјашњење Заступника СЦГ о евентуалним повредама Конвенције.

Поред тога, приметан је и константан пораст броја представки Суду. Током 2000. године Суду је поднето укупно 30069 представки, док је према подацима за 2005. годину Суду поднето 41510 представки. Тренд раста представки Суду карактерише и поједине земље из окружења Србије и Црне Горе. На пример, против Босне и Херцеговине је током 2003. године поднето 94 представке, док је током 2005. године поднето 212 представки, што је више него двоструко већи број. Против Бугарске је са 700 поднетих представки у 2003. години, овај број нарастао на 927 представки у 2005. години, у Чешкој Републици се са 941 представке у 2003. години, број поднетих представки повећао на 1369 представки у 2005. години, итд.

У погледу врсте наводних повреда Конвенције, приметно је и да се у великом броју представки истиче наводна повреда члана 6 Конвенције усмерена на дужину трајања судског поступка, као и немогућност извшења обавезујућих судских одлука. Описана повреда се као наводна повреда Конвенције истиче и у представкама поднетим против Србије и Црне Горе (у осам случајева од једанаест предмета у раду), а у појединим случајевима у којима се ова повреда тиче немогућности извршења правноснажних одлука суда, које за подлогу имају какву новчану вредност, ова повреда се доводи у везу и са одредбом члана 1 Протокола 1 Конвенције, те се као даља повреда истиче и повреда права на неометано уживање имовине.

Предмети у којима поступа Заступник СЦГ

Већина предмета у којима поступа Канцеларија заступника односи се се на наводну повреду члана 6 став 1 Конвенције и то пре свега на дужину трајања поступка пред домаћим судовима. Ова повреда се доводи у везу са повредом члана 1 Протокола 1 уз Конвенцију (право на мирно уживање имовине) или са чланом 8 Конвенције (право на поштовање приватног и породичног живота), а понекад се у вези са дужином трајања поступка истиче и повреда члана 13 (право на делотворни правни лек) или члана 14 (забрана дискриминације). У једном случају истакнута је само повреда члана 6 став 2 Конвенције (претпоставка невиности), док се у два предмета ради о наводној повреди члана 5 Конвенције (одредбе 5 став 1ц и ставови 3, 4 и 5), односно члана 3 (забрана мучења, нечовечног или понижавајућег поступања). У овом последњем случају истиче се и повреда члана 8 Конвенције. Најзад, у једном предмету је истакнута наводна повреда члана 10 Конвенције (слобода изражавања).

Три предмета од укупно 18, колико се тренутно налази у раду, у различитим фазама поступка, су предмети везани за Црну Гору, док су остали предмети везани за органе у Републици Србији.

У оквиру питања дужине трајања поступка највећи број предмета (7) односи се на "заробљену" девизну штедњу. У некима од њих су у питању државне банке, а у два случаја се ради о "Дафимент банци". Сваки од наведених случајева је специфичан за себе, али у највећем броју ових предмета ради се о судским одлукама и законским актима из периода пре ступања на снагу Конвенције у односу на СЦГ, тако да се може истаћи приговор ratione temporis, а известан број ових представки поднет је пре датума када је СЦГ ратификовала Конвенцију, тако да се у таквим предметима може истицати и приговор ratione temporie. Наравно, да све ово важи за случај да Суд не сматра да се ради о континуираној ситуацији. У неким од ових предмета чак нису вођени ни судски поступци, па се може истаћи и приговор неисцрпљивања домаћих правних лекова, али у некима од њих ова повреда везана је за наводну повреду члана 13 Конвенције, тако да то компликује ситуацију. Што се тиче подносилаца представки у овим предметима се ради и о држављанима Србије тј. Црне Горе и о држављанима бивших југословенских република, а у једном случају је у питању странац из једне земље ЕУ. Овај моменат је од значаја, јер је правна ситуација и регулисање различито у зависности од њиховог држављанства тј. пребивалишта. У меритуму, у овим случајевима, главни аргумент државе се односи на примену начела пропорционалности и контроли имовине од стране државе, а не на њено одузимање, што је Суд прихватио као ваљан аргумент у једном сличном предмету (Трајковски против БЈР Македоније).

Два предмета везана за члан 6 став 1 Конвенције су предмети из породичних односа (признање очинства и приступ и одржавање контакта са дететом). Ови предмети одликују се тиме што их Суд узима у рад по хитном поступку, а туженој држави оставља краћи рок за изјашњење у односу на друге предмете. У њима се готово редовно повреда члана 6 став 1 Конвенције доводи у везу са чланом 8 Конвенције. Поред тога, у овим предметима могуће је обраћање Суду и када нису исцрпљена сва правна средства предвиђена домаћим правом, па се ови случајеви доводе у везу и са наводном повредом члана 13 Конвенције. Наиме, у конкретним предметима поступци пред судовима трају од 1999. године. У првом случају пресуде Четвртог општинског суда у Београду укидао је у два наврата

Окружни суд у Београду, с обзиром да је првостепени суд утврђивао очинство без обављања ДНК анализе којој тужени није желео да се подвргне. У другом случају исти суд до данас још није донео првостепену пресуду због непознате адресе туженог. Нажалост по нашу државу, очигледан пример како Суд третира такве случајеве је пресуда донета у случају *Микулић против Хрватске,* у којој је Суд обавезао Републику Хрватску да плати износ од 7.000 евра на име правичне накнаде подносиоцу представке, што је за утеху много мање од износа који су захтевали подносиоци представке у једном од ова два предмета (100.000 евра).

Да подносиоци представке често приликом обраћања Суду имају у глави милионске износе, а не само жељу да се испоштују наводно повређена људска права, сведочи и један од два предмета пред Судом против СЦГ који се тичу неизвршавања правноснажне пресуде од стране Трговинског суда у Лесковцу. Подносилац у том предмету немогућност наплате дуга утврђеног правноснажном пресудом у периоду дугом десет година жели компензирати досуђивањем накнаде од 300.000 евра, образлажући то патњом која је проузрокована немогућношћу да се ожени и заснује породицу.

Наведени предмети указују и на то да се дужина трајања поступка цени не само у поступку доношења пресуде, него и кроз поступак њеног извршавања (то могу бити и арбитражне пресуде, што је такође један од случајева пред Судом против СЦГ). Европски суд стоји на становишту, које је изражено кроз више пресуда (на пример *Хорват против Хрватске* или *Цветић против Хрватске*), да је "држава уговорница у обавези да организује свој правни систем на такав начин да спречи опструкцију у извршавању правоснажних пресуда судова". Сходно томе, државе које нису испуниле ову обавезу суочене су са губљењем случајева пред Судом због неспровођења правоснажних судских пресуда.

Многе државе суочене са тим проблемима предузимале су конкретне акције у циљу њиховог превазилажења. На пример, у Италији у којој је то био учестао проблем донет је посебан закон (тзв. *Пинто закон*) у циљу убрзања поступака пред надлежним домаћим органима, док је у Пољској након *случаја Кудла* такође посебним законом предвиђено да виши судови могу наредити нижим судовима да убрзају поступке, а такође да могу досудити накнаду због дугог трајања поступка чија висина може изнети и 2.250 еура.

У Републици Хрватској овим проблемом озбиљније су се позабавили након губитка парнице у предмету *Хорват против Хрватске* пред

Судом. Наиме, у том случају Суд није прихватио аргументе хрватске владе да нису исцрпљена сва правна средства предвиђена правом Хрватске, јер се апликант није обратио Уставном суду Хрватске. Напротив, Суд је сматрао да механизам пред Уставним судом Хрватске апликанту није био доступан као право, већ је зависио од дискреционе оцене самог суда. Поред тога, тај механизам, по оцени Суда, није био ни делотворан, јер хрватска влада није изнела ниједан пример из судске праксе тога суда у коме би се сагледала успешност обраћања овој судској инстанци.

Током марта 2002. године чланом 63 Закона о изменама и допунама Уставног закона о Уставном суду Републике Хрватске извршене су измене тако што је Уставном суду Хрватске дато право да размотри уставну жалбу пре него што су исцрпљени унутрашњи правни лекови, када надлежни суд није одлучио у разумном року у грађанској и кривичној ствари. У случају да Уставни суд усвоји жалбу има право да одреди временски лимит у коме је нижи суд у обавези да донесе одлуку у меритуму, а такође може одредити одговарајућу накнаду због дугог трајања поступка, која се у року од три месеца од када је странка поднела захтев за плаћање ове накнаде, исплаћује из буџетских средстава.

Већ у наредном случају (*Славичек против Хрватске)* Суд је констатовао да обраћање Уставном суду Републике Хрватске представља делотворно правно средство, па пошто апликант није користио ово правно средство, Суд је нашао да његова представка није прихватљива, јер нису исцрпљена сва правна средства предвиђена домаћим правом.

Са друге стране, механизам пред Уставним судом Републике Хрватске односи се само на случајеве који су у току, тако да у оним предметима који су били завршени пре ступања на снагу наведених измена, приговор хрватске владе о неисцрпљивању правних средстава домаћег права Суд није прихватио (*Шоћ против Хрватске*).

Иначе, критеријуми које Суд узима приликом процене дужине трајања судских поступака су сложеност предмета, понашање подносиоца представке и надлежних власти, те важност захтева у спору.

Поред дугог трајања судских поступака у којима је заступник већ унапред суочен са губитком спора, тренутно су у раду и предмети у којима се *prima facie* ради о повреди Конвенције. То се односи на случај у коме затворска пошта носи печат затворске управе, што указује на то да је

прегледана од стране затворских власти, а што представља повреду члана 8 Конвенције; на случај када је Окружни суд у Новом Саду у решењу којим се продужава притвор навео уместо "основано сумњив да је извршио кривично дело" само "извршио кривично дело", што се своди на повреду претпоставке невиности, као и на случај када Врховни суд Србије није одлучио о жалби браниоца окривљеног на решење о притвору у року од 48 сати, како је прописано чланом 143 став 6 ЗКП, већ у року од 5 дана, што се своди на повреду члана 5 став 4 Конвенције.

У јединoм случају који се тиче повреде слободе изражавања, чини се да српски судови олако налазе да су нечији част и углед повређени, па доносе осуђујуће пресуде за клевету, што се истиче као повреда члана 10 Конвенције. Заступник ће у таквим случајевима, а нарочито, као у конкретном предмету, ако се ради о части и угледу неког политичара, који би према јуриспруденцији Суда требало да има већи степен толеранције на критику од осталих људи, бити суочен са нерешивим проблемом да увери Суд да је једна таква осуда била "неопходна у демократском друштву", "служила легитимном циљу" и "била прописана законом", што су кумулативни услови за одступање од слободе загарантоване чланом 10 Конвенције.

ЗАКЉУЧАК

На основу свега овога могу се извести неки закључци. Најпре, положај самог заступника би требало регулисати на другачији начин у вези са низом питања (склапање пријатељског поравнања, извршавање пресуда, учешће у законодавном процесу, поступање у предметима у односу на Црну Гору, након њеног издвајања из државне заједнице итд.). Даље, Канцеларију заступника би требало кадровски и материјално ојачати, како би се одговорило захтеву великог прилива предмета. Најзад, потребно је повећати ефикасност правосуђа, нарочито по питању суђења у разумном року и извршавања правоснажних пресуда, а исто тако наставити са даљим усклађивањем домаћег законодавства са Конвенцијом и праксом Суда. Све то указује на потребу континуиране едукације свих учесника у поступцима пред надлежним органима у Републици Србији.

Проф. др Гордана Станковић,
Правни факултет - Ниш

НАЧЕЛО ДИСПОЗИЦИЈЕ И НЕДОЗВОЉЕНЕ РАДЊЕ РАСПОЛАГАЊА У ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ*

1. Закон о парничном поступку Републике Србије (2004)[1] реафирмисао је начело диспозиције, као једно од основних начела парничног поступка, на коме је редовно конструисан овај метод правне заштите. Суштина начела диспозиције, као што је познато, је у томе што парнични поступак покреће само субјект чија су права повређена или угрожена, што га нико не може ни приморати ни спречити да затражи од суда заштиту својих грађанских субјективних права, што суд предузима парничне радње тек кад је покренут парнични поступак, што садржина судских парничних радњи зависи од садржине страначких захтева који су истакнути у парници, што суд не може одбити да одлучује о захтеву за који је надлежан, што суд не може досудити нешто више или нешто друго од онога што је странка захтевала,[2] што одржавање поступка у току и његово окончање зависи од воље парничних странака. Ово начело, које се испољава поводом покретања поступка[3] одржавања поступка у току, располагања предметом парнице и располагања процесним материјалом, у новом ЗПП,

* Овај рад представља резултат истраживања на пројекту "*Приступ првосуђу - инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије*", бр. 149043Д, који финансира Министарство науке и заштите животне средине Републике Србије.

[1] Сл. гласник РС, 125/04.

[2] Од овог основног правила постоји изузетак само у алиментационим парницама и парницама за заштиту од насиља у породици у којима суд није везан за истакнути захтев за пресуду те може досудити и нешто више или нешто друго од онога што је странка захтевала.

[3] Поменуто правило важи и у првостепеном и у другостепеном поступку.

суштински је реформисано у појединим сегментима процесног режима и конкретизовано на нов начин.[4]

Пре свега, у новом ЗПП постоје одређене новине које се тичу покретања поступка и истицања нових захтева за пресуду у току парнице. Одредбом чл. 189. ЗПП предвиђен је захтев за утврђење у току парнице (инцидентни захтев за утврђење или међупредлог за утврђење),[5] као парнична радња која садржи нови захтев за пресуду и која се јасно разликује и од тужбе за утврђење и од преиначења тужбе. У погледу осталих страначких парничних радњи које садрже нове захтеве за пресуду, у ЗПП нема нових законских решења – противтужба и приговор противтражбине ради пребијања нису претрпели промене у погледу начина на који су и раније били нормативно уобличени. У закону је посебно наглашено да се приговор противтражбине ради пребијања, као парнична радња која садржи нови захтев за пресуду који истиче тужени, може предузети само у првостепеном поступку. Кад је у питању преиначење тужбе, једини законодавни захват односи се на допуштеност преиначења. Суд може дозволити преиначење тужбе упркос противљењу туженог ако сматра да је оно целисходно за коначно решење спора међу странкама и ако оцени да поступак по преиначеној тужби неће знатно продужити трајање парнице. Овакво законодавно решење представља конкретизацију права на суђење у разумном року, које је у новом ЗПП добило место и ранг основног процесног принципа.[6]

Конкретизацију начела диспозиције представља и ново законско решење које је садржано у одредби чл. 190. ЗПП, која се односи на тужбу са више тужбених захтева. Овом законском одредбом, која је у складу са

---

[4] Детаљно о томе: Станковић, Г. - Закон о парничном поступку, Јустинијан, Београд, 2004, стр. 13, Станковић, Г. - Рајовић, В. - Закони о парничном и извршном поступку, Сл. лист СЦГ, Београд, 2005, стр. 25, Станковић, Г. - Петрушић, Н. - Новине у грађанском процесном праву, Удружење за грађанско процесно и арбитражно право, Ниш, 2005, стр. 17.

[5] Детаљно о томе: Станковић, Г. - Грађанско процесно право, Јустинијан, Београд, 2004, стр. 363, Станковић, Г. - Закон о парничном поступку, Јустинијан, Београд, 2004, стр. 13, Станковић, Г. - Рајовић, В. - Закони о парничном и извршном поступку, Сл. лист СЦГ, Београд, 2005, стр. 26, Станковић, Г. - Петрушић, Н. - Новине у грађанском процесном праву, Удружење за грађанско процесно и арбитражно право, Ниш, 2005, стр. 45.

[6] Чл. 10. ст. 1. ЗПП.

одредбама ЗОО, изричито је предвиђена могућност истицања супсидијарног тужбеног захтева. Тужилац има могућност да истакне помоћни (супсидијарни) тужбени захтев и да тражи да му се, уместо дуговане неновчане чинидбе, плати одређени новчани износ или испуни нека друга неновчана чинидба. У том случају суд није дужан да испитује да ли новчани износ који је тужилац вољан да прими уместо дуговане неновчане чинидбе одговара вредности неновчане чинидбе чије се испуњење захтева у тужбеном захтеву.

У погледу одржавања поступка у току (осим што је укинут институт мировања поступка[7]) и располагања предметом парнице, у новом ЗПП нема никаквих промена у погледу процесног режима у односу на ранија процесна решења.

Као што од воље странке зависи да ли ће поступак бити покренут, од њене воље зависи и да ли ће се парница водити до краја и окончати судском одлуком којом се мериторно решава спор који је био предмет парнице. Исто тако, од воље странке зависи да ли ће се поступак окончати одлуком првостепеног суда или ће бити покренут инстанциони поступак ради контроле законитости првостепене одлуке или, евентуално, и поступак по ванредним правним лековима. Странке могу својом вољом утицати на ток поступка тако што могу да располажу захтевом стављеним у току парнице. Тужилац може да повуче тужбу, тужени може да повуче противтужбу, тужени може да повуче приговор против платног налога, жалилац може да повуче изјављени редовни или ванредни правни лек.

Тужилац и даље може да преиначи тужбу и да се одрекне тужбеног захтева, а тужени може да призна тужбени захтев. Исто тако, парничари могу да закључе судско поравнање и да мирним путем реше спор и отклоне даље вођење парнице. Тужилац може да диспонира правом на правну заштиту и да повуче тужбу.

Међутим, у ЗПП постоје одређене промене у погледу конкретизације начела диспозиције у погледу располагања процесним материјалом. Начело диспозиције је доминантно у односу на начело официјелности и

[7] Пошто ЗПП (2004) не познаје више мировање поступка, странке не могу више диспонирати током парнице на тај начин што ће се споразумети да поступак мирује или својим процесним понашањем створити услове за статирање поступка.

оно је у погледу располагања процесним материјалом посебно наглашено јер је предвиђено да свака странка слободно располаже процесним материјалом - да износи чињенице на којима заснива своје захтеве и да нуди суду доказе којима се утврђују те чињенице (чл. 7. ст. 1. ЗПП). Од воље странке зависи који ће процесни материјал изнети пред суд, кад ће то учинити и како ће то учинити, с тим што је у новом закону право на изношење нових чињеница и доказа углавном ограничено на првостепени поступак. Осим тога, тужени посебно може да располаже процесним материјалом на тај начин што неће у одговору на тужбу оспорити чињенице на којима тужилац заснива свој тужбени захтев и тако створити услове да се донесе пресуда без усмене расправе одн. пресуда на основу неспорног стања ствари.[8]

Као и ранији процесни закон, и нови ЗПП познаје извесна одступања од начела диспозиције. Ограничење начела диспозиције је последица идеје да решавање спорова у парници представља функционисање правосуђа као јавне службе и да је оно инструмент за одбрану и одржавање пројектованог нормативног правног поретка. Због тога је и у ЗПП одступљено од начела диспозиције, као и у претходном процесном режиму, из општих интереса, постављањем граница слободи располагања, ограниченом применом начела официјелности ради заштите права и интереса одређеног круга лица или ради сузбијања евентуалне злоупотребе процесних овлашћења, ограничењем диспозитивних овлашћења у неким посебним парничним поступцима,[9] ограниченом применом истражног начела, овлашћењем да инстанциони суд истражује постојање одређених повреда и мимо предлога жалиоца.

2. У току досадашње примене новог ЗПП, настале су одређене дилеме у пракси у погледу одредбе чл. 3. ст. 3. ЗПП, којом су постављене границе слободи располагања странака у поступку. Дилеме у погледу недопуштених диспозиција странака у парници нису у потпуности нове јер су постојале и у време важења претходног процесног закона.

---

[8] Детаљно о томе: Станковић, Г. - Пресуда без одржавања расправе, Билтен судске праксе, Врховни суд Србије, 3/05, стр. 277.

[9] Видети одредбе о посебним поступцима за решавање спорова из породичних односа у Породичном закону, Сл. гласник РС, 18/05.

Питање о недопуштеним радњама располагања у парници посебно је значајно с обзиром на законска решења која су и раније постојала у нашем процесном режиму у погледу доношења тзв. диспозитивних пресуда (пресуде на основу одрицања[10] и пресуде на основу признања[11]), као и с обзиром на нова законска решења која се тичу доношења пресуде због пропуштања,[12] пресуде без одржавања усмене расправе,[13] доношења одлуке у поступку у парницама о споровима мале вредности,[14] побијања судског поравнања[15] и у погледу права на изјављивање захтева за заштиту законитости.[16] Повреда одредбе чл. 3. ст. 3. ЗПП, с једне стране представља разлог због кога суд неће дозволити да поједине страначке парничне радње изазову дејство у парници и створе услове за мериторно одлучивање, а с друге стране, ова повреда представља једини и ексклузивни разлог за изјављивање захтева за заштиту законитости.

Из тог разлога постоји потреба да се размотри питање недозвољених диспозиција странака у парничном поступку према одредбама ЗПП и начин на који суд врши њихову контролу.

3. Све парничне радње које странке предузимају у парници резултат су страначке диспозиције јер од воље странке зависи да ли ће поједину парничну радњу предузети или пропустити. Суштина начела диспозиције испољава се и у томе што од воље странке зависи да ли ће суд решавати њен спор и о чему ће суд у поступку одлучивати.[17] Странка слободно одлучује како, колико и докле ће штитити своје грађанско субјективно право. Начело диспозиције, као што је већ речено, испољава се поводом

[10] Видети одредбу чл. 337. ст. 3. ЗПП.

[11] Видети одредбу чл. 336. ст. 2. ЗПП.

[12] Видети одредбу чл. 338. ст. 2. ЗПП.

[13] Видети одредбу чл. 276. ст. 2. ЗПП.

[14] Видети одредбу чл. 476. ст. 3. ЗПП.

[15] Видети одредбу чл. 325. ЗПП.

[16] Видети одредбу чл. 417. ЗПП.

[17] "Суд не може решавати ван граница тужбеног захтева па повериоцу не може досудити ревалоризовани износ главног дуга ако такав захтев није постављен", Одлука Вишег привредног суда, Пж. 792/90, наведена код: Радованов, А. - Парнични поступак, Intermex, Београд, 2006, стр. 23.

покретања поступка, одржавања поступка у току, располагања предметом парнице и располагања процесним материјалом.

Суштина начела диспозиције манифестује се, пре свега, у погледу предузимања парничних радњи. Странке имају пуну слободу у предузимању парничних радњи јер имају потпуну слободу у вршењу својих права, и грађанских материјалних и процесних. Диспозиција у предузимању парничних радњи припада и тужиоцу и туженом јер је то последица принципа једнакости странака у поступку у погледу њихових процесних овлашћења. Странка није дужна да предузима парничне радње, нити може да буде приморана да их предузима. Странка је потпуно слободна да одлучи да ли ће радњу предузети или неће, коју ће радњу предузети и каква ће бити садржина њене радње, с тим што мора једино да води рачуна само о томе да њено процесно понашање буде у складу са правилима процедуре - да поштује процесни режим који је законом прописан у погледу садржине и форме конкретне парничне радње. Предузимање парничних радњи је процесни терет који странка треба да поднесе уколико жели да успе у парници и исходи решавање спора, који је био повод парници. Уколико странка буде неделатна и пропушта да предузима парничне радње које јој стоје на располагању, она се излаже ризику да не успе у заштити својих грађанских субјективних права.

4. У парничном поступку странке штите своја права (стварна или хипотетичка) која потичу из грађанскоправних односа. Грађанскоправни односи су вољни односи. Диспозитивна природа самог грађанскоправног односа омогућава да стране у том односу својом вољом утичу на заснивање, промену и престанак тог односа, као и да својом вољом одређују садржину тог односа.[18] Диспозитивна природа самих грађанскоправних односа утиче, пре свега, на физиономију низа процесних института, с обзиром на инструментални карактер цивилне процедуре, док на плану њихове заштите, омогућава да странка слободно одлучује да ли ће да штити своје право, како ће га штитити и колико и докле ће га штитити.[19]

---

[18] О аутономији воље одн. приватној аутономији видети: Антић, О. - Начела облигационог права, Зборник Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Источно Сарајево, 2006, стр. 3.

[19] Од воље странке зависи не само да ли ће покренути инстанциони поступак, већ и да ли ће, повлачењем изјављеног правног лека, створити услове за његово

Грађанскоправни односи су регулисани, по правилу, диспозитивним нормама. Диспозитивна природа ових односа налаже да се правилима процедуре странкама омогући да странке покрећу поступак за заштиту својих права, да у току поступка остварују своја диспозитивна овлашћења и да диспонирају својим захтевима за пресуду и самим током поступка. Осим тога, странке могу да диспонирају и процесним материјалом, чињеничним и доказним. Суд, по правилу, има задатак да прикупи неопходан процесни материјал, да утврди чињенице од којих зависи одлука о основаности истакнутих захтева, да провери истинитост спорних чињеница извођењем оних доказа које су саме странке понудиле (чл. 7. ст. 2. ЗПП).

Уколико су грађанскоправни односи регулисани императивним нормама, јер то налаже природа тих односа и циљеви које законодавац жели да оствари у том сектору друштвених односа које правом регулише, као што је то нпр. случај са породичноправним односима, диспозитивна овлашћења странака су ограничена у мери која је потребна да држава врши контролу одређених односа ради заштите интереса одређеног круга субјеката.

5. Страначке парничне радње имају различиту садржину. Предузимањем парничне радње странка захтева пружање правне заштите, пружа суду процесни материјал, саопштава нешто суду или парничном противнику, поставља питања, располаже током поступка или предметом парнице, предузима различите телесне акте. С обзиром на садржину, страначке парничне радње могу да буду: радње које садрже какав захтев, предлози, саопштења, изјаве, питања, диспозитивне парничне радње (процесне изјаве воље) и реални акти.[20]

6. Одређене страначке парничне радње представљају, по својој садржини, процесне изјаве воље. Диспозитивне парничне радње су, као парничне изјаве воље у погледу покретања, тока и окончања парничног поступка или парничног предмета, несумњиво, радње располагања. Оне имају за циљ да покрену парничну делатност, определе судску одлуку или да створе повод за њено окончање.

обустављање или за наступање правноснажности мериторне одлуке, уколико се странка одрекне права на правни лек.

[20] Детаљно о томе: Станковић, Г. - Грађанско процесно право, Јустинијан, Београд, 2004, стр. 253.

Одређеним диспозитивним страначким парничним радњама странка располаже својим правом на правну заштиту[21] и правом на приступ суду и покреће поступак за пружање правне заштите, истиче различите правозаштитне захтеве или мења или допуњава своју већ предузету иницијалну радњу. Тако, тужилац може: да подигне тужбу, да преиначи тужбу, да истакне међупредлог за утврђење, да изјави правни лек, да покрене адхезиони или инцидентни поступак; тужени може да подигне противтужбу, да истакне приговор противтражбине ради пребијања, да изјави правни лек, да и он покрене адхезиони или инцидентни поступак. Предузимањем ових диспозитивних радњи странка ствара или мења постојећу правну ситуацију и провоцира парничну активност суда.

Појединим диспозитивним страначким парничним радњама странка располаже својим процесним захтевом - захтевом за пресуду. Странке могу слободно да располажу захтевима за пресуду које су истакле у току поступка: тужилац може да повуче тужбу, да се одрекне тужбеног захтева; тужени може да призна тужбени захтев. Поједине диспозитивне парничне радње предузимају оба парничара заједнички тако што располажу предметом парнице, те обе странке у току поступка могу да закључе судско поравнање.

7. Диспозитивне парничне радње, као и остале страначке парничне радње, изазивају дејства само у парници у којој су предузете. Предузимањем одређене диспозитивне парничне радње којом се располаже захтевом за пресуду, који је предмет парнице и предмет судског одлучивања, странка на непосредан или посредан начин утиче на садржину појединачне правне норме, коју изриче суд, а којом ће бити решен спор и уређен спорни грађанскоправни однос. Предузимањем диспозитивне парничне радње којом странка располаже захтевом за пресуду, она детерминише пресуду, те може да исходи пресуду преко које ће, кад она постане правноснажна, изазвати одређена дејства у материјалноправним односима. Како је правноснажном судском одлуком на дефинитиван и ауторитативан начин регулисан један грађанскоправни однос, може се догодити да у

[21] Треба приметити да је у појединим правним стварима право на правну заштиту које се реализује покретањем парничног поступка временски ограничено тако да истеком рока у коме странка може покренути поступак за пружање правне заштите странка губи право да добије правну заштиту због невршења свог права.

сфери материјалноправних односа посредством пресуде, као регулатора конкретног правног односа, настану одређена дејства, која су директан продукт и последица предузимања одговарајуће страначке парничне радње и њеног процесног располагања, на које странка можда није имала право према правилима материјалног права.

Диспозитивне парничне радње којима се директно располаже предметом парнице[22] у току првостепеног поступка су: одрицање од тужбеног захтева, признање тужбеног захтева, судско поравнање[23] и одрицање од права на правни лек, а у току другостепеног поступка, повлачење жалбе.

8. Пошто је могућно да странка својим парничним радњама, посредством пресуде, утиче на садржину грађанскоправних односа, иако на то нема право, законодавац то предупређује и спречава изричитом забраном предузимања појединих диспозитивних радњи и судском контролом страначких радњи која има за циљ да спречи да оне изазову процесна дејства и стварање процесне ситуације која би резултирала доношењем одлуке и њеним дејством у материјалноправним односима.

Пре свега, појединим законским одредбама изричито је забрањено предузимање оних диспозитивних парничних радњи којима се располаже предметом парнице у одређеним посебним парничним поступцима. Тако је, нпр. одредбама Породичног закона (2005) искључено одрицање од тужбеног захтева или закључивање судског поравнања у парницама о брачним споровима или изрицање пресуде због пропуштања, пресуде на основу одрицања или признања у парницама за заштиту права детета или закључивање судског поравнања у парницама за заштиту права детета и у парницама за вршење одн. лишење родитељског права. Начело диспози-

[22] Предмет располагања странке је њен захтев за пресуду одређене садржине.

[23] Странке могу и у току инстанционог поступка закључити поравнање пред првостепеним судом. Првостепени суд је, у том случају, дужан да о томе обавести инстанциони суд. Пресуда која је била објект побијања у том случају постаје пресуда без дејства. Детаљно о томе: Станковић, Г. - Грађанско процесно право, Јустинијан, Београд, 2004, стр. 429.

ције се у овим парницама, ради заштите права и интереса малолетне деце и општег интереса, примењује у ограниченом обиму.[24]

Поред тога, и суд има задатак да, по службеној дужности, врши контролу страначих диспозиција, да проверава да ли се оне крећу у допуштеним границама које су предвиђене правом и да спречава да оне посредством судске одлуке, изазову нежељена и недозвољена дејства у сфери материјалноправних односа. Ако су страначке диспозиције правно допуштене, нема потребе да суд реагује јер се њима не угрожава материјалноправни поредак. Уколико диспозитивне парничне радње могу да произведу правне последице које нису у складу са материјалноправним поретком, суд мора да спречи недопуштене диспозиције да се не би догодило да оне изазову нелегална правна дејства и да правни поредак на тај начин буде повређен. Из тог разлога ЗПП (2004) предвиђа дужност суда да спречи настајање ефеката недопуштених располагања странака и у том правцу му признаје, поред официјелних, и истражна овлашћења.

Контрола коју врши суд је перманентна и, по правилу, превентивна. За случај да дође до пропуста у превентивној контроли коју треба да врши првостепени суд, контрола се врши у поступку по правним лековима. Она се врши на различите начине пред првостепеним и другостепеним судом.

9. ЗПП је предвидео, у одредби чл. 3. ст. 3. ЗПП, да суд неће дозволити располагања странака која су супротна принудним прописима, јавном поретку и правилима морала.

Радње располагања странака могу да буду супротне когентним нормама из сфере материјалног и из сфере процесног права. То су, с једне

[24] Специфичан вид ограничења и контроле диспозиција у парницама из породичних односа су судске одлуке које се тичу вршења родитељског права, а које суд доноси кад су се родитељи споразумели о заједничком или самосталном вршењу родитељског права на основу процене најбољег интереса детета. Споразум родитеља о заједничком вршењу родитељског права не представља уговор којим родитељи закључују кад располажу родитељским правом. Он представља инструмент којим родитељи заједнички и споразумно уређују начин на који ће убудуће, после престанка брачне или ванбрачне породичне заједнице, вршити родитељско право у интересу њиховог заједничког малолетног детета и само представља подлогу за судску одлуку уколико суд процени да је постигнути договор родитеља у најбољем интересу детета.

стране, све оне императивне норме које суд примењује приликом одлучивања о основаности истакнутог захтева, без обзира да ли се оне налазе у материјалноправним или у процесним законима. Суд одлучује о основаности захтева за пресуду и кад примењује нпр. правила Породичног закона, и кад примењује правила ЗПП о пресуди на основу признања или о пресуди на основу одрицања.

Осим тога, сва правила процесног права су когентна и странке не могу диспонирати њима да би отклониле наступање оних дејстава која су тим нормама предвиђена. Због тога суд врши контролу страначких диспозиција и кад странке склапају судско поравнање и кад тужени својом диспозицијом која се тиче одговора на тужбу (кад пропусти да одговори на тужбу), својим процесним понашањем ствара услове да суд донесе пресуду због пропуштања.

Исто тако, уколико је појединa страначка радња на први поглед коректна, али је, по својој садржини или по свом циљу супротна когентним нормама[25] или правилима морала,[26] суд је неће допустити одн. одба-

[25] " Кад се у парничном поступку расправља о уговору који је апсолутно ништав, зато што је противан законским прописима, суд и по службеној дужности води рачуна о дозвољености располагања странака и неће пружити заштиту уговору који је у супротности са принудним прописима" (Врховни суд Србије, Гзз. 86/00 од 16. 3. 2000. г.), наведено код: Радованов, А. - Парнични поступак, Intermex, Београд, 2006, стр. 22.

[26] У том смислу и Начелни ставови Заједничке седнице Савезног суда, републичких и покрајинских врховних судова и Врховног војног суда наведени код: Радованов, А. - Парнични поступак, Intermex, Београд, 2006, стр. 21-22: "Код расправљања спорова који се односе на висину редовне и затезне каматне стопе, судови неће пружати судску заштиту захтеву за досуђење каматне стопе у мери у којој је она противна принудним прописима уставом утврђеним начелима друштвеног уређења, добрим пословним обичајима и правилима морала" (Начелни став од 12. 7. 1977. г.) или "Приликом одлучивања о захтеву за накнаду трошкова сахране суд ће водити рачуна да ли су у складу са месним обичајима и дужним пијететом према умрлом те да ли је висина трошкова у границама просечних трошкова сахране у месту сахрањивања. Неће се досудити накнада трошкова за онај вид церемонијала за који се оцени да је противан Уставом утврђеним начелима друштвеног уређења, принудним прописима или моралу или је учињен у

ције је. Нпр. ако је странка предузела абузивну парничну радњу само да би одуговлачила поступак или да би шиканирала противника (нпр. поново је поднела исти предлог за изузеће судије, којим је покренула адхезиони поступак, иако је њен претходни захтев за изузеће био неоснован, или поново тражи делегацију надлежности из истог разлога ако је њен претходни захтев био одбијен).[27]

Диспозитивне парничне радње су у супротности са императивним правним нормама, пре свега, кад се њима непосредно вређа или крши нека принудна норма.[28] Међутим, диспозитивна радња је у супротности са императивним нормама и кад се она користи као средство за остваривање забрањених, недопуштених или неморалних циљева.

Јавни поредак је скуп правних правила која су установљена у националном интересу једне државе. Суштина јавног поретка се своди на отклањање примене (или признавања) правила оног страног права које треба применити према колизионој норми уколико би то било супротно основним принципима националног правног поретка и његовог уставног уређења.

Правила морала су супсидијарни извор права и служе као коректив или допуна правној норми. Она представљају правне стандарде који омогућавају да се елиминишу или санкционишу недопуштена понашања која нису изричито забрањена правним нормама. Тако, према ставу судске праксе, нпр. признање тужбеног захтева, који се односи на новчано потраживање, чија се висина према правилима материјалног права одређује према ценама у време одлучивања, може да представља неморалну радњу

другом циљу, а не ради испољавања дужног пијетета према умрлом" (Начелни став од 23. и 24. 5. 1989. г.).

[27] "Признање тужбеног захтева који је након годину дана обезвређен услед инфлације, у повољном тренутку за туженог, указује на злоупотребу процесних права, због чега се не може ван рочишта донети пресуда на основу признања, већ се доношење мора одложити ради прибављања обавештења о околностима које указују на недозвољено располагање захтевом", Одлука Вишег привредног суда у Београду, Пж. 8620/92 од 2. 11. 1992, наведена код: Радованов, А. - Парнични поступак, Intermex, Београд, 2006, стр. 27.

[28] "Суд неће уважити признање тужбеног захтева када се тужбеним захтевом у суштини тражи легализација бесправно подигнутог објекта" - Врховни суд Србије, Рев. 3486/00 од 27. 9. 2000. г., одлука наведена код: Радованов, А. - Парнични поступак, Intermex, Београд, 2006, стр. 28.

располагања туженог у време галопирајуће инфлације да би се искористио њен утицај.[29]

10. Контролу која се тиче допуштености диспозитивних радњи редовно врши првостепени суд. Начин контроле зависи од тога која је диспозитивна радња у питању.

Повлачењем тужбе[30] тужилац одустаје од тражене правне заштите у току првостепеног поступка и, зависно од тренутка у развоју поступка, ова радња располагања је допуштена уколико на то пристане тужени.[31] Тужилац не може опозвати своју изјаву о повлачењу тужбе која делује аутоматски и, уколико је тужени пристао на повлачење тужбе, суд је дужан да, пошто констатује да је тужба повучена, обустави парнични поступак.

Тужилац може да повуче тужбу у поступку за издавање платног налога без пристанка туженог само док није изјављен приговор против платног налога, а пошто је он изјављен само до закључења главне расправе и уз изјашњење и пристанак туженог. Предузимањем ове радње стварају се услови да се оконча парница.[32] Исто тако, у складу са принципом једнакости странака, и тужени може да повуче, без пристанка тужиоца, приговор против платног налога све до закључења главне расправе.

Кад се ради о повлачењу тужбе, суд није у позицији да врши контролу ове тужиочеве диспозитивне парничне радње, нити може спречити тужиоца да тужбу повуче или му забранити да ову радњу предузме. Међу-

---

[29] Видети: Радованов, А. - Начелни ставови Савезног суда, Врховних судова и Врховног војног суда, Правна схватања Врховног суда Србије, Intermex, 2004, стр. 44. или Радованов, А. - Парнични поступак, Intermex, Београд, 2006, стр. 27.

[30] Чл. 196. ЗПП.

[31] Посебан режим у погледу повлачења тужбе постоји у бракоразводним парницама из посебних правно-политичких разлога. О томе: Станковић, Г. - Грађанско процесно право, Јустинијан, Београд, 2004, стр. 349.

[32] Жалилац може изјављени ванредни или редовни правни лек повући без пристанка противне странке све док инстанциони суд није одлучио поводом изјављеног правног лека. За повлачење изјављеног правног лека изјашњење и пристанак противне странке није потребан као код повлачења тужбе после упуштања туженог у парницу из простог разлога што се повучена тужба може поново подићи, што није случај кад су у питању повучени правни лекови.

тим, и у старијој процесној литератури,[33] и у ранијој судској пракси,[34] сре-ћу се супротна схватања. Тако је својевремено проф. Цуља сматрао да суд може индиректно вршити контролу допуштености изјаве о повлачењу тужбе ускраћивањем да донесе одлуку о обустављању поступка. И у судској пракси било је ситуација кад је суд оцењивао да ли је изјава о повлачењу тужбе допуштена и кад је констатовао да она представља недозвољени акт располагања.[35]

Одрицање од права на правни лек је диспозитивна парнична радња којом странка располаже својим процесним овлашћењем. Суд, међутим, није у позицији да контролише ову диспозитивну парничну радњу јер од воље странке зависи да ли ће користити могућност да и даље тражи правну заштиту.

Одрицање од тужбеног захтева је, несумњиво, радња располагања тужиоца захтевом за пресуду. Ова диспозитивна радња, за коју није потребан пристанак туженог, уколико је допуштена, има за последицу доношење пресуде на основу одрицања (чл. 337. ЗПП). Овом пресудом суд одбија тужио-

---

[33] Видети: Zuglia, S. - Грађански парнични поступак ФНРЈ, Загреб, 1957, стр. 75.

[34] "Повлачење тужбеног захтева у погледу издржавања малолетне деце и одрицање од права на жалбу је супротно чл. 3. ст. 3. ЗПП, па овакво располагање странака суд неће уважити". (Одлука Окружног суда у Новом Саду, Гж. 707/00 од 16. 3. 2000) - наведено код: Радованов, А. - Парнични поступак, Intermex, Београд, 2006, стр. 22. Треба приметити да се у наведеној судској одлуци погрешно употребљава технички термин парничне процедуре јер се, уместо о "повлачењу тужбе", говори о "повлачењу тужбеног захтева".

[35] У парницама за издржавање малолетног детета које се адхезионо воде уз брачне парнице, суд је увек дужан да одлучи о издржавању заједничког малолетног детета супружника. Из тог разлога, чак и кад родитељ, који је као законски заступник детета, тражио да се одлучи о праву на издржавање детета због предстојећег престанка брачне породичне заједнице, повуче тужбу за издржавање детета коју је кумулирао уз своју тужбу за развод брака, суд је дужан да одлучи о издржавању детета. Такво решење било је предвиђено и раније, у време важења Закона о браку и породичним односима (1980). Према одредбама Породичног закона, право на издржавање малолетног детета је један од елемената родитељског права и у случају престанка брачне породичне заједнице, суд је увек дужан да одлучи о начину вршења родитељског права (а то значи и о издржавању), на тражење странке или по службеној дужности.

чев тужбени захтев као неоснован. Суд, међутим, неће донети ову пресуду и кад су испуњени услови који су предвиђени законом, ако нађе да се ради о захтеву којим странке не могу располагати јер је супротан одредби чл. 3. ст. 3. У том случају он ће, ако се ради о недопуштеној диспозицији или о захтеву којим странке не могу располагати, наставити са поступком, уколико, наравно, тужилац евентуално не повуче тужбу. За случај да је потребно да од странака или од државних органа прибави обавештење које му је неопходно да би оценио да ли се ради о допуштеном диспонирању, суд ће застати са поступком док не прибави потребно обавештење.

Признање тужбеног захтева је диспозитивна парнична радња туженог која, кад су испуњени законски услови, има за последицу доношење пресуде на основу признања (чл. 336. ЗПП). Овом пресудом суд усваја тужиочев тужбени захтев. Уколико ова радња располагања предметом парнице није дозвољена,[36] јер се ради о захтеву којим странке не могу располагати, суд неће донети ову пресуду и наставиће са поступком.

Тужени може на посредан начин располагати предметом парнице тако што неће одговорити на тужбу у законском року, иако је приликом достављања тужбе на одговор упозорен на последице пропуштања да на тужбу одговори - на могућност доношења пресуде због пропуштања. У том случају, управо због упозорења туженом на последице до којих може да дође ако изостане његов одговор на тужбу, пресуда због пропуштања није права процесна санкција - казна за пасивност, неактивност, већ последица диспозиције самог туженог који је пропустио да се понаша у складу са једном императивном нормом и који је својим процесним понашањем омогућио да суд мериторно одлучи.

Уколико је тужени евентуално одговорио на тужбу, али је његов одговор имао такве недостатке да се по њему није могло поступати,[37] по-

[36] "Признање тужбеног захтева који је након годину дана обезвређен услед инфлације, у повољном тренутку за туженог, указује на злоупотребу процесних права, због чега се не може ван рочишта донети пресуда на основу признања, већ се доношење мора одложити ради прибављања обавештења о околностима које указују на недозвољено располагање захтевом" (Виши привредни суд у Београду, Пж. 8620/92 од 2. 11. 1992) - одлука наведена код: Радованов, А. - Парнични поступак, Intermex, Београд, 2006, стр. 27.

[37] Чл. 285. ЗПП.

стоји фикција да није одговорио на тужбу и суд може да донесе пресуду због пропуштања. У том случају, пресуда због пропуштања је процесна санкција због непоштовања когентног правила о садржини поднеска.

Међутим, и кад су испуњени услови за доношење пресуде због пропуштања, суд је неће донети ако нађе да се ради о захтеву којим странке не могу располагати (чл. 3. ст. 3. ЗПП).

Кад парничари у току парнице саопште суду да су се поравнали и како су се поравнали, суд ће испитати да ли се судско поравнање односи на захтев којим странке могу располагати. И судско поравнање, које је резултат диспозиције оба парничара и којим оба парничара располажу предметом парнице, као сурогат пресуде, изазива непосредна материјалноправна дејства. Због тога је суд дужан да изврши превентивну контролу ове радње располагања којом се решава спор и отклања даље вођење парнице. Уколико се располагање предметом парнице односи на захтев којим странке не могу располагати, суд ће донети решење којим неће дозволити поравнање странака (чл. 322. ЗПП) и застаће са поступком док то решење не постане правноснажно.

11. У складу са принципом диспозиције, странке су овлашћене и да располажу процесним материјалом. Странке имају право и дужност да износе чињенице на којима заснивају своје захтеве и да предлажу доказе којима се оне утврђују. Парничне радње којима странке износе чињенице на којима заснивају своје захтеве, иако њихово предузимање зависи од воље странке, јер она диспонира процесним материјалом, нису, по својој садржини, диспозитивне парничне радње. Оне су, по својој садржини, страначке изјаве или страначки наводи и представљају изјаве о знању.[38]

Страначке изјаве могу да буду изјаве о материјалноправним односима, изјаве које се тичу чињеничног стања и изјаве о правним нормама (правна разлагања). И док се странке у својим изјавама о материјалноправним односима изјашњавају у погледу спорног материјалноправног односа - о његовом постојању или непостојању, у изјавама које се односе на чињенично стање, странке износе правно релевантне чињенице на којима заснивају своје захтеве и изјашњавају се о чињеничним наводима свог парничног противника.

[38] Детаљно о томе: Станковић, Г. - Грађанско процесно право, Јустинијан, Београд, 2004, стр. 255.

Изјаве странака које се односе на чињенично стање могу да буду: чињенични наводи, оспоравање чињеничног навода, противтврђење, признање чињеничног навода и неутралне изјаве.[39]

12. У складу са принципом обостраног саслушања, странке имају право да се изјашњавају о чињеничним наводима свог парничног противника. Суд не може да заснује своју одлуку на чињеницама о којима странкама није пружена могућност да се изјасне, осим кад законом није друкчије прописано (чл. 7. ст. 4. ЗПП).

Странка може, у својој изјави која се односи на чињеничне наводе друге странке, да изричито призна истинитост њених чињеничних навода или да их уопште не оспори. Уколико странка признаје наводе свог парничног противника који су за њу неповољни или пропусти да их оспори, ти чињенични наводи, као неспорни, аутоматски улазе у онај чињенични супстрат који представља подлогу за одлучивање. Неспорне и признате чињенице у току парнице пред судом се не доказују јер се сматра да су истините.

Признањем чињеница или очигледним пропуштањем да оспори чињеничне наводе свог парничног противника, странка фактички располаже процесним материјалом јер не жели да одређена чињеница буде предмет доказивања.

13. Признањем чињеница или њиховим неоспоравањем, странка на индиректан начин, кроз располагање процесним материјалом, утиче на судску одлуку јер утиче на формирање чињеничне подлоге на коју ће суд применити материјално право и донети одлуку о основаности истакнутог захтева.

Иако је признање чињенице, по својој садржини, изјава о знању, може се догодити да странка признањем чињенице које не постоје настоји да промени услове за примену материјалног права. У том случају ради се о противправној радњи код које је битна воља странке да том радњом изазове уверење код суда да је исказ о одређеној чињеници истинит.

Због тога, кад суд посумња да странке, кроз располагање процесним материјалом, фактички располажу захтевима којима не могу располагати, и тако посредним путем утичу на судску одлуку, дужан је да извр-

[39] Детаљно о томе: Станковић, Г. - Грађанско процесно право, Јустинијан, Београд, 2004, стр. 255.

ши контролу тог сегмента чињеничног супстрата применом истражног начела и да спречи недозвољено располагање странака. Кад је у питању примена когентних (материјалноправних и процесних) норми, суд је овлашћен да проверава истинитост чињеница на којима странке заснивају своје захтеве, као и кад посумња да странка признањем чињеница иде за тим да располаже захтевом којим не може располагати (чл. 222. ст. 1. ЗПП). Из тог разлога суд има право да изводи доказе и о неспорним чињеницама да би спречио недопуштене диспозиције у парници. Суд може да проверава истинитост признатих чињеница само кад сумња у допуштеност страначке диспозиције.

14. Накнадну контролу недопуштених диспозиција врши инстанциони суд у поступку по правним лековима.

Битна повреда одредаба парничног поступка постоји увек кад је суд, противно одредбама ЗПП, засновао своју одлуку на недозвољеним располагањима странака из чл. 3. ст. 3. ЗПП (чл. 361. ст. 2. т. 5). Ова процесна повреда представља разлог за изјављивање редовних и ванредних правних лекова и о њој инстанциони суд води рачуна по службеној дужности. Ова процесна повреда је посебно значајна код тзв. једностраних или "диспозитивних пресуда" (пресуде на основу признања, пресуде на основу одрицања, пресуде због пропуштања).

Поред тога, ова повреда представља и посебан разлог за изјављивање једног ексклузивног ванредног правног средства - тужбе за поништење судског поравнања које је закључено у погледу захтева којим странке нису могле располагати.[40]

[40] Чл. 325. ст. 2. ЗПП.

Љубица Милутиновић,
судија Врховног суда Србије

ТУЖБА И ОДГОВОР НА ТУЖБУ

УВОД

"Нема суда без тужбе" - мисао изречена много времена пре нас и пре новог Закона о парничном поступку.

Парнични поступак покреће се тужбом, садржина је одредбе члана 186. Закона о парничном поступку.[1]

Суду као државном органу Уставом и законом стављено је у надлежност да расправља спорне односе и доноси судске одлуке, по правилу пресуде.

Странке имају право на закониту, једнаку и правичну заштиту својих права, а суд не може одбити да одлучује о захтеву за који је надлежан.[2]

Појам тужбе неминовно се везује за тужиоца, а поступање суда за уредну тужбу. Међутим, неће сваки поднесак тужиоца насловљен суду, довести до заснивања парнице као правног односа који се успоставља између тужиоца и туженог, нити ће тужени знати за постојање тужбе тј., поднеска којим тужилац тражи правну заштиту, све док тај поднесак не садржи све што је по закону потребно да би се по њему могло поступати. Тек када постоји уредна тужба поступање суда биће усмерено ка туженом, као парничном субјекту коме је нови Закон о парничном поступку установио обавезу достављања одговора на тужбу. Уместо ранијег прилично комотног положаја туженог, тужени сада има законску обавезу да достави одговор на тужбу и то са законом прописаном садржином.[3]

---

[1] "Службени гласник Републике Србије" број 25/04

[2] Члан 2. ЗПП

[3] Члан 284. ЗПП: Тужени је дужан да у одговору на тужбу истакне процесне приговоре и да се изјасни да ли признаје или оспорава истакнути тужбени захтев.

Многобројне парнице које бележе деценијски ток, указују да судови често не поступају на начин који је у складу са уводом овог реферата. Због тога и јесте нужно анализирати какав квалитет тужба треба да поседује, да би покренула судски механизам за заштиту угроженог или повређеног субјективног права, као и како треба да се понаша тужени када добије уредну тужбу. Притом, свакако суд треба да се стара да поступак буде окончан у најкраћем могућем року уз обезбеђење законите, једнаке и правичне правне заштите.

ТУЖБА

Појам и правне последице подношења тужбе

Тужба је писмени облик парничне радње странке - тужиоца, којом се покреће парнични поступак. Она је по својој правној природи одређујући поднесак који садржи тачно одређен захтев у погледу главне ствари и споредних тражења.

Подношење тужбе суду производи различите правне последице које су од веома великог практичног значаја. Оне се односе на прекид застарелости, прекид преклузивних рокова предвиђених законом (нпр. код сметања државине, у радном спору итд.,). Према моменту подношења тужбе цени се месна надлежност суда, парнична способност странке, дозвољеност ванредног правног лека, уредност у заступању, прекида се време потребно за одржај као начин стицања својине, савесни држалац постаје несавесни, почиње да тече процесна камата, заснива се обавеза издржавања, рента и томе слично.

Садржај тужбе

Тужба мора да садржи:

- одређени захтев у погледу главне ствари и споредних тражења
- чињенице на којима тужилац заснива тужбени захтев

Одговор на тужбу мора да садржи и друге податке које мора имати и сваки други поднесак (члан 100). Ако тужени оспорава тужбени захтев, одговор на тужбу мора да садржи и чињенице на којима тужени заснива своје наводе и доказе којима се утврђују те чињенице.

- доказе којима се чињенице утврђују

- вредност предмета спора

- податке које мора да садржи сваки поднесак у смислу члана 100. ЗПП[4]

а нарочито: означење суда, име и презиме, назив фирме, пребивалиште или боравиште, односно седиште странака, њихових законских заступника и пуномоћника ако их имају, предмет спора, садржину изјава и потпис подносиоца.

Тужба мора бити уредна, благовремена и дозвољена, а тужбени захтев - предмет спора мора бити одређен, дозвољен и могућ. Он се може односити на чинидбу, утврђење, промене постојећег или стварање новог односа или стања, те у зависности од тога постоје три врсте тужби.

Врсте тужби:

1. Тужба на чинидбу - кондемнаторна

2. Тужба за утврђење - деклараторна

3. Конститутивна - преображајна тужба

1. Тужбом за чинидбу тужилац захтева осуду туженог на одређену чинидбу, трпљење или пропуштање (накнада штете, исељење, повраћај ствари, сметање државине и слично). Пресуда којом се усваја тужбени захтев по тужби за чинидбу подобна је за принудно извршење.

2. На основу деклараторне тужбе - тужбе за утврђење, тужилац захтева утврђење постојања или непостојања одређеног права или правног односа или да се утврди истинитост, односно неистинитост неке исправе [5]. Она може бити:

а) Позитивна (којом се захтева да се утврди да тужиоцу припада неко право).

---

[4] Члан 100. ЗПП: тужба, противтужба, одговор на тужбу и правни лекови подносе се у писменом облику (поднесци). Поднесци морају бити разумљиви и морају садржавати све оно што је потребно да би се по њима могло поступити. Ако изјава садржи какав захтев, странка је дужна да у поднеску наведе чињенице на којима заснива захтев, као и доказе када је то потребно.

[5] Члан 188. ЗПП

б) Негативна (којом се захтева да се утврди да тужени нема неко право или да то право не постоји)**.**

Тужбом за утврђење се не може тражити утврђење постојања или непостојања неке чињенице. Уколико се у тужби постави тужбени захтев на утврђење чињеница, таква тужба се одбацује.

У тужби за утврђење тужилац мора да докаже постојање правног интереса, осим ако је она предвиђена посебним прописима (нпр., утврђивања очинства). Испитивање постојања правног интереса по одредбама старог Закона о парничном поступку вршило се на расправи. У циљу доследније примене и реализације основног начела установљеног новим Законом о парничном поступку "суђења у разумном року",[6] нови ЗПП је утврђивање и оцену постојања правног интереса као и могућност одбацивања тужбе у случају непостојања правног интереса, преместио у фазу претходног испитивања тужбе. [7]

Прејудицијелни захтев и прејудицијелна тужба

Када у току парнице по тужби за утврђење постане споран неки правни однос од чијег постојања или непостојања зависи одлука у спору о тужбеном захтеву, тужилац може поред постојећег истаћи и захтев за утврђење да такав однос постоји (прејудицијелни захтев)[8] што се у науци назива подношењем тужбе у току поступка, а такав захтев може истаћи и тужени у виду прејудицијелне противтужбе. Ако се таква тужба, односно противтужба не поднесе, питање спорног правног односа се расправља као претходно питање. Ако је такав захтев истакнут, па дође до повлачења тужбе по првобитном захтеву, расправљање се наставља по прејудицијелном захтеву и о њему се доноси одлука. Истицање таквог захтева не сматра се преиначењем тужбе. Услов за постављање прејудицијелног захтева је да је суд пред којим парница тече, надлежан и за новопостављени захтев. Пресудом се одлучује о оба постављена захтева, првобитно постављеном и прејудицијел-

[6] Члан 103. ЗПП: странка има право да суд одлучи о њеним захтевима и предлозима у разумном року. Суд је дужан да настави да се поступак спроведе без одуговлачења и што мање трошкова

[7] Члан 279. став 1. тачка 6. ЗПП

[8] Члан 189. ЗПП

ном, и у случају пресуђења ради се о правоснажно пресуђеној ствари, тј., не може се поново поднети тужба са истим захтевом.

3. Преображајном - конститутивном тужбом тужилац захтева да суд утврди према туженом постојање правног односа или права које до тада није постојало, тј. заснивање нових, преиначење и укидање постојећих односа (нпр. установљене службености, измена одлуке о издржавању, развод брака, подела имовине и слично).

Тужба са више тужбених захтева

Нови Закон о парничном поступку установљава тужбу са више тужбених захтева[9] превдиђајући да тужилац који у тужби тражи да му се досуди испуњење дуговане чинидбе, може предложити да тужени уместо дуговане чинидбе плати одређени новчани износ или испуни другу чинидбу, при чему суд није дужан да испитује да ли новчани износ који је тужилац вољан да прими уместо дуговане неновчане чинидбе одговара вредности неновчане чинидбе. Значи: битно је да се ради о неновчаној чинидби и да тужилац определи новчани износ или другу чинидбу којом ће се сматрати намиреним. Обавеза која ће се установити пресудом за туженог[10] неће отежати његов положај, јер је за извршење подобан само главни захтев, а обавеза која гласи на замену дуговане чинидбе, само је могућност за туженог да се главне обавезе ослободи њеним испуњењем. Због тога суд нема обавезу да утврђује да ли новчани износ који је тужилац вољан да прими уместо дуговане чинидбе одговара вредности неновчане чинидбе.

Подношење тужбе

Тужба се подноси суду непосредно или преко поште (обичном или препорученом пошиљком). Ако је послата препорученом пошиљком, сматра се да је предата суду оног дана када је у пошти примљена, а ако је послата обичном пошиљком, датум пријема у суду је датум њеног стварног подношења. Ово је од значаја за тужбе које су везане за одређени рок, јер ће се рок одржати ако се тужба подноси задњег дана истека рока, само ако је предата препорученом пошиљком или непосредно суду.

---

[9] Члан 190. ЗПП

[10] Члан 332. ЗПП

У смислу одредаба новог Закона о парничном поступку, тужба се не може узимати на записник.[11]

Тужба тужиоца са седиштем, боравиштем у иностранству

Нови Закон о парничном поступку предвиђа да је тужилац који има боравиште или пребивалиште, односно седиште у иностранству дужан, да у тужби именује пуномоћника за пријем писмена, што ако не учини, суд ће тужбу одбацити.[12] На овај начин скраћује се дужина трајања поступка, омогућава реализација основног начела суђења у разумном року, јер се омогућује заказивање суђења у краћем року.[13] Наравно, ако тужилац са боравиштем или пребивалиштем у иностранству има пуномоћника адвоката, тај пуномоћник је истовремено и пуномоћник за пријем писмена, па се таква тужба неће одбацити. У случају да током поступка пуномоћник адвокат откаже пуномоћје тужиоцу, суду стоји на располагању овлашћење из члана 141. ЗПП за постављање пуномоћника и заступника за примање писмена.

Вредност спора

Кад надлежност, састав суда или право на изјављивање ревизије зависи од вредности предмета спора, а предмет тужбеног захтева није новчани износ, неозначавање вредности предмета спора повлачи као последицу одбацивање тужбе, ако је тужбу у име странке поднео пуномоћник - адвокат. Висина новчаног потраживања је истовремено и вредност спора па се тужба која се односи на новчани износ не може одбацити зато што вредност спора није означена.

Није неуредна тужба у којој није означен правни основ, а и када је означен правни основ, суд није везан за њега. Суд јесте везан за чињеничне наводе тужбе, али за правни основ није.

---

[11] Члан 100. ЗПП: тужба, противтужба, одговор на тужбу и правни лекови подносе се у писменом облику (поднесци).

[12] Члан 187. став 2. ЗПП

[13] У случају доставе тужиоцу са седиштем или боравиштем у иностранству која се врши дипломатским путем, рочиште се заказује на пола године или годину дана зависи од подручја на коме тужилац борави, што значајно продужава судски поступак.

Поступак са неуредном тужбом

Тужбу која је неразумљива или не садржи све што је потребно да би се по њој могло поступати, суд ће вратити ради исправке само странци која нема пуномоћника адвоката, ако законом није друкчије одређено, уз остављање рока за поновно подношење. Неуредну тужбу коју је поднео адвокат, суд ће решењем одбацити без враћања на исправку.[14] Ако је тужбу сачинило лице стално запослено у правном лицу које је тужилац, у случају неуредности, таква тужба ће бити враћена на исправку, чак и онда када је сачинило лице које је по професији правник.

Ако поднесак (тужба) везан за рок буде исправљен, односно допуњен и предат суду у року одређеном за допуну или исправку, сматраће се да је поднесен суду онога дана кад је први пут био поднесен.[15]

Ако поднесак не буде враћен суду у остављеном року сматраће се да је повучен, а ако буде враћен без исправке, односно допуне, суд ће га решењем одбацити.[16]

Ако тужилац поступајући по налогу суда за исправку тужбе, тужбу достави у недовољном броју примерака (за суд и супротну страну) суд ће тужбу, као и сваки други поднесак умножити на терет тужиоца и неће је због тога одбацити.

Тужилац у једној тужби може истаћи више захтева против истог туженог, ако су они повезани истим чињеничним и правним основом. У случају да нису повезани истим чињеничним и правним основом, потребно је да је исти суд стварно надлежан за сваки од захтева и да је за све њих одређена иста врста поступка. Када о неким од захтева истакнутих у истој тужби треба да суди веће, а у другим судија појединац истог суда, о свим захтевима судиће веће.

---

[14] Члан 103. став 6. ЗПП Ово је ново законско решење, јер је законодавац сматрао да суд треба да поучава неуку странку, а не и правно квалификовано лице које по посебном закону професионално пружа правне услуге уз одређену накнаду прописану посебном тарифом.

[15] Члан 103. став 4. ЗПП

[16] Члан 103. став 4. ЗПП

Потписивање тужбе

Тужба мора бити потписана. Ако је тужбу саставио адвокат који је и пуномоћник странке у поступку, он је може потписати, али истовремено мора приложити пуномоћје. У супротном, ако адвокат сачини тужбу и потпише је, стављајући свој печат, а не приложи пуномоћје, суд ће тужбу одбацити као поднету од неовлашћеног лица, зато што је пуномоћник дужан да при преузимању прве радње у поступку достави пуномоћје. Ако тужбу сачини адвокат, а потпише тужилац, недостављање пуномоћја неће водити одбацивању тужбе. Тада се на рочиште позива странка - тужилац, а печат адвоката на тужби даје право тужиоцу на постављање захтева за накнаду трошкова парничног поступка који се односи на састав тужбе. У даљем току поступка достава се врши тужиоцу, а учешће адвоката као пуномоћника у поступку, условљено је предајом уредног писаног пуномоћја при првом појављивању у поступку. Пуномоћје за заступање тужиоца - странке уопште, не може се дати на записник код суда, нити накнадно доставити, чак ни у случају када је странка приступила заједно са пуномоћником. Суд неће дозволити учешће у поступку пуномоћнику без пуномоћја, а појављивање пуномоћника без пуномоћја, у одсуству странке коју жели да заступа, има за последицу изостанак странке и законом предвиђене последице, зависно од фазе поступка у којој се појављује.

Кад почиње да тече парница?

Парница почиње да тече достављањем тужбе туженом.[17] У погледу захтева постављеног у току поступка парница почиње да тече од тренутка обавештења противне стране о том захтеву. Покретање парнице између истих странака о истом захтеву о коме већ тече парница, води одбацивању тужбе. Суд по службеној дужности у току читавог поступка води рачуна да ли таква парница тече.

Парница започета између одређених странака, довршиће се међу њима и када било која од странака отуђи ствар или право о коме тече парница, а прибавилац може ступити у парницу наместо тужиоца или туженог, ако на то пристану обе странке.[18]

[17] Члан 197. став 1.

[18] Члан 198. ЗПП

Противтужба

До закључења главне расправе тужени може код истог суда поднети противтужбу под одређеним условима из члана 192. став 1. и 3. ЗКП.[19] Тужени може до закључења главне расправе пред судом поднети код истог суда противтужбу, ако је захтев противтужбе у вези с тужбеним захтевом, или ако се ти захтеви могу пребити, или ако се противтужбом тражи утврђење неког права или правног односа од чијег постојања или непостојања зависи у целини или делимично одлука о тужбеном захтеву.[20]

Противтужба се не може поднети ако је за захтев из противтужбе стварно надлежан виши суд или суд друге врсте.

Преиначење тужбе

Преиначење тужбе је промена истоветности захтева, повећање постојећег или истицање другог захтева уз постојећи, али не и промена правног основа тужбеног захтева, његово смањење или промена, допуна или исправка појединих навода, без промене захтева.

До закључења главне расправе тужилац може преиначити тужбу под условима из члана 193. ЗПП.[21]

---

[19] Члан 192. став 1.

[20] Члан 192. став 3. ЗПП противтужба се може поднети и када о захтеву из противтужбе треба да суди исти суд у другом саставу

[21] Члан 193. ЗПП После достављања тужбе туженом, за преиначење тужбе потребан је пристанак туженог. Суд може дозволити преиначење и кад се тужени томе противи ако сматра да би то било целисходно за коначно решење односа међу странкама и ако оцени да поступак по преиначеној тужби неће знатно продужити трајање парнице. Сматраће се да постоји поступак туженог на преиначење тужбе ако се он упусти у расправљање о главној ствари по преиначеној тужби а није се пре тога противио преиначењу. Ако је парнични суд за преиначену тужбу стварно надлежан, уступиће предмет надлежном суду који ће, ако се тужени противи преиначењу, одлучити да ли је преиначење дозвољено. Кад суд дозволи преиначење тужбе, дужан је да остави туженом време потребно да се може припремити за расправљање по преиначеној тужби, ако за то није имао довољно времена. Ако је тужба преиначена на рочишту на коме тужени није присутан, суд ће одложити рочиште и доставити туженом препис записника тог рочишта.

Против решења којим се допушта или одбија преиначење тужбе није дозвољена посебна жалба.

Тужени се може противити преиначењу тужбе, осим, ако је до њега дошло због околности насталих после подношења тужбе тако да се из истог чињеничног основа захтева други предмет или други новчани износ. Таквом преиначењу тужени се не може противити.[22] Наведено преиначење тужбе је тзв., **објективно преиначење тужбе**. Поред објективног постоји и **субјективно преиначење тужбе**. Оно значи да тужилац до закључења главне расправе своју тужбу може преиначити тако што ће уместо првобитно туженог, тужити друго лице под условима из члана 195. ЗПП.[23] Лице које ступа у парницу наместо странке мора примити парницу у стању у коме се налази у тренутку када у њу ступа.

Повлачење тужбе

Тужилац може повући тужбу без пристанка туженог пре него што се упусти у расправљање о главној ствари, а и касније до закључења главне расправе, ако тужени на то пристане.

Повучена тужба сматра се да није ни била поднета, и може се поново поднети.

Нови Закон о парничном поступку уводи на више места фикцију повучене тужбе.[24]

Тужилац који повуче тужбу дужан је туженом платити трошкове парничног поступка.

* * *

[22] Члан 194. ЗПП

[23] Члан 195. ЗПП За преиначење тужбе тако што ће се уместо првобитно туженог тужити друго лице, потребан је пристанак лица које треба да ступи у парницу наместо туженог, а ако се тужени већ упустио у расправљање о главној ствари, потребан је и пристанак туженог. Ако се тужени упустио у расправљање о главној ствари уместо тужиоца може да ступи у парницу нови тужилац само ако на то пристане тужени.

[24] Члан 289, 296, 343. став 3., 475. ЗПП

Досадашње излагање о тужби као поднеску и материјалноправном акту тужиоца, показало је шта све тужилац мора да предузме да би покренуо судски механизам за заштиту субјективног права и које последице може да трпи због одређених својих пропуста.

А шта је са туженим?

Какав је његов положај?

Тужени је до сада, по раније важећем Закону о парничном поступку, имао једино обавезу да макар и на најопштији начин оспори тужбени захтев и спречи доношење пресуде због изостанка.

Суд није имао обавезу да тужбу доставља туженом на одговор, иако је то у сложенијим случајевима могао, а тужени ни у том случају није имао обавезу да достави писани одговор на тужбу. Он је имао могућност да се одазове позиву суда за припремно рочиште или рочиште за главну расправу и изјави "оспоравам тужбени захтев" или је то исто могао да учини поднеском пре рочишта и да на рочиште не дође.

Где је ту равноправност тужиоца и туженог као процесних учесника?

Да ли је то у складу са потребом ефикасног поступања и суђења у разумном року?

Одговор је, свакако, не. Зато је нови Закон о парничном поступку на сасвим другим основама поставио процесни положај туженог, дајући му одређене законске обавезе уз санкционисање пропуштања.

ОДГОВОР НА ТУЖБУ

Обавезност одговора на тужбу

Нови Закон о парничном поступку уводи обавезу суда да тужбу са прилозима достави на одговор туженом у року до 30 дана и обавезу туженог да у року до 30 дана од пријема тужбе са прилозима достави одговор на тужбу.[25] Ове обавезе уведене су у циљу што бољег остварења права на

[25] Члан 281. и 282. став 1. ЗПП

правично суђење[26] тј., остварење права на суђење у разумном року. Стварна неједнакост тужиоца и туженог по ранијем Закону о парничном поступку у њиховим процесним правима и обавезама, на овај начин је отклоњена. Пасиван став туженог може озбиљно да успори ток судског поступка, а суд има обавезу да настоји да се поступак спроведе без одуговлачења и са што мање трошкова.

Увођење обавезе достављања одговора на тужбу за туженог, трпело је критику, да се тиме неосновано ствара обавеза за туженог у виду плаћања таксе на одговор на тужбу, која у зависности од вредности предмета спора може бити и веома велика. Међутим, у поређењу са стварним трошковима који прате одржавање припремног рочишта и његово одлагање због прибављања доказа и стављања доказних предлога туженог, судска такса на одговор на тужбу није превелики издатак. Тужени који се основано може успротивити тужбеном захтеву, сва своја оспоравања и доказе изнеће у писаном одговору на тужбу, који ће бити достављен тужиоцу на изјашњење, и резултираће доношењем одбијајуће пресуде ако су докази такви да осујећују или оспоравају у потпуности тужбени захтев. Ако тужилац са тужбом не успе, тужени ће трошкове таксе на тужбу остварити као део трошкова парничног поступка.

Слободе и права човека и грађанина ограничени су само једнаким слободама и правима других, а Уставом је загарантована једнака правна заштита за сваког у поступку пред судом. На овај начин једнакост правне заштите и правног и процесног положаја тужиоца и туженог се доводи у равнотежу, насупрот ранијој стварној процесној неједнакости. Обавези туженог да у року до 30 дана достави одговор на тужбу, претходи дужност суда да туженог поучи о садржини одговора на тужбу и последицама пропуштања његовог достављања у одређеном року.[27]

Од опште обавезе достављања одговора на тужбу, закон предвиђа изузетак[28] условљен околностима појединог случаја, а посебно ако је то потребно ради одлучивања о предлогу за одређивање привремене мере. У том случају суд ће одмах заказати рочиште и наредити да се примерак тужбе достави туженом.

---

[26] Члан 6. Европске Конвенције о људским правима

[27] Члан 282. став 2. ЗПП

[28] Члан 283. ЗПП

Садржина одговора на тужбу

Закон дефинише шта тужба треба да садржи да би била уредна и потпуна, и тужилац је дужан да тој обавези удовољи под претњом одбацивања тужбе. Да би процесни положај туженог био исти или сличан, закон предвиђа шта одговор на тужбу треба да садржи.[29]

Одговор на тужбу мора да садржи:

- процесне приговоре

- изјашњење туженог о признању или оспоравању тужбеног захтева

- ако тужени оспорава тужбени захтев мора навести чињенице на којима заснива своје наводе

- доказе којима се утврђују те чињенице

- друге податке које мора да садржи сваки поднесак (члан 100. ЗПП)

Последице неподношења одговора на тужбу

Ако тужени не поднесе одговор на тужбу у одређеном року, суд доноси пресуду којом усваја тужбени захтев (пресуда због пропуштања) ако су испуњени одређени услови предвиђени чланом 338. ЗПП. [30] Поучавање туженог о садржини одговора на тужбу и последицама пропуштања

[29] Члан 284. ЗПП

[30] Члан 338. ЗПП који гласи:

- ако тужени не поднесе одговор на тужбу у одређеном року суд доноси пресуду којом усваја тужбени захтев (пресуде због пропуштања), ако су испуњени следећи услови:

1. ако је туженом уредно достављена тужба са поуком о последицама пропуштања;
2. а кад чињеница на којима се заснива тужбени захтев нису у супротности са доказима које је сам тужилац поднео или са чињеницама које су општепознате;
3. ако основаност тужбеног захтева произилази из чињеница наведених у тужби;
4. ако не постоје општепознате околности из којих произилази да су туженог спречили оправдани разлози да одговори на тужбу.

достављања одговора, услов су према коме се цени уредност уручења тужбе на одговор.

Сматра се да тужени није доставио одговор на тужбу, ако одговор на тужбу има недостатке због којих се по њему не може поступати.[31]

Када се неће донети пресуда због пропуштања?

Неће се донети пресуда због пропуштања и када су испуњени услови из члана 338. став 1. ЗПП:

- ако суд нађе да се ради о захтеву којим странке не могу располагати (члан 3. став 2. ЗПП)

- ако из чињеница наведених у тужби не произилази основаност тужбеног захтева.

У наведеним случајевима, суд ће заказати припремно рочиште и донети пресуду којом одбија тужбени захтев, ако тужба на рочишту није преиначена.

Ако нису испуњени услови из члана 286. ЗПП,[32] а тужилац не дође на припремно рочиште тужба ће се сматрати повученом.[33]

Одлагање доношења пресуде због пропуштања

Доношење пресуде због пропуштања одложиће се:

- ако је потребно да се о околностима које се тичу недозвољених располагања прибаве одређена обавештења

- кад нема доказа да је туженом уредно достављена тужба, а несумњиво је да му је тужба упућена. У том случају суд ће одредити законом предвиђени рок ради извиђаја да ли је туженом уредно достављена тужба. Ако је тужба била уредно достављена, суд ће донети пресуду због

[31] Члан 285. ЗПП

[32] Члан 286. гласи: суд ће по правилу заказати припремно рочиште после пријема одговора на тужбу. Ако тужени није доставио одговор на тужбу, а нема услова за доношење пресуде због пропуштања, суд ће припремно рочиште заказати и одржати најкасније у року до 30 дана од дана када истекне рок за достављање одговора на тужбу

[33] Члан 289. ЗПП

пропуштања и без изјашњења странака. Против одлуке суда којом се одбија предлог за доношење пресуде због пропуштања, није дозвољена посебна жалба.

Рок за подношење одговора на тужбу је до 30 дана од пријема тужбе са прилозима. Догађа се да тужени достави одговор на тужбу који је непотпун, али пре истека рока од 30 дана. Тада суд неће применити последице пропуштања, све док не истекне законски рок до 30 дана. Ово стога, што тужени има право да одговор на тужбу употпуни све до истека законског рока. Зато суд мора сачекати да рок протекне у целини. Међутим, ако тужени достави потпун одговор на тужбу пре истека рока до 30 дана, суд има овлашћење да донесе мериторну пресуду под условом из члана 276. став 2. ЗПП[34] или закаже припремно рочиште у смислу члана 286. ЗПП. У том случају је нецелисходно чекати да протекне рок до 30 дана, јер је то супротно начелу суђења у разумном року, а не стоје никакви разлози да се чека истек законом предвиђеног рока.

Достављање тужбе на одговор у посебним поступцима

Трећи део Закона о парничном поступку, Глава XIX до XXXIV, садржи посебне поступке и то:

- поступак у парницама из радних односа
- поступак у парницама поводом колективних уговора
- поступак у парницама због сметања државине
- издавање платног налога
- поступак у парницама о споровима мале вредности и
- поступак у привредним споровима.

За посебне поступке важе и посебна правила, па је питање достављања тужбе на одговор различито третирано у овим поступцима. Тамо где нису предвиђена посебна правила, и у делу који није обухваћен посебним правилима, примењују се правила општег парничног поступка.

[34] Члан 276. став 2. ЗПП гласи: председник већа може, у току припремања главне расправе, после пријема одговора на тужбу донети пресуду ако утврди да међу странкама нису спорне чињенице и да не постоје друге сметње за доношење одлуке

- **Поступак у парницама из радних односа** одликује потреба хитног решавања. Неизвесност у тим споровима не сме да траје дуго и Европски суд за људска права веома строго цени дужину трајања парничног поступка у тим споровима. У овим парницама суд може по службеној дужности одредити привремене мере које се примењују у извршном поступку ради спречавања насилног поступања или ради отклањања ненадокнадиве штете. Привремене мере се доносе у року од 8 дана од предлога странке, ако се о привременој мери одлучује на основу предлога странке. Против решења о привременој мери није дозвољена посебна жалба, а рок за извршење чинидбе из пресуде у радном спору је 8 дана као и рок за изјављивање жалбе.

Пошто се у овом делу закона посебно не говори о обавезном достављању тужбе на одговор, из напред наведених посебних правила поступка, несумњиво произлази закључак да се у овим споровима има применити одредба члана 283. ЗПП, јер одредба члана 434. ЗПП[35] упућује на примену осталих одредаба Закона о парничном поступку. Значи: уколико постоји захтев за издавање привремене мере, или суд оцени да по службеној дужности треба издати привремену меру, одмах ће заказати рочиште по предлогу за издавање привремене мере, уручиће тужбу туженом уз позив за рочиште. То не значи да туженом неће бити остављен рок за давање одговора на тужбу, али и то може изостати зависно од конкретних околности. Пошто у радном спору поступак треба да се оконча за шест месеци, достављање одговора на тужбу у неким стварима је сасвим могуће и оправдано, па ће суд ценећи околности конкретног случаја а водећи рачуна о одредби члана 283. ЗПП, ценити да ли ће прво доставити тужбу на одговор са роком до 30 дана, или ће одмах заказати рочиште уз достављање тужбе.

- **Поступак у парницама поводом колективних уговора** у члану 442. ЗПП садржи одредбу о потреби хитног решавања ових спорова, посебно приликом одређивања рокова и рочишта, због чега у овим парницама треба поступити на исти начин као и у претходном посебном поступку који се односи на спорове из радних односа применом члана 283. ЗПП.

- **Поступак у спору због сметања државине** садржи одредбе о потреби хитног решавања, уз обавезу суда да у року од 90 дана донесе одлуку, а о привременој мери у року од 8 дана. Против решења о привреме-

[35] Члан 434. ЗПП гласи: ако у овој Глави не постоје посебне одредбе, у парницама из радних односа примењиваће се остале одредбе овог закона

ној мери није дозвољена посебна жалба, а рок за изјављивање жалбе на одлуку о главној ствари је 8 дана. Из ових одредаба, не може се извући други закључак, осим да се тужба не доставља на одговор туженом у смислу члана 283. ЗПП, већ уз позив за рочиште поводом привремене мере или одлучивање о захтеву. Тешко је замислити, да би се ови рокови могли испоштовати када би се прво тужба доставила на одговор у року до 30 дана, па потом у наредних 30 дана одређивало рочиште. Увек постоји могућност да достава буде неуредна, па је сасвим јасно да рок који је предвиђен за доношење одлуке од 90 дана, не би могао бити испоштован.

- **Поступак издавања платног налога** је иначе такав поступак да се платни налог, када за то постоје услови, издаје без одржавања рочишта, па се тужба туженом доставља са прилозима уз платни налог.[36] Ако се платни налог не усвоји, поступак се спроводи по правилима која важе за општи парнични поступак, што значи да се тужба доставља на одговор.

- **Поступак у споровима мале вредности** искључује достављање тужбе туженом на одговор изричитом одредбом члана 471. ЗПП, којом је у овим парницама искључено и заказивање припремног рочишта. Правила овог поступка су јако поједностављена и модификована, а уведена је и фикција повучене тужбе у смислу члана 475. ЗПП.[37]

- **Поступак у привредним споровима** захтева обавезно достављање тужбе на одговор туженом, осим када се ради о спору мале вредности у привредним споровима,[38] када се тужба не доставља на одговор туженом.[39]

* * *

[36] Члан 455. ЗПП

[37] Члан 475. ЗПП гласи: ако тужилац не дође на прво рочиште за главну расправу или на неко доцније рочиште а уредно је позван, сматраће се да је повукао тужбу. Ако са ког доцнијег рочишта изостану обе странке тужба ће се сматрати повученом.

[38] Члан 490. став 1. и члан 491. став 1. ЗПП гласи: у поступку у привредним споровима, спорови мале вредности су спорови у којима се тужбени захтев односи на потраживање у новцу које не прелази износ од 300.000 динара

[39] Члан 490. став 4. ЗПП који гласи: у поступку о споровима мале вредности у привредним споровима тужба се не доставља туженом на одговор.

Препорука број Р (84) 5 Комитета министара земљама чланицама о начелима грађанског поступка за унапређивање остваривања правде усвојена од стране Комитета министара 28. фебруара 1984. године, полазећи од чињенице да је право на приступ суду гарантовано чланом 6. Европске конвенције о људским правима, основна одлика демократског друштва, ради делотворног остварења правде и спречавања злоупотребе у циљу одуговлачења поступка, указује земљама чланицама на потребу да се поједноставе и учине флексибилнијим и ефикаснијим грађански поступци а истовремено задрже гаранције које странкама обезбеђују традиционална начела поступка и високи ниво правичности, па се даје овлашћење суду за ефикасније вођење поступка на следећи начин:

- поступак по редовном току ствари не би требало да траје дуже од два рочишта (припремно и главно) с тим да суд треба да обезбеди да се на време предузму сви кораци потребни за друго рочиште и да се не дозволе никаква одлагања, осим у случају појаве нових чињеница или других ванредних и важних околности,

- странка која не предузме радњу у поступку у оквиру рока који је одредио суд или закон, иако је о томе претходно била обавештена треба да трпи санкције које могу бити у виду забране предузимања одређене процесне радње, накнаде штете, накнаде трошкова, новчане казне или повлачења предмета из поступка,

- у случају очигледно неоснованог захтева суд мора имати овлашћење да пресуди по скраћеном поступку,

- поштујући права странака и начела једнакости странака, суд треба да има овлашћење да нареди странкама да обезбеде сва потребна објашњења, да се пред судом појаве лично, да расправи правна питања, да одреди извођење доказа, а тужбени захтев странака, њихова одбрана и њихови докази треба да се представе у најранијој фази поступка, пре краја припремне фазе,

- посебна правила поступка треба да постоје у циљу убрзања решавања спорова у хитним случајевима, у споровима мале вредности, у области саобраћајних незгода, радних спорова, закупа стана и одређеним областима породичних односа, а посебно одређивања и измене издржавања.

Полазећи од напред наведених препорука уважавајући нашу правну реалност, оптерећеност судова, и потребу за ефикаснијим суђењем, но-

ви Закон о парничном поступку је на нови и измењени начин конципирао подношење тужбе и достављање одговора на тужбу, који су у овом реферату изложени, а чија ће примена кроз време показати резултате ових решења.

ЗАКЉУЧАК

Тужба је основни иницијални акт којим се покреће парнични поступак.

Благовремена, дозвољена и уредна тужба, доставиће се обавезно на одговор туженом, са упозорењем да је тужени дужан да у року до 30 дана достави писани одговор на тужбу и упозорењем шта тужба треба да садржи.

Недостављање одговора на тужбу, као и достављање непотпуног одговора на тужбу, производи законом предвиђене последице, у зависности од садржине саме тужбе и одговора на тужбу.

Достављање одговора на тужбу у законом прописаном року, са законом предвиђеном садржином, ангажује суд да у законом проведеном доказном поступку донесе одговарајућу одлуку о тужбеном захтеву.

Начело диспозиције странака доследно је афирмисано, па тужилац и тужени својим диспозитивним радњама, "управљају поступком" на законом прописани начин, штедећи судско време у циљу бржег и ефикаснијег поступка за заштиту субјективних грађанских права, али не и на њихову штету.

Активна улога суда сведена је на оптимално потребну меру за заштиту права неуке странке у тачно предвиђеним случајевима.

Сама странка је чувар и заштитник својих интереса, а суд пружа правну заштиту повређеним субјективним правима странке, која заштита је законита, једнака и правична. Ни мање, ни више од тога.

Предраг Трифуновић,
судија Врховног суда Србије

ВАНРЕДНИ ПРАВНИ ЛЕКОВИ

- Неки проблеми у практичној примени -

У В О Д

Дана **23.02.2005. године** ступио је на снагу делимично реформисани Закон о парничном поступку ("Сл.гласник РС" бр.125/04). У циљу контроле законитости и рада нижестепених судова, предвиђа **четири ванредна правна лека**, и то: директну ревизију (чл.389.-393.), ревизију (чл.394.-412.), захтев за заштиту законитости (чл.423.-421.) и предлог за понављање поступка (чл.422.433.). Осим "класичне" ревизије која се може изјавити против одређених другостепених одлука (ограничења су присутна било због вредности спора или врсте спора) Закон је у правни живот увео и ревизију уз допуштење од стране суда (која јача судску власт), али је примена те одредбе одложена до почетка рада апелационих судова.

Императив времена постаје извесност и брзина, и захтева ефикасан, јефтин и брз грађански поступак. Зато се на ванредне правне лекове гледа са благим неповерењем јер њихова примена продужава неизвесност у спорним односима. Али судска процедура као и остале гране права зависи од културе и традиције једног народа, обичаја, религијских схватања, друштвено-економских прилика, филозофских схватања, социологије, психологије и осталих културних чинилаца, као и од реалног стања у правосуђу. Имајући све то у виду, ванредни правни лекови су у нашим условима нужност.

Период за уочавање проблема у примени новог закона је недовољан, јер ванредни правни лекови стижу на крају. Овај стручни рад посвећен је уоченом. У тексту обима једног ауторског табака не могу се анализирати нити осветлити сви проблеми и понудити решења за примену 44 члана, од којих многи заслужују и (постоје) докторске дисертације. Зато

се концентришем на постављање проблема и покушај одговора на она питања која захтевају макар два тумача (четири питања из области допуштености ревизије и по једно из захтева за заштиту законитости и понављања поступка). Директном ревизијом се нисам бавио - нема спорног, а статистички је безначајно (12 предмета). Приказ новина и усклађености са Препорукама са понеким критичким осврtом, неизбежан је.

Р Е В И З И Ј А

Усклађеност и новине

Ревизија (касација у француском праву) је правно средство странака ради контроле (углавном) другостепених судских одлука. Присутна је у готово свим европским државама и у нашој земљи има дугу традицију.[1] И ранија а нарочито садашња правила о ревизији готово у свему поштују **Препоруку Р.95/5** о увођењу и унапређењу жалбених поступака у грађанским и привредним предметима[2] у делу који се односи на улогу и деловање суда трећег степена. Ревизија је ванредно средство незадовољне странке у циљу добијања повољније пресуде (измена другостепене одлуке) и њена дозвољеност зависи од врсте спора (друштвено значајнији спорови) и вредности спора (веће вредности). Ограничена је на правна питања према већ утврђеном чињеничном стању (осим када је чињенично стање непотпуно утврђено) и може се изјавити због одређеног броја процесних грешака и погрешне примене материјалног права.

Дакле, правила о ревизији поштују Препоруку да је предмет "већ обрађен од стране два суда" па се ревизија (Препорука говори о жалби трећој судској инстанци) користи у случајевима који посебно заслужују треће судско преиспитивање, на пример, у предметима у којима би се постигло ново тумачење права или који доприносе уједначном тумачењу права или

[1] По узору на француско право у Србији је формиран Врховни суд за време владавине Михаила Обреновића 1865. године и он је имао и жалбену и касацијску улогу. Закон о судском поступку у грађанским парницама из 1929. године, сачињен по угледу на аустријски грађански судски поступак предвидео је ревизију. Тај закон је био узор Закону о парничном поступку из 1956. године који ревизију у важним споровима третира као редован правни лек. Законом о парничном поступку из 1977. године ревизија је постала ванредан правни лек.

[2] Препорука је усвојена од стране Савета Европе 07.02.1995. године

разматрању правних питања од општег интереса. Наведени доста неодређени појмови "ново тумачење права, уједначено тумачење права и питања од општег интереса" добили су свој нормативни израз у члану 390. (директна ревизија), члану 395. (изузетна допуштеност ревизије по оцени Апелационог суда у предметима у којима се ревизија не би могла изјавити) и у члану 405. став 2. који предвиђа могућност детаљног необразлагања ревизијске пресуде. Увођење жалбе са алтернативним предлозима за ревизијско одлучивање – директне ревизије је директна последица Препоруке. Ограничење броја предмета који заслужују испитивање треће судске инстанце, је у вези са **Препоруком Р(86) 12**. о мерама за спречавање смањења оптерећености судова. Иако Препорука у начелу сматра да не треба дозволити изношење нових чињеница и доказа пред трећестепеним судом наша правила су у том делу строжија јер се ревизија не може изјавити због погрешно и непотпуно утврђеног чињеничног стања (члан 398. став 2.)

Међутим, ако се пође од значаја места и улоге ревизије и за тренутак занемари страначки интерес да се добије повољна пресуда и акценат стави на општост тј. на јединственост и тачност у примени права, контролу законитости, хармоничан развој права и кроз највишу судску инстанцу остваривање ауторитета права и правосуђа, чини се да ревизија код садашњих законодавних решења не остварује у потпуности свој циљ.

Наиме, Препорука предвиђа да одлуке другостепених судова треба да буду извршне, осим ако другостепени или трећестепени суд не дозволи одлагање извршења или ако жалилац не положи одговарајуће обезбеђење (чл.7.е). Врховни суд нема могућности да одложи извршење одлуке. За разлику од немачког права, правило из члана 397. новог ЗПП-а је идентично ранијем да поднесена ревизија не задржава извршење правоснажне пресуде против које је изјављена. И Закон о извршном поступку, донет истог дана, који са Законом о парничном поступку представља јединство грађанског судског поступка, у одредбама о одлагању и обустави извршења не садржи могућност да се извршење одложи одлуком другостепеног или трећестепеног суда, а ни извршног суда до окончања поступка по ревизији (раније је извршни суд имао то овлашћење).

Ако се зна да се 20% до 30% извршних одлука у ревизијском поступку укида, онда је јасно да се са падом ауторитета извршне одлуке, не повећава већ се смањује и ауторитет одлуке Врховног суда, јер се ревизијски поступак игнорише.

Други вид слабљења ауторитета највишег суда произилази из правила да нижи судови нису везани правним ставом израженим у ревизији. Чланом 411. новог ЗИП-а, предвиђено је да ће се у поступку поводом ревизије између осталог, сходно примењивати и одредбе о жалби против пресуде из члана 381.-384. Закона. У члану 384. став 2. прописано је правило да је првостепени суд дужан да изведе све парничне радње и да расправи сва спорна питања на која је указао другостепени суд. Из ове одредбе произилази да првостепени, а касније и другостепени суд није везан за материјалноправна схватања изражена у ревизијској одлуци. Такво решење је супротно решењима у упоредном праву по којима су правна схватања из ревизијске одлуке обавезујућа за нижестепене судове (Немачка).[3]

Осврнимо се укратко на најбитније **новине** из новог закона. Оне су следеће:

- увођење у процесно право **директне ревизије** – жалбе са алтернативним предлогом за ревизијско одлучивање по угледу на немачко право, под условом да противник у писменој форми пристане на заобилажење жалбеног суда и то због погрешне примене материјалног права и једне процесне грешке (када је пресуда заснована на недозвољеним располагањима странака);

- код ревизије као ванредног правног лека у одредби о допуштености **избрисана је синтагма "у свим споровима"**;[4]

[3] Поједине одредбе материјалногправног карактера доприносе слабљењу ауторитета ревизијске одлуке. Тако је из садржине чл.216. ЗОО закључено да се не може тражити повраћај исплаћених износа код нематеријалне штете савесном прибавиоцу ако је противник уложио ревизију, па тако одлука Врховног суда која коригује висину штете остаје практично без дејства.

[4] Члан 394. гласи: "Против правноснажне пресуде у другом степену, странке могу изјавити ревизију у року од 30 дана од дана достављања преписа пресуде. Ревизија није дозвољена о имовинскоправним споровима кад се тужбени захтев односи на потраживање у новцу, на предају ствари или извршење неке друге чинидбе, ако вредност предмета спора побијаног дела правноснажне пресуде не прелази 500.000,00 динара. Ревизија није дозвољена о имовинскоправним споровима кад се тужбени захтев не односи на потраживање у новцу, предају ствари или извршење неке друге чинидбе, ако вредност предмета спора не прелази 500.000 динара. Изузетно и када се ради о тужбеном захтеву из става 2. и 3. овог члана, ревизија је увек дозвољена: 1) у парницама о праву на издржавање или о

- повећана је меродавна вредност **у имовинским споровима за изјављивање ревизије са 300.000,00 динара на 500.000,00 динара (у привредним споровима на 2.500.000,00);**

По врсти спора ревизија је допуштена:

- **о праву на издржавање** и о праву на укидање издржавања;

- о праву на **накнаду штете због изгубљеног издржавања** услед смрти даваоца издржавања (не као раније и због изгубљене зараде и других прихода по основу рада);

- због **повреда ауторског права** и кад се не односе на имовинскоправни захтев;

- по угледу на англосаксонско право и по узору на нека континентална права (Немачка, Финска), ревизија је **изузетно дозвољена** и против другостепених пресуда које се по општим правилима не би могле побијати кад је по оцени Апелационог суда нужно размотрити правна питања од општег интереса, уједначити судску праксу и кад је потребно ново тумачење права;

- у погледу ревизијских разлога **повећан је број процесних грешака** због којих се може изјавити ревизија;

- ревизија је допуштена само када у поступку по ревизији странку заступа **стручно лице – адвокат** који мора саставити текст ревизије;

- **рок** за одговор на ревизију са 30 дана **скраћен** је на 15 дана с тим што су прописани рокови за достављање ревизије противној странци и јавном тужиоцу (8 дана) и што се ревизија са списима Врховном суду мора доставити у року од 15 дана.

праву на укидање издржавања; 2) у споровима о праву на накнаду штете због изгубљеног издржавања услед смрти даваоца издражавања; 3) у имовинским споровима који настану из противуставних и противзаконитих појединачних аката и радњи којим се правна или физичка лица зависно од седишта, односно пребивалишта стављају у неравноправан положај на јединственом тржишту или на други начин нарушава јединство тржишта, укључујући и парнице о накнади штете, која се тим проузрокује; 4) у споровима због повреде ауторског права, заштите и употребе проналаска и техничких унапређења, узорака, модела и жигова, фирме или назива, као и у споровима из нелојалне утакмице и монополистичких понашања кад се односе на имовинскоправни захтев.

- створена је могућност да ревизијски суд **детаљно не образлаже** пресуду у случају одбијања ревизије ако закључи да то није потребно зато што се у ревизији понављају жалбени разлози и кад се образложењем ревизије не би постигло ново тумачење права нити допринело уједначеном тумачењу права.

- у односу на дозвољеност ревизије против решења, новина је да је она увек дозвољена против решења другостепеног суда којим је правоснажно одлучено о предлогу за понављање поступка.

О дозвољености ревизије[5]

1) Имовински и неимовински спорови

Да ли је нови ЗПП задржао поделу на неимовинске и имовинске спорове (практично утврђену изменама ЗПП-а из 1998. године), када је изоставио синтагму "у свим споровима"; да ли су ти спорови (неимовински) остали ван домашаја ревизијског одлучивања или су подложни контроли ревизијског суда под условом да тужилац означи вредност предмета спора који је нужни услов за уредност тужбе и изјављивање ревизије?

Формулација и садржина садашњег члана 394. ЗПП-а о дозвољености ревизије веома је слична ранијим законима о парничном поступку који су важили до 1998. године (без меродавних вредности у имовинским споровима који су се почев од 1994. године кретале од 800,00 динара, 15.000,00 динара и 300.000,00 динара). Услов за допуштеност ревизије представља а) **правноснажност одлуке** (небитно је да ли се ради о потврђујућој или преиначујућој одлуци, не и о укидајућој); б) да је донета од стране **другостепеног суда**. Трећи услов у погледу законског лимита и ограничења у имовинским споровима садржан је у ставу 2. (потраживање у новцу) и 3. (неновчани спорови, као и спорови по тужбама ради утврђења и преображајним тужбама).

[5] У имовинским споровима (неновчаним) право на ревизију зависи од тужиоца или одлуке првостепеног суда који је одредио вредност спора ако је она очигледно ниско или очигледно високо означена (чл.34.). Ревизија се не може "купити" накнадним означењем спора у току парнице. Код новчаних захтева у случају преиначења тужбе, дозвољеност ревизије цени се по моменту преиначења јер се преиначење уподобљава подношењу нове тужбе.

Имајући у виду ограничења у погледу имовинских спорова један део правне теорије стоји на становишту да Закон о парничном поступку прави разлику између имовинских и неимовинских спорова. То разграничење није експлицитно али такав закључак произилази из дикције члана 382. Како закон лимитира имовинске спорове то се закључује да је ревизија увек допуштена у неимовинским споровима, па се као примери наводе поступци код објављивања исправке информације, тужба из члана 157. ЗОО-а (захтев за престанак радњи којима се повређује интегритет личног и породичног живота), тужба из члана 199. ЗОО којом се може тражити објављивање пресуде односно исправке или повлачење изјаве од стране штетника или пак нешто друго. Аутори даље закључују да је осим изложених случајева, ревизија допуштена у свим радним споровима, у споровима из ауторског права, права на заштиту и употребу проналазака и техничких унапређења, узорака, модела и жигова као и употребу фирме, као и споровима из нелојалне утакмице без обзира на вредност спора.[6]

Изложено тумачење ранијег члана 382. став 1. ЗПП-а није добило потврду у судској пракси, све до измена ЗПП-а из 1998. године. Тада је, ставу 1. члана 382. додата синтагма "у свим споровима", вероватно под утицајем једног дела процесне теорије. Судска пракса чини се да није одмах прихватила становиште о дозвољености ревизије у свим неимовинским споровима и та формулација изазивала је дилему и неповерење Врховног суда, јер је на први поглед то у супротности и противречности са ревизијом као ванредним и ограниченим правним средством. Међутим, у три врсте неимовинских спорова употребљена је та врста аргументације па је ревизија постала дозвољена на основу члана 382. став 1. у споровима поводом расподеле станова[7], у споровима између синдиката и послодаваца поводом колективних уговора, у споровима поводом избора и разреше-

[6] др Весна Ракић-Водинелић "Ревизија против пресуде", Нови Сад, 1995. година, стр. 88. и 110. Познић о овој подели се изричито не изјашњава, "Грађанско процесно право" 1982. године, стр.308; Трива сматра да када закон не пружа довољно прецизан одговор судска пракса тежи слабљењу ревизијских ограничења, др Синиша Трива "Грађански парнични поступак" 1964. година, стр.592

[7] Правно схватање Грађанског одељења Врховног суда утврђено на седници 8.фебруара 1999. године

ња органа правних лица и у споровима о избору и разрешењу директора[8]. Напротив у неким другим споровима који имају неимовински карактер као што је признање страних судских одлука и споровима у поступку брисања (укидања) потврде о извршности односно правноснажности ревизија није дозвољена.[9]

С обзиром на последње измене поставило се питање дозвољености ревизије у стамбеним споровима, споровима ради избора и разрешења правног лица и отказа директору (колективни спорови су по самом закону постали ревизијски).

Чини се да ће ревизија **у стамбеним споровима** (поништај одлуке о додели стана, отказ уговора, престанак уговора, поништај решења о откупу) по тужбама поднетим после 23.2.2005. године бити недозвољена осим ако вредност спора коју тужилац означи или коју суд утврди не прелази лимит од 500.000,00 динара. Са становишта дозвољености ревизије ови спорови су одувек били привилеговани. Иако суштински имају имовинско правни карактер управо због важности питања и заштите носилаца станарских права првобитно су проглашени радним, јер је ревизија увек била дозвољена у свим радним споровима до 1998. године. Сматрало се да радни однос представља први и неопходан услов за добијање стана па је станарско право зависило од радно правног статуса при чему се наглашавао (понекад из идеолошких разлога) његов неимовински карактер. Када је 1998. године дошло до ограничења дозвољености ревизије у радним споровима на заснивање, утврђење и престанак радног односа (члан 437а.) због важности права на стан као животног питања, Врховни суд је искористио наведену синтагму "у свим споровима" и продужио ревизијски живот овим споровима без обзира на означену односно неозначену вредност спора.

У погледу **именовања из разрешења органа правног лица** као и у погледу именовања и разрешења **директора** у режиму новог ЗПП-а ревизија не би била дозвољена имајући у виду садржину члана 439. (која је идентична ранијем 437а.) осим ако због разрешења директору не престаје радни однос. (По сада важећем Закону о раду директор може засновати

[8] Правни став Грађанског одељења од 10. марта 2003. године, све објављено у Билтену Врховног суда Србије бр.3/2005, стр.180. и 183.

[9] Правно схватање Грађанског одељења утврђено на седници од 16. фебруара 1998. године

радни однос, на неодређено време, на одређено време или функцију директора обављати по основу уговора без заснивања радног односа).

Подела на имовинске и неимовинске спорове у примени новог ЗПП **није нужна.** Довољно је исцрпно разграничење дозвољености ревизије по вредности или по врсти спора прописаним у општој одредби (члан 394.), одредбама у посебним поступцима ЗПП-а и правилима других закона (примера ради Породичном закону или Закону о ванпарничном поступку). Томе доприноси и заоштреност правила о уредности тужбе (члан 187. новог ЗПП-а) који уредност тужбе условљава и обавезним означењем вредности спора у свакој врсти парнице без изузетка. Имајући то у виду долазимо у ситуацију олакшаног решавања спора о дозвољености ревизије. Тако ће тужбе из члана 157. и 199. ЗОО-а зависити од вредности спора коју је тужилац означио у тужби или коју је суд на погодан начин утврдио.

Са друге стране избегава се давнашњи спор о дозвољености ревизије када у неновчаним захтевима вредност спора уопште није означена.

2) Ревизија у породичним односима

У погледу допуштености ревизије у породичним споровима одмах пада у очи различитост регулисања; док је ЗПП ревизију ограничио само на право издржавања или укидања издржавања (не и кад је у питању спор о висини издржавања), Породични закон у члану 208. садржи правило најшире дозвољености ревизије изражено на следећи начин: "ревизија је увек дозвољена у вези са породичним односима, осим ако овим Законом није друкчије одређено". Колизију ова два закона морамо решити применом правила "lex specialis derogat legi generali". **Породични закон** у својим процесним одредбама **је специјални** закон у односу на ЗПП као општи закон и та правила као специјална дерогирају примену општег. Но тешкоће у изјављивању допуштености ревизије нису престале. Поставља се питање који су то све спорови " у вези са породичним односима ". Да ли је законодавац мислио и на имовинско правне спорове брачних другова, ванбрачних партнера и чланова породичне заједнице.

Чини се да су наведени имовински односи ван контоле ревизијског суда (осим ако није означена меродавна вредност спора за изјављивање ревизије – преко 500.000,00 динара).

Наиме, у одговору на ово питање треба поћи од десетог дела Породичног закона и садржине "Поступака у вези са породичним односима" односно "поступака пред судом". У тој глави набројани су следећи поступци и то:

а) поступак у брачним споровима који се односи на утврђивање постојања или непостојања брака као и поништење и развода брака (члан 210.),

б) поступак о спору о материнству и очинству,

ц) поступак у спору за заштиту права детета и у спору за вршење односно лишење родитељског права,

д) поступак у спору за поништење усвојења,

е) поступак у спору за издржавање и

ф) поступак у спору за заштиту од насиља у породици.

У свим тим поступцима ревизија би била дозвољена у смислу члана 208., осим код другостепене одлуке о поништају или разводу брака где је чланом 227. став 2. изричито искључена. Међутим, у случају одбијања захтева за поништај или развод брака ревизија би била допуштена. Јасно је да у поступку посредовања, мирења и нагодбе у брачним споровима ревизија није допуштена по самој природи ствари јер се ти поступци завршавају пред првостепеним судом. Имајући у виду да се, дакле, **имовински односи** брачних другова, ванбрачних партнера и чланова породичне заједнице не сматрају споровима у вези са породичним односима иако имају своје порекло у закључењу брака, ванбрачној заједници или стицању у породичној заједници, **ревизија би била дозвољена као у општем имовинском режиму** (под условом да тужилац означи меродавну вредност или да је суд у поступку испитивања вредности посебно утврди).

3) Стручно заступање и дозвољеност

Нови ЗПП је усвојио модерну концепцију присутну у упоредном праву (немачко и италијанско) о стручном заступању у поступку пред највишим судом (циљ - помоћ Врховном суду и квалитет правног средства од кога у крајњој линији користи могу имати и странке), прописујући у члану 401. став 1. тачка 2. недозвољеност ако је ревизију изјавило лице које није адвокат. Законодавац је очигледно мислио на заступање и састав ревизије јер ревизију изјављује странка, (пуномоћник поступа у име и за рачун странке). Ако би то

учинило неко друго лице ревизија би била одбачена по тачки 1. Та одредба је на провери уставности и не упуштајући се у то да ли је њеним прописивањем странкама отежан пут до највише судске инстанце и да ли је повређена једнакост, у пракси се одмах поставило питање да ли **државни органи** морају да буду заступани од стране адвоката у поступку по ревизији и захтеву за заштиту законитости, (јасно је да су јавна правобранилаштва и јавна тужилаштва у том положају изједначени са адвокатуром); да ли **адвокати у сопственим парницама** морају да буду заступани у ревизијском поступку; да ли **остала стручна лица** у погледу познавања права (професори универзитета, судије и лица са положеним правосудним испитом) морају да буду заступани од стране адвоката.

У одговору на ово питање морамо поћи од садржине члана 84. став 2. и 3. ЗПП-а и одредбу члана 401. о дозвољености ревизије тумачити повезано са правилима о пуномоћницима. У члану 84. прописано је да странку мора заступати адвокат у поступку по ревизији и захтеву за заштиту законитости, а став 3. садржи правило да се заступање државне заједнице, државе чланице и њених органа, јединица територијалне аутономије и локалне самоуправе уређује посебним прописима. Чини се да став 3. ближе објашњава став 2. и да представља изузетак од правила о обавезном стручном заступању. Тако ће општину моћи да заступа и секретар који нема положен правосудни испит ако је то Статутом тако уређено или неки специфичан државни орган који има статус правног лица и правник без положеног правосудног испита ако је то уређено нормативним актом (законским или подзаконским) којим се регулише статус тог државног органа.[10]

Ако би одредбу члана 401. став 2. тачка 2. тумачили језички, а имајући у виду начело формалности које влада у процесном праву носиоци академских звања на Правним факултетитима, судије и сви остали правници са положеним правосудни испитом који би формално испуњавали услове за стицање својства адвоката, као странке у ревизијском поступку морали би бити заступани од стране адвоката, па би у случају њиховог директног обраћања ревизијском суду, ревизија морала бити одбачена као недозвољена. Иако је језичко тумачење у формалном праву доминантно, чини ми се да у овом случају предност треба дати циљном јер

[10] Напротив, ревизија није допуштена ако је изјављена од стране шефа правне службе предузећа Рев.II 1041/06 од 13.07.2006. године

форма нија сама себи сврха. Циљ ограничења постулационе способности странке је, између осталог, стручна помоћ странци и квалитет ревизије као правног лека. Ако је то тако, апсурдно би било да судији (примера ради Врховног суда) који се појављује као странка у поступку, ревизију мора да састави адвокат. Такође би нелогично било да адвоката као странку у парници у ревизијском поступку заступа адвокат (аргументација иста као у претходним примерима).

Пошто је, дакле, циљ ограничења постулационе способности странака стручно и квалитетно заступање пред највишим судом и олакшање рада, а имајући у виду да Врховни суд може (као и у свим системима) да отклања ситне мане права, са позивом на **циљно тумачење**, мишљења сам да се одредба члана 401. став 2. тачка 2. у вези члана 84. новог ЗПП-а не односи на напред побројана лица.[11]

4) Важење норми парничног поступка у времену и дозвољеност

Који од два Закона о парничном поступку применити на парницу у току? Прелазна одредба из **члана 491.**[12] разрешава ову дилему. Ако упрошћено анализирамо ту одредбу закључујемо:

---

[11] По Закону о судском парничном поступку из 1929. године, адвокати, јавни бележници, професори права, чиновници суда, државног правобранилаштва, државног тужилаштва и Министарства правде само ако су способни да врше судску службу или адвокатуру могу сами вршити парничне радње и не треба им адвокат ни у првом ни у вишем степену у својим парницама, парницама своје супруге и деце ... (чл.129.)

[12] Члан 491. гласи:"Ако је пре ступања на снагу овог закона донета првостепена пресуда или решење којим се поступак пред првостепеним судом окончава, даљи поступак спровешће се по досадашњим прописима. Даном ступања на снагу овог закона поступак у коме је одређено мировање наставиће се по одредбама овога закона. Ако по ступању на снагу овог закона буде укинута првостепена одлука из става 1. овог члана, даљи поступак спровешће се по овом закону. О ревизији изјављеној против правноснажне одлуке другостепеног суда, у поступку који је покренут пре почетка примене овог закона, одлучиваће се по правилима парничног поступка која су важила до ступања на снагу овог закона. О захтеву за заштиту законитости који је до дана ступања на снагу овог

- ако је пре ступања на снагу Закона (23.2.2005. године) донета првостепена пресуда даљи поступак спровешће се по старом закону;

- ако је првостепена пресуда донета после тог момента или ако се она укине на парницу у току примениће се нов Закон.

Полазећи од принципа стечених права на ревизију које је доследно поштовано у нашем процесном праву (осим правила садржаних у прелазним одредбама Закона из 1998. године) у пракси је спорно значење синтагме "о ревизији" садржаној у члану 491. став 4. новог ЗПП-а или прецизније: у ситуацији када је парнични поступак покренут пре примене новог Закона (поднета тужба), а обе нижестепене пресуде донете су у новом режиму, да ли исказ "о ревизији" подразумева само дозвољеност ревизије по вредности или по врсти спора или је њен домашај шири, те се односи и на друга питања везана за ревизију (бројност и идентитет битних повреда због којих се може изјавити), при чему се у овом тренутку као посебан проблем јавља правило о стручном заступању. У тумачењу ове одредбе испољила су се два супротстављена гледишта:

По првом, одредба има шири домашај и подразумева не само примену ранијег закона у погледу дозвољености ревизије, већ и примену осталих института у погледу битних повреда, као и примену ранијег правила о слободи у заступању везаном за ревизијски поступак и одсуству правила о стручном саставу ревизије од стране адвоката. При том се признаје да шире тумачење правила може деловати нелогично и узроковати противуречност имајући у виду да ревизијски суд оцењује постојање битних повреда по старом закону, а другостепени суд је у тој оцени применио нов Закон.

По другом схватању смисао одредбе је ужи, односи се само на дозвољеност ревизије у вредносном смислу или по врсти спора. На сва остала питања везана за поступак по ревизији примењује се нови Закон.

На седници од 13. јула 2006. године Грађанско одељење је прихватило друго изложено гледиште о ужем тумачењу дејства члана 491. став 4. па се израз "о ревизији" (иначе садржан у свим ранијим прелазним и завршним одредбама када се проблем састава ревизије и стручног заступа-

закона подигнут пред надлежним судом по досадашњим правилима решаваће се по тим правилима."

ња није постављао) односи само на дозвољеност ревизије, а не и на остала питања ревизијског поступка.

Према томе, ако су и првостепена и другостепена пресуда донете у новом режиму (после 23.2.2005. године) **дозвољеност ревизије** у погледу врсте спора и вредности **цениће се по старом Закону**, али у погледу оцене постојања битних повреда и заступања у ревизијском поступку примениће се правила новог Закона.

Захтев за заштиту законитости

Захтев за заштиту законитости као ванредни правни лек који је улагао јавни тужилац против сваке правоснажне одлуке (осим ревизијске) у циљу успостављања законитости која је нарушена правоснажном одлуком, готово да је нестао из правног живота.

У припреми за реформу парничне процедуре на овим просторима, почев од познатих процесуалиста[13] па до државних комисија формираних за реформу процедуре истицала се нужност укидања овог института или његове значајне реформе у циљу смањења овлашћења јавног тужиоца. Страни кредитори су негодовали због правне сигурности и извесности као и дугог трајања поступка пред Врховним судом. Међутим, чула су се и мишљења, (чак и представника из иностранства) да је захтев за заштиту законитости нужно очувати у готово неизмењеном виду неколико година у прелазном периоду до стабилизовања друштвено економских прилика и побољшања стања у правосуђу.

Захтев за заштиту законитости је по новом ЗПП-у опстао али је број разлога због којих се може уложити сведен на само **два** и то:

- против правоснажне одлуке донесене у спору који се односи на уговор о промету непокретности због тога што је уговор по својој садржини или циљу противан принудним прописима, јавном поретку и правилима морала (члан 414.);

- и због битне повреде одредаба парничног поступка из члана 361. став 2. тачка 5. (ако је противно одредбама закона суд зановао своју одлуку на недозвољеним располагањима странка – члан 3. став 3. ЗПП-а).

[13] Познић П.Ж. 1996/1-2, Београд, стр.486

Захтев за заштиту законитости не може се као раније поднети због одређених битних повреда парничног поступка и због погрешне примене материјалног права. Новина је могућност да странка подигне захтев за заштиту законитости у року од 30 дана од дана пријема обавештења од стране јавног тужиоца.

У примени овог института поставио се проблем шта су то **недозвољена располагања странака;** да ли је то процесни институт (битна повреда) или има карактеристике материјално правног питања; да ли се та битна повреда може уподобити погрешној примени материјалног права? Ако се она не изједначава са материјалним правом да ли се подношење тужбе, предлога или чак предлога за извршење може сматрати недозвољеним располагањем странака?

По преовлађујућем гледишту које влада у Врховном суду и које је изражено у већем броју решења којима се захтев за заштиту законитости било од стране јавног тужиоца било од стране странке одбацује, битна повреда због које се може изјавити захтев за заштиту законитости је искључиво **процесни институт**, не може се уподобити материјалном праву, односи се на понашања странака у време трајања парнице и на одлуку која је заснована на њиховој диспозицији (**одрицање од захтева, признање и поравнање**) а не ако је одлука заснована на писменим или усменим контрадикторним доказним средствима. О томе нам сведочи следеће образложење:

"По члану 3. став 3. ЗПП-а која није измењена у односу на ранији закон, странке могу слободно располагати захтевима које су ставиле у току поступка. Оне се могу одрећи од својих захтева, признати захтев противника и поравнати се. Суд неће уважити располагања странака која су у супротности са принудним прописима, јавним поретком и правилима морала. Из ове одредбе произилази да је у ставу 1. изражено начело диспозиције странака које се огледа у њиховом овлашћењу да слободно располажу захтевима која су ставила у поступку. Ово располагања странке могу вршити непосредно процесним радњама као што су повлачење тужбе или против тужбе; одрицањем од тужбеног захтева, односно противтуженог; закључењем судског поравнања; признањем тужбеног захтева односно противтужбеног. Располагање се може вршити на поредан начин признањем чињеница из којих произилази основаност захтева, изостанком са припремног или првог рочишта за главну расправу, изостанка са рочи-

шта које има за последицу утврђење да се тужба сматра повученом. У овом случају не постоји ни посредно ни непосредно располагање странака јер се оне нису одрицале од захтева, признале захтев противника или се поравнале, нити је одлука заснована на посредном признању чињеница односно изостанку са првог рочишта. Одлука се заснива на утврђењу нижестепених судова да нису испуњени услови..., а не на непосредном или посредном располагању странака. Имајући у виду да се по ступању на снагу новог Закона о парничном поступку не може подићи захтев због више битних повреда одредаба парничног поступка и погрешне примене материјалног права, већ само због једне учињене битне повреде која се односи на располагања странака то нису испуњени услови за улагање захтева од стране јавног тужиоца, а самим тим ни улагање захтева од стране странке у смислу члана 418. ЗПП-а. У погледу овог ванредног правног лека странка има у погледу разлога за изјављивање онолико права колико и јавни тужилац... Обавештење надлежног јавног тужиоца упућено странкама нема учинак проширења разлога за изјављивање овог правног лека нити је Врховни суд у обавези да мериторно одлучи о захтеву странке зазаштиту законитости само због чињенице да је јавни тужилац обавестио странку да се она сама може користити ванредним правним средством. И за странку као и за јавног тужиоца важе ограничења у погледу разлога за изјављивање садржана у члану 417. ЗПП-а"[14].

По другом становишту израженом у веома малом броју одлука домашај битне повреде из члана 361. став 2. тачка 5. у вези члана 3. став 3. ЗПП-а је шири, па се *"под незаконитим располагањем странака може сматрати не само подношење тужбе већ и подношење предлога за извршење које је у супротности са принудним прописима и јавним поретком и правилима морала"*[15].

Присталица сам првог схватања, мада и за друго у садашњим условима има извесног оправдања.

Институт забране располагања по готово неспорном становишту израженом у више судских одлука, (углавном из области промета непокретности, када је одлучено пресудом по основу признања) и правној теорији је процесног карактера. Располагање је, дакле, "изјава воље странке

[14] Решење Врховног суда Србије I СГЗЗ 1/05 од 19.априла 1995. године
[15] Спзз. 39/05, решење Врховног суда Србије од 5.новембра 2005. године

(парнична радња) којом се мења одређена процесна ситуација без посредовања. Већина парничних радњи саме по себи не мењају процесну ситуацију, већ само стварају основ да суд својом одлуком, изричитом или конклудентном створи ту нову ситуацију. Например, тужба је радња која не производи сама по себи нову процесну ситуацију, али без тужбе нема пресуде, а кад суд донесе пресуду, онда се наравно, битно и радикално изменио процесни положај обеју парничних странака".[16]

По теорији, радње располагања које нису спорне, су: признање тужбеног захтева, одрицање, закључење судског поравнања, закључење уговора са процесноправним дејством (пророгациони споразум) и принудно поравнање у стечајном поступку. Теоретски спорно је повлачење тужбе и признање чињеница. Судска пракса радњама располагања придаје шири смисао.

Имајући у виду речено тужба као иницијални акт којим се захтева заштита повређеног субјективног права нема карактер располагања без обзира колико била нетачна. То даље значи да ни пресуда заснована на контрадикторном поступку и слободном судијском уверењу у оцени доказа, не може такође, представљати повреду права располагања. Из изстих разлога и предлог за извршење судске одлуке не може сам по себи представљати никакво право располагања. Ако би се прихватио резон мањине, онда би се наведена битна повреда уподобљавала у свему материјалном праву. Међутим, нови ЗПП није прихватио материјално право као разлог за улагање захтева за заштиту законитости.

Али, ако је захтев за заштиту у погледу разлога ограничен на само једну битну повреду (промет непокретности је практично двоструко заштићен) и ако члан 395. ЗПП (о изузетној дозвољености ревизије по одлуци апелационог суда) није ступио на снагу (рок 01.01.2007. године ће вероватно бити продужен) поставља се питање како и на који начин у прелазном периоду елиминисати очигледно погрешне одлуке из правног живота које очито вређају јавни поредак, материјално право и правила морала. (У описаном другом примеру трговински суд је привременом мером ставио ван снаге одлуку Народне банке о ликвидацији једне пословне банке и спровео извршење те привремене мере, флагрантно се умешавши у надлежност другог државног органа (Народне банке) и Врховног суда у

[16] Весна Ракић-Водинелић, ЗПП у пракси - ефикасност поступка, Подгорица, децембар 2001. године, стр.203

управном спору.) Код такве незаконитости одлука Врховног суда се може оправдати али у условима правила због којих се захтев за заштиту законитости може уложити тешко и одбранити.

Изложени други пример показује да је елиминација захтева за заштиту законитости могла бити ублажена применом чл. 395. (без одлагања), са решењем да о дозвољености те врсте ревизије одлуку доноси Врховни суд а не апелациони. То решење постоји у упоредном праву и присутно је нарочито у англосаксонским земљама.

Понављање поступка

Док је захтев за заштиту законитости редуциран на само једну битну повреду, повећан је број разлога због којих странка може против правноснажне судске одлуке (пресуде, решења) захтевати понављање поступка. Уместо раније девет разлога садашњи закон садржи **десет** (један је избачен а додата су два нова). Понављање правноснажно окончаног поступка се не може захтевати због учешћа судије који је морао бити изузет у доношењу одлуке.

Прва новина је садржана у тач.8. (ако је накнадно пред надлежним органом правноснажно решено **претходно питање** из чл.12. на коме је одлука заснована). Друга новина је садржана у тач.10. (ако је, по правноснажно окончаном поступку пред домаћим судом, **Европски суд за људска права** донео одлуку **о истом или сличном** правном односу против Србије и Црне Горе). Ова последња новина је резултат **Препоруке Р (2000)-2** Комитета министара упућена државама чланицама за преиспитивање или поновно отварање одређених предмета на домаћем нивоу по изрицању пресуде Европског суда за људска права, усвојена 19.01.2000. године. Чланице Савета Европе су дужне да сходно чл.46. Конвенције о људским правима и основним слободама, поштују правноснажне пресуде Европског суда за људска права, па ако је у случном предмету донета одлука која се разликује од домаће правноснажне одлуке, оштећена страна не сме да трпи озбиљне а негативне последице, чак иако закон представља препреку за нови поступак. Препорука се пре свега односи на кривично право и неоправдано ускраћивање одређених грађанских или политичких права (губитак или непризнавање правне способности или субјективитета, проглашење стечаја или забране политичког деловања, протеривања, повреде

права на породични живот и ускраћивања права детета у погледу контакта са родитељима).

Као што ће се видети, цитирана препорука имала је одраза на праксу Врховног суда и измену става о следећем спорном питању: да ли је могуће понављање ревизијског поступка или прецизније да ли је могуће понављање због разлога сада из тач.1. (ако странци незаконитим поступањем, а нарочито пропуштањем достављања, није била дата могућност да расправља пред судом).

После распада СРЈ и укидања Савезног суда настао је проблем исправљања грешака које се најчешће дешавају приликом оцене о дозвољености ревизије (Врховни суд одбаци омашком ревизију као недозвољену, најчешће због вредности спора, а накнадно се увери или странка понуди нове доказе да је ревизија ипак била дозвољена). Раније је те грешке Врховног суда по захтеву Савезног државног тужиоца отклањао Савезни суд. По укидању тог суда поставило се питање да ли Врховни суд своју грешку може да отклони, дозволи понављање поступка, укине сопствено решење о одбачају ревизије и мериторно суди.

Некадашња пракса Врховног суда по овом питању је била изричита; **понављање поступка окончаног ревизијском одлуком није могуће**. О томе нам сведочи следеће образложење:

"Према чл.421. ЗПП понављање поступка се односи на поступак по тужби који је правноснажно окончан, а не на поступак по правном леку који се пре или после доношења правноснажне одлуке могу употребити. Другим речима поновити се може правносншжано окончани поступак по тужбеном захтеву а не и поступак по појединим правним лековима. И предлог за понављање поступка је правни лек па се ни по њему поступак не може поновити. Пошто се у овом случају предлог за понављање поступка односи на ревизијски поступак, а не на правноснажно окончани поступак по тужбеном захтеву, ревизија није допуштена"[17].

По другом (умеренијем) схватању ревизијски **поступак се по захтеву странке може поновити** из неколико (не свих) разлога у које не спада разлог из тачке 1. (онемогућавање расправљања). Врховни суд је то изразио следећом аргументацијом:

[17] Рев. 4771/96 од 20.11.1996. године; исто и у решењу Рев.5340/01 од 21.11.2002. године

"Иако би из чл.421. став 1. ЗПП произилазило да се не може захтевати понављање поступка пред Врховним судом зато што се може поновити само поступак који је одлуком суда правноснажно окончан (формална правноснажност у смислу чл.333. ЗПП настаје када се пресуда више не може побијати жалбом) из чл.428. раније важећег ЗПП, могло би се закључити да се изузетно може поновити поступак окончан пред Врховним судом зато што та одредба употребљава израз "вишим судом" не прецизирајући да се смисао одредбе односи искључиво на другостепени суд. Због саме природе и садржаја ревизијског поступка понављање поступка пред Врховним судом може се захтевати из мањег броја разлога који су наведени у чл.421. ЗПП ... Изузетно би се могао поновити поступак ако је при доношењу одлуке учествовао судија који је по закону морао бити изузет; због страначке способности и незаконитог заступања; ако је до одлуке Врховног суда досло услед кривичног дела судије Врховног суда; ако се одлука Врховног суда заснива на другој одлуци суда или на одлуци неког другог органа, а та одлука буде правноснажно преиначена, укинута, односно поништена; и на крају изузетно би се могло захтевати понављање поступка пред Врховним судом ако странка сазна за нове чињенице или нађе или истакне могућност да употреби нове доказе који се односе на само подношење ревизије (примера ради нов доказ у моменту предаје ревизије). Из реченог произилази да се понављање поступка пред Врховним судом не може захтевати због немогућности расправљања. Наиме, ова апсолутно битна повреда санкционисана раније у чл.354. став 2. тач.7. односи се на контрадикторни поступак расправљања пред судом када се одржава расправа. Најчешћи облик ове повреде је у неправилном достављању или пропуштању достављања, пропусту суда да позове странку на рочиште на коме треба да се изврши доказивање и закључи расправа и ако на други начин онемогући странку да расправља пред судом (износи чињеничне тврдње и предлаже доказе). Ова повреда ће постојати ако је суд удаљио са расправе пуномоћника странке, а потом наставио расправу и донео пресуду а странка није била присутна. Ова повреда се може учинити и другим начинима (што је фактичко питање) али је нужан услов да се ради о расправљању. Пред Врховним судом у ревизијском поступку расправљања нема, јер седницама већа не

присуствују ни странке ни пуномоћници, па је зато захтев за понављање поступка недозвољен..."[18]

По трећем становишту ревизијски поступак се може поновити не само из истакнутих разлога већ и због разлога наведених у тач.1. Наиме, ако је Врховни суд очигледно грубо погрешио и одбацио ревизију као недозвољену, било због врсте спора или вредности спора странци је онемогућено учешће у поступку и она је лишена права на мериторну одлуку Врховног суда без своје кривице, па се тако поступање већа Врховног суда може уподобити онемогућавању расправљања (без значаја је чињеница што су седнице тајне и странке иначе не присуствују нити расправљају). Ово становиште се наслања на препоруку Р (2000)-2.

У пракси ће вероватно и даље егзистирати оба становишта Врховног суда. Дакле, предлог за понављање ревизијског поступка у начелу је недозвољен због онемогућавања расправљања али када Врховни суд поводом предлога за понављање у деветочланом већу (од 01.01.2007. године у седмочланом већу) уочи очигледну грешку због које се није мериторно одлучивало, ревизијски поступак ће бити поновљен.

З А К Љ У Ч А К

Истакнимо најбитније:

1. Правила о ревизији као ванредном правном леку углавном су усаглашена са Препорукама Савета Европе;

2. Нови ЗПП не садржи поделу на имовинске и неимовинске спорове па ће ревизија зависити искључиво од врсте спора или од означене, односно утврђене вредности спора;

3. У стамбеним споровима почев од момента ступања на снагу новог ЗПП ревизија зависи искључиво од означене или утврђене вредности спора;

[18] Теорија сматра да је могуће понављање ревизијског поступка пред Врховним судом из ограничених разлога. Види: Горан Свилановић "Разлози за понављање поступка", докторска дисертација, необјављено 1992. године, стр.57 Рев.2971/04 од 23.03.2006. године

4. У колизији одредаба о ревизији из ЗПП и Породичног закона предност је на страни Породичног закона, при чему се дозвољеност ревизије у имовинским споровима брачних другова, чланова породичне заједнице и ванбрачних партнера оцењује према правилима ЗПП;

5. Ако је поступак започет по старом закону, а првостепена и другостепена пресуда донете по новом ЗПП, дозвољеност ревизије у погледу врсте спора и вредности спора цениће се по старом закону, а у погледу постојања битних повреда и заступања у ревизијском поступку примењиваће се правила новог закона;

6. Имајући у виду циљно тумачење носиоци академских звања на Правним факултетима, судије и остали дипломирани правници са положеним правосудним испитом који би формално испуњавали услове за стицање својства адвоката, као странке у ревизијском поступку не морају бити заступани од стране адвоката.

7. Недозвољено располагање странака у парници се не може изједначити са незаконитошћу поступка у материјалноправном односу, па ни са материјалним правом, јер представља парничну радњу којом се мења одређена процесна ситуација.

8. Подношење тужбе или предлога за извршење се не могу уподобити радњи располагања.

9. Понављање ревизијског поступка је изузетно могуће из ограниченог броја разлога.

Проф. др Невена Петрушић,
Правни факултет у Нишу

ПОРОДИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА ОД НАСИЉА У ПОРОДИЦИ У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

1. Насиље у породици - карактеристике и облици испољавања

Насиље у породици је сваки вид физичког, сексуалног, психичког или економског злостављања, које врши један члан породице према другом члану породице, без обзира на то да ли такво понашање правни прописи инкриминишу и да ли је извршилац насиља пријављен органима гоњења. Извршење насиља у породици доводи до угрожавања домена сигурности и односа поверења међу члановима породице и представља облик контроле и манифестацију моћи над члановима породице.[19]

Насиље у породици је универзални феномен, који прожима сва друштва, све културе и све регионе света. Оно спада у ред најтежих облика насиља јер се његовим испољавањем крше основна људска права и слободе чланова породице. Ова глобална и пандемична патолошка појава, изазива несагледиве последице и на друштвеном плану, а због својих карактеристика озбиљно угрожава саму институцију породице, као основне ћелије друштва.

[19] О појмовном одређењу насиља у породици, видети: Константиновић Вилић, С., Николић-Ристановић, В.: *Криминологија*, СКЦ, 1998, стр. 122; Константиновић, В., *Правна заштита од насиља*. Женски истраживачки центар за едукацију и комуникацију, Ниш, 1999, стр. 7. Лукић М.: *Криминолошка анализа насиља у породици*, магистарска теза, Ниш, 2003. У покушају да се објасне узроци насиља у породици, посебно партнерског насиља, настале су бројне теорије: теорија о менталној болести, теорија међугенерацијског преноса насиља, теорија о циклусима насиља, теорија беса, теорија моћи и контроле и др. (Видети: *Разумевање насиља према женама, истраживања, програми деловања и улога институција*, (ур. Игњатовић, Т.), Аутономни женски центар, Београд, 2002. и тамо наведену литературу).

На основу досадашњих истраживања о насиљу у породици несумњиво је утврђено: да насиље у породици представља модел понашања, а не изоловани инцидент,[20] да је пораст насиља у друштву директно повезан са порастом насиља у породици; да особа може бити изложена насиљу у породици током целог свог живота, од најранијег детињства до дубоке старости; да су најчешће жртве насиља у породици жене, деца и старе особе; да насиље у породици обухвата разноврсне радње и понашања, које један члан породице предузима, одн. испољава према другом како би успоставио моћ и контролу и/или задовољио неке своје потребе на штету другог члана; да **су последице** изложености насиљу бројне и битно утичу на ментално здравље оних који су им непосредно изложени, али и оних који га посматрају и да "количина" насиља доживљена у детињству доприноси развоју и прибегавању насиљу у међуљудским односима у одраслом добу живота.[21]

Насиље је веома раширено у свим регионима света и његове најчешће жртве су жене, деца и старе и немоћне особе.[22] Имајући у виду

---

[20] Маркус, И., *Тамне бројке: истраживање о кућном насиљу у централној и источној Европи*, у: "Женска права и друштвена транзиција", Центар за женске студије, истраживања и комуникацију, Београд, стр. 101.

[21] Ајдуковић, М.: *Одређење и облици насиља у обитељи.* Насиље над женом у обитељи, Друштво за психолошку помоћ, Загреб, 2000, стр. 11.

[22] Према подацима УН, 17-38% свих жена света претрпело је физичко насиље у свом животу од стране блиских мушкараца, а у 60% свих случајева сексуалног насиља, учинилац је мушка особа из непосредне близине жртве. Национална анкета о насиљу над женама спроведена 1998. године у САД, показала је да је 25% жена и 8% мушкараца физички и психички злостављано од стране супруга, ванбрачног партнера или младића, односно девојке, одн. укупно 1,5 милион жена и 834.700 мушкараца годишње је силовано и/или физички злостављано од стране партнера/партнерке. У Великој Британији дешава се најмање пола милиона случајева насиља у породици годишње, а у 80% тих случајева ради се о женама жртвама. 21% жена бар једном у животу биле су жртве физичког насиља или претњи. Према статистичким подацима везаним за убиство жена у Енглеској и Велсу за период 1986-1996. год., у већини случајева убистава жена, убица је у породичној вези са жртвом, а у свега 15,5% убистава, убица и жртва нису били ни у каквој вези. У Немачкој свака четврта жена трпи физичко или сексуално насиље од стране партнера. (Видети: *Inter-Balkan Conference on Legal Strategies to Combat Domestic Violence*, Софиа, Булгариа, 1997; Логар, Р., *Аустријски модел ин-*

учесталост насиља у породици, у литератури се наводи да је породица, ако се изузму полиција и војска, најнасилнија група у друштву и да особа има више шанси да буде убијена и повређена у породици, него у било којој другој друштвеној средини.[23]

Све до краја шездесетих година XX века, насиље у породици није изазивало позорност друштва. Доминирало је схватање да је "дом човекова тврђава", да је насиље у оквиру породице приватна ствар и да конфликте, уколико се не ради о наношењу тежих повреда или о лишењу живота, треба да реше сами чланови породице. До преокрета у односу друштва према насиљу у породици дошло је тек седамдесетих година 20. века.[24] Захваљујући залагању за права жртава насиља у породици и лобирању за увођење ефикасног механизма заштите од насиља у породици, полако је сазревао став да је насиље у породици криминалитет, да чињеница што се оно одиграва код куће не умањује друштвену опасност ове криминалне појаве и да породица у којој постоји насиље не сме да буде заштићена доменом приватности

У савременој литератури у сагледавању насиља у породици полази се од става да међу узроцима ове појаве кључну улогу има патријархални модел породичних односа, у коме је насиље прихватљив и уобичајен облик дисциплиновања непослушних чланова породице, и да на појаву насиља утичу и други друштвени, посебно економски фактори, као и међугенерацијска трансмисија насиља. Ради потпуног разумевања узрока насиља у породици у одређеном друштву, примењује се мултиваријантни модел, чија примена омогућава да се узме у обзир деловање низа фактора, одређених предиспозиција и непосредних повода за вршење насиља. Сагласно томе, указује се да на појаву насиља у породици утичу социо-економски, друштвени, културолошки, психички и други фактори, при чему

тервенције у случајевима насиља у породици, Европска мрежа против насиља над женама, српски превод, Аутономни женски центар, Београд, 2005, стр. 3; Николић-Ристановић, В.: *Од жртве до затворенице*, Виктимолошко друштво Србије, Београд, 2000, стр. 17).

[23] Galles, R. J., *Intimate Violence in Families*, Thousand Oaks, London, New Delhi: Sage Publication, pp. 124.

[24] Кључну улогу одиграо је феминистички покрет. О томе, детаљно: Мршевић, З., *Правни аспекти структуралних узрока насиља*, у: Правом против насиља у породици, ЖИЦ, Ниш, 2002, стр. 38-42.

у постратним друштвима и друштвима под стресом, попут Србије, транзиција и рат представљају додатне веома снажне генераторе насиља у породици.[25]

Савремени приступ насиљу у породици заснива сена ставу да оно није искључиво лични проблем и индивидуална патологија, већ друштвени проблем и социјална патологија и да има дубоке корене у патријархалној структури друштва.[26] Подаци о томе ко су доминантне жртве насиља у породици потврђују став да је феномен насиља у породици омогућен дискриминацијом и недостатком друштвене одговорности за насиље над онима који немају моћ, нити способност да јој се одупру[27]. Због тога се насиље у породици у међународним документима сагледава као насиље засновано на родној одређености, а аргументи којима се тражи његово спречавање темеље се на постулатима у домену људских права и принципу забране дискриминације.

На међународном плану насиље у породици препознато је као друштвено опасно и недопуштено понашање, којим се крше основна људска права и слободе. Поред општих и универзалних међународних докумената о људским правима, који су релевантни и за домен правне заштите од насиља у породици, усвојено је неколико међународних докумената којима се насиље у породици осуђује и установљавају механизми и стандарди у спречавању ове појаве. Међу међународним документима, као по-

---

[25] Детаљно видети: Николић Ристановић, В., *Насиље над женама у условима рата и економске кризе*, Социолошки преглед, 3/1995., стр. 409; Николић Ристановић, В., *Ка објашњењу и превенцији насиља у породици у Србији: мултиваријантни приступ*, у: "Правом против насиља у породици", ЖИЦ, Ниш, 2002, стр. 9-15 и тамо наведену литературу.

[26] Константиновић Вилић, С., Петрушић, Н., *Ставови о насиљу у породици*, у: "Друштвена свест, људска права и активизам грађана у Јужној и Источној Србији", ОГИ, Ниш, 2005, стр. 135- 141.

[27] У свим друштвима насиље гравитира ка партнеру са највећом моћи и догађа се у односима у којима међу субјектима постоји највећа разлика у моћи. (Видети: Николић Ристановић, В., *Ка објашњењу и превенцији насиља у породици у Србији:* мултиваријантни приступ, у: *Правом против насиља у породици*, ЗИЦ, Ниш, 2002., стр. 7; Лукић, М, *Модел заштите од насиља у породици, Нека позитивноправна решења у свету и контроверзе у њиховој примени*, "Темида", бр. 2/99, стр. 9).

себно значајни, издвајају се документи УН и Савета Европе.[28] *Конвенција УН о елиминацији свих облика дискриминације жена* од 1979. год.,[29] *Декларација о елиминацији насиља према женама* од 1993. год.,[30] *Пекиншка декларација и Платформа за акцију* од 1995. год.,[31] *Декларација о политици супротстављања насиљу према женама у демократској Европи* од 1993. год., *Декларација о политици супротстављања насиљу према женама у демократској Европ*[32] од 1993. год. и Препорука Савета Европе 1582 *Насиље над женама у породици* од 2002. год.[33]

2. Насиље у породици на територији Србије - обим и обележја

Насиље у породици једна је од оних социјално-патолошких појава коју је наше друштво деценијама маргинализовало и игнорисало. Патријар-

---

[28] Превод најважнијих међународних докумената који се односе на насиље у породици, објављен је у књизи: *Насиље над женама - препрека развоју, Међународни документи*, Аутономни женски центар, Београд, 2005. Детаљно о међународним стандардима у домену заштите од насиља у породици, видети: Мршевић, З., *Женска права у међународном праву*, III измењено и допуњено издање, Хелсиншки парламент грађана, Удружене жене, Бања Лука, 2000.

[29] *Convention on the Elimination of All forms of Discrimination against Women* (CEDOW), усвојена од стране Уједињених нација Резолуцијом 34/180 од 18. 12. 1979. год., ступила на снагу 3. 9. 1981. год. Инструменте о ратификацији или приступању депоновале су до сада 94 државе, укључујући и СФРЈ ("Сл. лист СФРЈ-Међународни уговори", 11/81).

[30] *Declaration on the Elimination of Violence against Women,* Резолуција Генералне скупштине УН 48/104 од 20. децембра 1993. год.

[31] *Beijing Declaration and Platform for Action,* усвојена на IV светској конференцији о женама у Пекингу, 15. децембра 1995. год.

[32] *Declaration on policies for combating violence against Wjomen in a democratic Europe",* усвојена на Трећој Европској министарској конференцији о једнакости мушкараца и жена, одржаној у Риму 21-22. октобра 1993. год. Видети детаљно: Константиновић Вилић, С., Петрушић, Н., Жунић, Н.: *Европски стандарди о елиминацији насиља над женама*, Зборник радова "Усклађивање права СР Југославије са правом Европске уније", Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 1999, стр. 157-168.

[33] *Domestic violence against women,* Рецоммендатион 1582 (2002) усвојена од стране Одбора министара 27. септембра 2002. год.

халнa схватања о односу полова и родитељству, која су још увек доминантна у нашој средини, представљају један од основних разлога због којих се породично насиље не сматра озбиљним обликом криминалитета, већ уобичајеним и социјално прихватљивим обликом понашања за које се налази оправдање и умањују негативне последице које оно изазива.[34] Досадашња емпиријска истраживања феномена породичног насиља на територији Србије показала су: да је овај облик насиља у порасту, да су жртве породичног насиља најчешће жене и деца, да су породице у којима се насиље испољава место у коме се угрожавају и крше елементарна људска права,[35] да су најчешћи извршиоци насиља брачни, односно ванбрачни партнери, те да жртве насиља у породици још увек ретко пријављују насиље.

Према резултатима истраживања породичног насиља у Србији,[36] скоро свака друга испитана жена доживљава неки облик психичког насиља у породици, свака трећа жена доживи физички напад од неког члана породице, док се свакој четвртој прети насиљем. Истраживање процесуираних случајева насиља према члановима породице[37] показало је да су у преко 92% случајева извршиоци кривичног дела насиља у породици му-

[34] То је, вероватно један од разлога због којих, све до недавно, насиље у породици на територији Србије није било предмет ширег истраживања и проучавања како би се утврдио његов стварни обим, структура и динамика, његове карактеристике и облици испољавања. Крајем 2001. год. окончано је прво истраживање ове појаве на територији Републике Србије. Резултати истраживања публиковани су у: *"Породично насиље у Србији"*, Николић Ристановић, В., (ур.) ВДС, "Прометеј", Београд, 2002. Исте године објављени су и резултати истраживања праксе правосудних органа. Видети: Лукић, М., Јовановић, С., *Друго је породица, Насиље у породици - насиље у присуству власти*, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2001.

[35] У свим међународним актима посвећеним друштвеном положају и правима жена, насиље у породици апострофирано је као кршење основних људских права на живот и здравље. Преглед међународне регулативе у области заштите и унапређења женских људских права, видети у: Мршевић, З., *Женска права у међународном праву,* Хашки парламент грађана, Удружене жене, Бања Лука, 2000.

[36] *Породично насиље у Србији*, оп. цит, стр. 13.

[37] Константиновић Вилић, С., Петрушић, Н.. *Кривично дело насиља у породици - правна пракса у Републици Србији*, ЖИЦ, Ниш, 2002.

шкарци и да је најраспрострањеније брачно насиље, и то насиље извршено према супрузи са којом насилник јесте или је био у браку.

3. Процес изградње интегралног система правне заштите од насиља у породици

Захваљујући, пре свега, дугогодишњим настојањима женских НГО да породично насиље учине друштвено видљивим и њиховом систематском јавном заговарању и лобирању за усвајање одговарајућих законских решења, у Србији је 2005. год. окончан процес изградње институционалних правних механизама за спречавање и сузбијање породичног насиља. Први корак учињен је инкриминисањем породичног насиља као посебног кривичног дела "насиље у породици",[38] а усвајањем новог Породичног закона,[39] заокружен је систем правне заштите од насиља у породици прописивањем и регулисањем породичноправних мера заштите. Тиме је на нормативном плану створен свеобухватан, целовит и кохерентан систем правне заштите од породичног насиља, заснован на прожимању превентивних породичноправних мера заштите и мера кривичноправне заштите. Пројектовани систем је израз сазнања да заштита од породичног насиља не би била ефикасна уколико би се базирала само на кривичноправним санкцијама и да, с друге стране, превентивне мере заштите, саме

[38] Народна Скупштина Републике Србије донела је 28. фебруара 2002. год. Закон о изменама и допунама Кривичног закона Републике Србије, којим је, у чл. 118а, предвиђено ново кривично дело насиље у породици и одговарајућим изменама Кривичног закона обезбеђена кривичноправна заштита жена од сексуалног насиља у браку тиме што је инкриминисано силовање брачне супруге. Установљени систем кривичноправне заштите од насиља у породици претрпео је у међувремену измене, доношењем Кривичног законика Републике Србије ("Сл. гласник РС", бр. 85/2005). Усвајањем овог закона, смањене су санкције за све облике извршења кривичног дела насиља у породици (чл. 194). Поред тога, у Кривични законик унет је нови облик извршења кривичног дела насиља у породици, чија се радња састоји у кршењу изречене мере заштите од насиља у породици коју је суд одредио на основу закона (чл. 194. ст. 5).

[39] Породични закон, "Сл. гласник РС", 18/2005 од 17. фебруара 2005, (у даљем тексту "ПЗ").

по себи, не би биле довољне за остваривање брзе и ефикасне заштите жртава насиља у породици.[40]

Изградња нормативних инструмената за заштиту од насиља у породици представља израз политичке воље државе да одговарајућим правним механизмима започне борбу против насиља у породици и домаће законодавство усклади са савременим међународним стандардима у домену људских права. То, несумњиво, показује да је законодавац прихватио став да држава има дужност да обезбеди адекватна средства за заштиту од насиља у породици, да деловањем својих институција предупреди и спречи испољавање насиља у породици, те даје одговорна за кршење људских права уколико не обезбеди адекватну институционалну заштиту жртвама насиља.[41]

4. Породичноправна заштита од насиља у породици

Породичноправна заштита од насиља регулисана је тако што је законодавац изричито забранио насиље у породици, члановима породице признао право на заштиту од насиља у породици (чл. 10. ПЗ), регулисао мере породичноправне заштите и услове под којима се оне одређују и предвидео (одредбе чл. 197- 200. ПЗ) и уредио посебан поступак по чијим се правилима поступа у парници која се води ради заштите од насиља у породици (одредбе чл. 283-289. ПЗ) [42]

4. 1. Операционална дефиниција насиља у породици

Насиље у породици дефинисано је одредбом чл. 197., тако што је у првом ставу одређено да се под насиљем у породици подразумева *"Понашање којим један члан породице угрожава телесни интегритет, ду-*

[40] За такав приступ определила се Аустрија и њен модел заштите од насиља у породици послужио је за углед и другим државама. (Видети: Логар, Р., оп. цит. стр. 14-19).

[41] Видети: Банч, Ш., *Права жена као људска права: прилог ревизији људских права*, Београдски круг, 3-4/1995, 1-2/1996, стр. 175.

[42] С обзиром да се нови ПЗ примењује тек нешто више од годину дана, још увек није формиран довољан квантум судске праксе, који би омогућио валидна емпиријска истраживања. Због тога се закључци у раду базирају на нормативној анализи извршеној применом уобичајених метода интерпретације правних норми.

шевно здравље или спокојство другог члана породице", а док су у другом ставу, само примера ради, наведени карактеристични случајеви насиља у породици, који се у пракси најчешће испољавају: наношење телесних повреда; покушај наношења телесних повреда, присиљавање на сексуални однос, навођење на сексуални однос или сексуални однос са лицем које није навршило 14. годину живота или са немоћним лицем, ограничавање слобода кретања или комуницирања са трећим лицима, вређање (именовани облици насиља), као и свако друго дрско, безобзирно и злонамерно понашање (неименовани облици насиља).

Евидентно је да је законска дефиниција насиља у породици веома широка јер обухвата све могуће видове испољавања насиља, тј. свако дрско, безобзирно и злонамерно понашање, којим се угрожавају основне вредности људског бића: његов телесни интегритет, душевно здравље и спокојство. Апстрактно и широко дефинисање појма насиља у породици било је неопходно како би се омогућила правовремена реакција институција система на насиље у породици, тј. одређивање мера заштите од насиља у породици док оно још увек није попримило теже облике, јер се тиме може прекинути процес ескалације насиља.

У сваком поступку за заштиту од насиља у породици суд треба да испита да ли је и како је насиље испољено. Без обзира на то да ли се утврђује именовани облик насиља или насиље које законодавац није именовао, суд има задатак да утврди да ли је конкретно понашање лица за које се тврди да је извршилац насиља, које се састоји у одређеним радњама (телесним актима, изговарању речи и сл.), пропуштању (нечињењу), гестикулацији и си., заиста испољено и да, потом, квалификује то понашање.

Кад су у питању неименовани облици насиља у породици, суд има веома сложен задатак јер треба не само да утврди да ли је конкретна радња заиста предузета, већ и да оцени да ли се предузета радња, одн. испољено понашање може сматрати *дрским, безобзирним и злонамерним понашањем*, с обзиром на то у чему се радња, одн. понашање састоји, шта је циљ радње и какве је непосредне последице изазвала у односу на лице које тврди или за које се тврди да је жртва насиља. Дрскост, безобзирност и злонамерност су, заправо, компоненте "насиља у породици", његова суштинска обележја, која га јасно разликују од дозвољеног понашања. Ради се о социјалним конструкцијама, заснованим на одређеним вредносним претпоставкама и социо-културним стандардима, који дефинишу однос

према члану породице. "Дрскост", "безобзирност", "злонамерност", испољени у понашању члана породице према другом члану породице, јесу стандарди чија се садржина може одредити само релацијски - у односу на опште друштвене норме и вредности. Због тога се може јавити сукоб између породичног и друштвеног система вредности, посебно кад члан породице у свом понашању према другом члану породице одступа од културних образаца понашања и захтева који се поставља као изричита забрана одређеног понашања.

Појмови "дрско понашање", "безобзирно понашање" и "злонамерно понашање", који су коришћени приликом формулисања правне норме, представљају типичне правне стандарде, чију садржину суд треба да попуни својим судом вредности. Иако суд има широка овлашћења у конкретизацији правних стандарда, то не значи да је лишен било каквих ограничења и да произвољно може попуњавати њихову садржину. Оно ште се уопштено може рећи кад је у питању конкретизација правних стандарда, важи и за стандарде које је законодавац употребио приликом дефинисања појма насиља у породици: суд је тај који ће, користећи објективна мерила и узимајући у обзир све специфичне објективне и субјективне околности конкретног случаја, заузети став да ли је конкретна радња, одн. понашање такво да се може сматрати дрским, безобзирним и злонамерним понашањем.

Као што су у судској пракси изграђени уједначени критеријуми и мерила за конкретизацију правних стандарда у другим сферама права, очекује се да током времена судска пракса изгради поуздана и релевантна мерила на основу којих ће се процењивати када се понашање члана породице има сматрати дрским, безобзирним и злонамерним. Да би ови критеријуми у пракси довели до адекватне и правовремене реакције на насиље у циљу његовог спречавања, неопходно је да судије покажу "нулту толеранцију" на насиље, што подразумева да свако понашање које одступа од стандарда "нормалног" опхођења и комуницирања са члановима породице квалификују као насиље у породици. За случај да се у правној пракси појаве евентуалне произвољности у конкретизацији правних стандарда, које могу да доведу до неједнакости у остваривању правне заштите од насиља у породици или, пак, до сужавања домета породичноправне заштите, биће неопходно користити стандардне мере за уједначавање и усмеравање правне праксе.

Приликом квалификације дела насиља у породици, треба имати у виду да је испољавање насиља према деци један од разлога за лишење родитељског права, као најтеже породичноправне санкције, која се изриче родитељима ради заштите детета. Према чл. 81. ПЗ, родитељ ће бити потпуно лишен родитељског права ако злоупотребљава права или грубо занемарује дужности из садржине родитељског права, што, поред осталог, укључује физички, сексуално или емоционално злостављање детета.[43] Евентуално покретање поступка за лишење родитељског права због испољеног насиља родитеља преме детету не искључује могућност да због истог акта насиља према родитељу буде изречена и одговарајућа мера заштите детета од насиља.[44]

4. 2. Титулари права на породичноправну заштиту од насиља у породици

Круг субјеката којима припада право на породичноправну заштиту од насиља у породици одређен је тако што је дефинисано ко се, за потребе пружања ове врсте заштите, сматра чланом породице. Према одредби чл. 197. ст. 3. ПЗ, у круг ових субјеката спадају: супружници или бивши супружници; деца, родитељи и остали крвни сродници, као и лица у тазбинском или адоптивном сродству, односно лица која везује хранитељство, лица која живе или су живела у истом породичном домаћинству, ванбрачни партнери или бивши ванбрачни партнери, лица која су међу-

[43] Одредбама Општег протокола за заштиту деце од злостављања и занемаривања од 31. августа 2005. године, који је усвојила Влада РС, дефинисани су разноврсни облици злостављања и занемаривања деце (злоупотреба или злостављање детета, физичко злостављање детета, сексуална злоупотреба детета, емоционална злоупотреба детета и др.), сагласно критеријумима Светске здравствене организације. (Детаљно: Драшкић, М, *Породично право и права детета*, Аутор, Чигоја штампа, Београд, 2005, стр. 306-307).

[44] Према томе, уз захтев за лишење родитељског права над дететом може бити истакнут и захтев за одређивање мере заштите детета од насиља у породици против тог родитеља, ако је то потребно ради заштите детета. Ако су испуњени законски услови, суд ће донети одлуку о лишењу родитељског права и одлуку којом одређује једну или више мера заштите детета од насиља у породици. Ове одлуке суд може донети и по службеној дужности, кад се пред њим води поступак у појединим брачним парницама и парницама из односа родитеља и деце.

собно била или су још увек у емотивној или сексуалној вези, односно која имају заједничко дете или је дете на путу да буде рођено, иако никада нису живела у истом породичном домаћинству.[45]

Приликом одређивања титулара права на породичноправну заштиту од насиља у породици, законодавац је настојао да омогући заштиту не само особа које повезује "класичан" породични однос, већ и особа које су у квазипородичним односима, за које се зна да могу бити подлога насилничком понашању.[46]

4. 3. Мере породичноправне заштите

17. У свим правним системима у којима су мере породичноправне заштите од насиља у породици предвиђене њихова суштина састоји се у ограничењу или привременој забрани одржавања личних односа насилника са жртвом насиља. Полази се од тога да је извршено породично насиље, без обзира на интензитет и облик испољавања, довољан разлог за изрицање ових мера и да је привремена забрана контакта једини начин да се предупреди ново насиље. При томе се има у виду да породично насиље, по правилу, има узлазну линију у погледу облика испољавања и последица које изазива, те је, зато, неопходно изрицање мера заштите онда кад насиље још увек није попримило теже облике. Исто тако, изрицању мера заштите од породичног насиља има места и у периоду "примирја", нарочито ако се има у виду да је за ову специфичну врсту насиља карактеристичан циклус у испољавању: након фазе "примирја", у којој се насилник "искре-

[45] Иако је у току јавне дискусије о Нацрту ПЗ било примедби да је овако широк круг активно стварно легитимисаних субјеката којима припада право на породичноправну заштиту од насиља у породици, наводно, непримерен и да је појам "члан породице" проширен лицима међу којима не постоји било какав породичноправни однос, какав је случај, нпр. са лицима у емотивној вези која не живе нити су живела заједно, ове примедбе нису прихваћене. Напротив, у коначној верзији текста ПЗ дефиниција појма "члан породице" још више је проширена тиме што је овај појам обухватио и лица која имају заједничко дете или је дете на путу да буде рођено, иако никада нису живела у истом породичном домаћинству.

[46] Тако и: Драшкић, М., оп. цит., стр. 57. Проф. Поњавић указује на тешкоће у доказивању емотивне или сексуалне везе, одн. другог личног односа на које се позива особа која тражи заштиту од насиља у породици. (Поњавић, З., *Породично право,* Крагујевац, 2005, стр. 395).

но" које и обећава да ће се променити, наступа фаза "гомилања беса", која после одређеног времена кулминира и прераста у праву ерупцију насилничког понашања, да би после тога опет наступила фаза "примирја".[47]

Имајући у виду упоредноправна решења и искуства у њиховој примени, приликом креирања мера породичноправне заштите од насиља у породици, у чл. 198. ст. 2. ПЗ предвиђено је пет посебних мера заштите: 1. издавање налога за исељење из породичног стана или куће, без обзира на право својине односно закупа непокретности; 2. издавање налога за усељење у породични стан или кућу, без обзира на право својине односно закупа непокретности; 3. забрана приближавања члану породице на одређеној удаљености; 4. забрана приступа у простор око места становања или места рада члана породице и 5. забрана даљег узнемиравања члана породице.[48] Мере су одређене таксативно, по систему енумерације, тако да суд није овлашћен да одреди било коју другу меру.

Сврха заштитних породичноправних мера јесте да се њиховом применом спречи поновно извршење насиља у породици, да се обезбеди нужна заштита физичког и психичког интегритета, здравља и личне безбедности члана породице изложеног насиљу, као и да се отклоне околности које погодују или подстичу понављање насиља, одн. извршење других видова насиља. Суштина заштитних породичноправних мера огледа се у ограничавању или привременој забрани одржавања личних односа извршиоца насиља са жртвом насиља, што укључује и ограничавање извесних права и слобода извршиоца насиља. Полази се од тога да је у случају на-

[47] Према једном броју аутора, циклус насиља, који се понекад означава и као "точак насиља", састоји се из шест фаза: стварање тензије, фаза контроле, фаза експлозије, "покајничка фаза", фаза убеђивања и фаза "меденог месеца" (Видети: Петрушић, Н., Константиновић Вилић С., оп. цит, стр. 27).

[48] У "Моделу ПЗ" Центра за унапређење правних студија биле су предвиђене још две мере: обавезно лечење од алкохолизма и других болести зависности и обавезно саветовање или психијатријско лечење. У "Моделу правне заштите од насиља у породици ВДС" такође су биле предвиђене још две мере: обавезно лечење од алкохолизма и других болести зависности и обавезно психолошко саветовање или третман. На жалост, законодавац је ове мере изоставио из коначног текста закона, иако се ради о мерама које могу значајно да допринесу спречавању насиља у породици.

сиља над чланом породице привремена забрана контакта извршиоца насиља са жртвом једини начин да се предупреди ново насиље.

Одредбама ПЗ није предвиђено ограничење у погледу броја мера које се могу тражити, односно издати, већ оне могу бити комбиноване и прилагођене околностима конкретног случаја.

У погледу налога за исељење из породичног стана, односно куће (породичног дома) и налога за усељење у породични дом,[49] законодавац је изричито предвидео да ове мере могу бити изречене независно од права својине односно закупа на стану, односно кући, што подразумева да ове мере могу бити издате и кад је стан, односно кућа у искључивој својини извршиоца насиља.

У току јавне расправе поводом Нацрта ПЗ било је мишљења да налог за исељење из породичог дома није примерен и легитиман у ситуацији кад је стан, одн. кућа у искључивој својини насилника јер се тиме, наводно, нелегитимно ограничава његово право својине, гарантовано међународним и највишим домаћим актима. Овакав приговор није оправдан јер само право својине није апсолутно право, већ подлеже различитим ограничењима у јавном, одн. општем интересу.[50] С друге стране, налог да се

[49] Налог за усељење у породични стан, односно кућу није био предвиђен у "Моделу правне заштите од насиља у породици ВДС" као посебна мера заштите од насиља у породици.

[50] Право својине ужива третман основног људског права и, као такво, гарантовано је чл. 1. додатног Протокола бр. 1. уз Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода. Реч је, међутим, о једном квалификованом праву, праву које је подложно разноврсним ограничењима, укључујући и могућност да, под одређеним условима, буде у потпуности одузето. Према устаљеној пракси Европског суда за људска права, ограничавање својине допуштено је и легитимно, ако је извршено ради остваривања легитимног општег, одн. јавног интереса, при чему се појам "општи интерес", тумачи веома широко, а државама се признаје дискреционо право да саме процењују који су то општи интереси који треба да буду задовољени и на који начин се они могу задовољити. Европски суд за људска права, разматрајући друга ограничења својине, стоји на становишту да је "мешање државе у социјално-економска питања, као што је становање, веома често потребно ради остваривања социјалне правде и јавне добробити и да на том подручју слобода процене коју државе имају у спровођењу социјалне и економске политике нужно мора бити широка". По мишљењу Европског суда, ова слобода процене мора се признати не само до-

извршилац насиља исели из породичног стана, одн. куће не лишава га права својине на тој непокретности већ само умањује круг његових својинских овлашћења; овај налог за исељење само онемогућава да извршилац насиља и даље станује у породичном дому јер је својим насилничким понашањем угрозио живот, здравље или спокојство другог члана породице, који и сам има право да станује у породичном стану, одн. кући. У ситуацији кад постоји реална опасност да ће се насиље поновити, оправдано је да се извршиоцу насиља за извесно време ускрати право становања у породичном стану, одн. кући јер такво ограничење оправдава интерес заштите жртве насиља, [51] који је истовремено и општи интерес друштва.

У погледу налога за усељење у породични стан, доносно кућу, због израза који су употребљени у формулацији законске одредбе чл. 198. ст. 2. т. 2, ПЗ појављује се низ спорних питања. Пре свега, поставља се питање на кога се уопште односи мера заштите од насиља у породици: на насилника, туженог у парници, или на тужиоца, жртву породичног насиља. С обзиром да се породичноправна заштита од насиља у породици пружа у парници, која има строгу двостраначку конструкцију, налог за усељење у породични стан, односно кућу може се издати само против туже-

маћем законодавцу, већ и судским и другим органима, који су позвани да тумаче и примењују важеће законске прописе. (Видети: James and Others v. UK, A 98, (1986); Scollo v. Italy A 315-Ц (1995); Handyside v. the United Kingdom, A24 и др. (http://ecxr. coe. int). Видети: Van Dijk, P., Van Hoof, G. J. H.: *Theoiy and Practice of European Convention on Human Rights,* London, Kluwer Law Int, 1998, пп. 619-625; Peukert, W., *Protection of Ownership under Article 1 of the First Protocol to the European Convention on Human Rights,* Human Rights Law Journal, 12/1981, п. 3238; Чобан, А. Р., *Protection of Property Rights Within the European Convention on Human Rights,* Ashgate Pub Co, 2004; Gomien, D.: *Short guide to the European Convention on Human Rights,* Council of Europe, Strasbourg Cedex, 2000; Чок, В., *Право на имовину,* у: Димитријевић, В. и др., *Људска права,* "Београдски центар за људска права", "Досије", 2004. електронско издање, http://www. bgcentar. org. yu., Петрушић, Н., *Ограничења права својине у јавном интересу - стандарди Европског суда за људска права,* у: "Правни систем Републике Србије - усаглашавање са правом Европске уније", Центар за публикације Правног факултета у Нишу, 2005, стр. 295-314.

[51] У појединим ситуацијама издавање налога за исељење из заједничког стана, одн. куће, представља меру којом се штити и интерес самог извршиоца насиља, а не само жртве, јер се тиме спречава да у афекту изврши тежи облик насиља.

ног (извршиоца насиља), уколико су испуњени законом прописани услови за пружање породичноправне заштите од насиља у породици, будући да у парници тужилац не може бити осуђен ни на шта друго осим на накнаду трошкова поступка. Немогућно је, међутим, замислити да насиље у породици буде делотворно превенирано издавањем налога да се тужени усели у породични стан, односно кућу. С друге стране, налог туженом да се усели у породични дом био би у супротности и са елементарним правом појединца на слободан избор места пребивалишта, односно боравишта, па макар то био и члан породице који се насилнички понаша према осталим члановима своје породице. (Пре)остаје, стога, да се закључи да се усељење у породични стан може односити само на тужиоца, жртву породичног насиља. Ако је овај закључак исправан, онда је одредбу чл. 198. ст. 2. т. 2, ПЗ требало друкчије редиговати јер суштина заштитне мере није у налогу за усељење, већ у налогу туженом да тужиоцу "допусти" усељење[52] тј. да се уздржи од радњи којима спречава усељење тужиоца.

Мера заштите од насиља у породици може се састојати у налогу туженом да се уздржи од приближавања тужиоцу, жртви насиља, на одређеној удаљености, као и у налогу туженом да се уздржи од приступања у простор око места становања или места рада тужиоца. Ове заштитне мере састоје се у забрани (ускраћивању права) извршиоцу насиља да се у одређеном временском периоду приближава жртви насиља на одређеној удаљености, одн. њеном месту становања и/или месту рада и у издавању налога извршиоцу насиља у породици да се уздржи од понашања супротног изреченој забрани.

Сврха ових мера је да се предупреди ново насиље и жртви насиља у породици омогући слободно и безбедно кретање, обављање свакодневних животних активности без страха да ће је извршилац насиља узнемиравати самим својим појављивањем, ухођењем и другим сличним понашањем. Мера забране приближавања члану породице на одређеној удаљености и мере забране приступа у простор око места становања и места рада имају превентивни карактер и њихово одређивање оправдано је кад постоји опасност да ће извршилац насиља поново извршити насиље. Услови за одређивање ових мера постоје, међутим, не само кад постоји опасност

[52] У пракси су чести случајеви да жртва насиља под принудом напусти породични дом или то учини у акутној ситуацији насиља, ради спасавања свог живота и здравља или живота и здравља своје деце.

да ће жртва насиља бити (поново) физички повређена, већ и онда кад се процени да би и само приближавање извршиоца насиља жртви насиља било акт насиља, с обзиром да, је у извесним ситуацијама, само појављивање извршиоца насиља, одн. његово приближавање жртви, вид испољавања психичког насиља јер код жртве насиља изазива узнемирење, оправдан страх од понављања насиља и бројне друге психичке последице.

Одређивање мере забране приближавања жртви насиља, одн. приступа у простор око места становања и/или места рада подразумева да суд утврди удаљеност испод које се извршилац насиља у породици не сме приближити жртви. Колика ће бити та удаљеност, одређује суд, имајући у виду низ околности: где се налази место пребивалишта и место рада извршиоца насиља и жртве, да ли се ради о градском, приградском или сеоском подручју на коме су извршилац насиља и жртва настањени и др.

Забрана даљег узнемиравања члана породице је најблажа мера заштите, која се састоји у налогу туженом да се уздржи од даљег узнемиравања члана породице, што подразумева да се уздржи од сваког понашања које, према законској дефиницији, представља акт испољавања насиља. Ова заштитна мера може бити одређена и као једина мера заштите, али се она редовно комбинује са другим заштитним мерама, као пратећа мера.[53]

Коју ће меру заштите суд одредити, зависи од разноврсних околности: од тога који је вид насиља испољен и како је дошло до угрожавања телесног, одн. психичког интегритета жртве, какве су животне прилике жртве и

[53] Сврха заштитне мере је да се спречи даље испољавање насиља према члану породице. Начини узнемиравања жртве насиља веома су разноврсни и немогуће је унапред одредити које су то све радње, одн. понашање чије би предузимање представљало акт узнемиравања жртве насиља. Извршилац насиља може променити своју стратегију и, уместо оних видова насиља које је већ извршио, започети са вршењем других облика насиља, које до тада није вршио. Уколико би се у судској одлуци забрана узнемиравања члана породице прецизирала навођењем само извршеног, одн. извршених видова насиља, оних који су узроковали потребу за покретањем поступка заштите, домети ове заштитне мере били би сужени. Због тога у одлуци суда није потребно посебно наводити видове испољавања насиља на које се мера односи, већ извршиоцу насиља треба забранити свако даље узнемиравање жртве и наложити му да се, док траје мера забране, уздржава од сваког дрског, злонамерног и безобзирног понашања којим угрожава њен телесни интегритет, душевно здравље или спокојство.

извршиоца насиља, који је степен опасности од даљег испољавања насиља и др. У сваком случају, избор мера заштите од насиља у породици мора бити такав да обезбеди адекватну реакцију на насиља у породици и жртви насиља пружи максимално могућну заштиту у датим околностима.

Избор мера заштите подразумева процену степена опасности (ризика) од понављања насиља. Приликом избора мера заштите које ће бити одређене, суд мора да узме у обзир и максимално уважи мишљење саме жртве о нивоу опасности која јој прети јер је управо жртва та којој се заштита пружа, тако да њена субјективна процена, заснована на искуству, представља кључни фактор приликом избора мере заштите која ће у конкретном случају бити одређена.

Приликом одређивања мера заштите од насиља у породици, треба имати у виду њихов заједнички циљ, сврху сваке појединачне мере и околности у којима ће свака појединачна мера бити испуњена. Ради спречавања даљег испољавања насиља према члану породице путем мера породичноправне заштите, по правилу је неопходно да кумулативно буде одређено више мера, а често и све законом предвиђене мере.[54]

4.4. Трајање, продужење и престанак мера заштите од насиља у породици

21. Мере заштите од насиља у породици, по природи ствари, имају привремени карактер, те је, зато, неопходно да већ приликом изрицања оне буду временски ограничене. Према одредби чл. 198. ст. 3, суд, по сво-

[54] Да би се остварили постулирани циљеви прописа о заштити од насиља у породици и жртвама овог облика насиља пружила адекватна правна заштита, неопходно је да суд, на основу утврђеног стања ствари, сагледавајући конкретну животну ситуацију и прилике у којима жртва насиља и извршилац насиља живе, као и све околности везане за њихов међусобни однос, одреди такву "комбинацију" заштитних мера, да оне буду једна другој компатибилне и да, све заједно, пруже максимално могућну заштиту од насиља у породици. Анализа малобројних одлука које су ми биле доступне показује да приликом одређивања мера заштите поједини судови не воде довољно рачуна о њиховој међусобној усклађености, пренебрегавајући чињеницу да одређивање једне мере заштите, по природи ствари, подразумева одређивање друге, компатибилне мере. Такође, поједини судови не показују спремност да приликом одређивања мера заштите користе своја официјелна овлашћења.

јој оцени, одређује дужину трајања сваке изречене мере, при чему је максимални рок за сваку меру година дана.

Одредбом чл. 198. ст. 4. ПЗ изричито је прописано да се време проведено у притвору, као и свако лишење слободе у вези с кривичним делом, односно прекршајем урачунава у време трајања мере заштите од насиља у породици. Приликом прописивања правила о урачунавању времена проведеног у притвору, одн. затвору у време трајања мере заштите од насиља у породици, законодавац није прецизирао које је то кривично дело, одн. прекршај поводом кога је извршилац насиља био лишен слободе. Због непостојања било каквог одређења у погледу кривичног дела, одн. прекршаја, могло би се закључити да се у време трајања мере породичноправне заштите од насиља у породици има урачунати време које је извршилац насиља провео у притвору, одн. затвору, без обзира на то које је дело извршио и које је лице оштећено тим делом. Имајући, међутим, у виду циљ законске норме о урачунавању, несумњиво је да се урачунавање врши само ако је у питању лишење слободе извршиоца насиља поводом кривичног дела, одн. прекршаја који је он извршио према оном члану своје породице, ради чије се заштите води парница у којој се одлучује о мерама заштите од насиља у породици. При томе је ирелевантна квалификација самог дела: дело може бити квалифликовано као кривично дело насиља у породици, као неко друго кривично дело или као прекршај. Битно је да се ради о делу са елементом насиља и да је дело било уперено управо против оног лица ради чије се заштите води парница за заштиту од насиља у породици.

Одредбама чл. 199. ПЗ предвиђена је могућност продужавања трајања изречене мере, све док не престану разлози због којих је мера била одређена. Сагласно томе, поступци за продужење трајања мере могу се сукцесивно покретати неограничени број пута.

У парници за продужавање трајања мере заштите од насиља у породици може се тражити продужавање трајања само оних мера које су правноснажном одлуком суда већ одређене. Уколико постоји потреба за издавањем нове мере заштите, покреће се нови поступак у коме се испитују све оне околности на основу којих се може утврдити испуњеност услова за издавање мере заштите. Поступак за продужавање трајања мере заштите покреће се пре него што истекне време на које је мера одређена. За случај да поступак до тог тренутка није покренут, а извршилац насиља

је наставио да испољава насиље према члану породице, може се покренути поступак за заштиту од насиља у породици, чији предмет није захтев за продужавање трајања изречене мере, већ захтев за поновно одређивање мере заштите, с тим што то могу бити мере које су ранијом судском пресудом биле одређене или неке друге мере.

Мера заштите од насиља у породици има за циљ да се жртви насиља пружи заштита од даљег насиља и да се позитивно утиче на будуће понашање извршиоца насиља. За случај да је пре истека времена на које је мера одређена престану разлози због којих је она одређена, постоји могућност да се тражи њен престанак.

5. Поступак у парницама за заштиту од насиља у породици

У парницама за заштиту насиља у породици примењује се посебан парнични поступак који је законодавац регулисао тако што је креирао један број посебних процесних правила садржаних у чл. 283-289 ПЗ[55] и предвидео супсидијарну примену Закона о парничном поступку[56] (чл. 202. ПЗ).

Поступак у парницама за заштиту од насиља у породици примењује се у парницама у којима суд, на захтев овлашћених лица, односно

[55] Приликом регулисања поступка за одређивање породичноправних мера заштите од насиља у породици, законодавац се определио за парницу као метод правне заштите. У "Моделу правне заштите од насиља у породици" Виктимолошког друштва Србије била је предвиђена примена ванпарничног поступка. Радна група била је мишљења да је, с обзиром на природу и циљ који се изрицањем ових мера остварује, најпримеренији овај тип процедуре јер су ванпарнична правила еластичнија и једноставнија у односу на парнична процесна правила, тако да би омогућила да се на брз и ефикасан начин пружи правна заштита и предупреди даље насиље, а сам поступак у потпуности прилагоди садржини правне ствари и циљу правне заштите која се остварује. Исто тако, приликом избора метода правне заштите имало се у виду да се изрицањем мера заштите од породичног насиља штите не само приватни интереси већ и јавни интерес. Несумњиво је, наиме, да се јавни интерес у поступку не би могао на задовољавајући начин остварити уколико би се заштитне мере изрицале у парници, с обзиром на конструкцију саме парнице као процесног метода и начела на којима је она заснована.

[56] Закон о парничном поступку од 15. новембра 2004. год. "Сл. гласник РС", 125/2004, (у даљем тексту "ЗПП").

органа или по службеној дужности, одређује једну или више мера заштите од насиља у породици, у којима одлучује о продужењу трајања мере заштите од насиља у породици после истека времена на које је мера одређена, као и у парницама у којима суд, на захтев лица против кога је мера заштите одређена, одлучује о престанку ове мере пре него што је истекло време на које је она одређена.

5.1. Надлежност и састав суда

У парницама за заштиту од насиља у породици стварно је надлежан општински суд[57] док је месно надлежан суд опште месне надлежности и суд на чијем подручју има пребивалиште, одн. боравиште члан породице према коме је насиље извршено (чл. 283. ПЗ). Правило о изборној месној надлежности у интересу је члана породице према коме је насиље извршено јер му пружа могућност да покрене поступак пред судом на чијем је подручју његово пребивалиште, одн. боравиште.

У овим парницама у првом степену одлучује веће састављено од једног судије и двоје судија поротника, а у поступку по жалби, веће састављено од троје судија (чл. 203. ст. 1. ПЗ).

Правне ствари заштите од насиља у породици, као и остале правне ствари из брачних и породичних односа, веома су комплексне и зато постоји потреба да у овим правним стварима поступају посебно стручно оспособљене и квалификоване судије. Због тога је поступање у парницама за заштиту од насиља у породици поверено спацијализованом већу. Специјализовано веће чине посебно стручно оспособљене и квалификоване судије професионалци, који су стекли посебна знања из области права детета, и судије поротници, који се бирају из редова стручних лица са искуством у раду са децом и младима.[58]

---

[57] Чл. 21. ст. 2. Закона о уређењу судова РС, "Сл. гласник РС", 63/2001, 42/2002, 27/2003 и 29/2004.

[58] Правила о специјализацији суда почела су да се примењују од 1. јула 2006. год., после реализације програма едукације судија, који је утврђен Правилником о програму и начину стицања посебних знања из области права детета судија који суде у поступцима у вези са породичним односима, ("Сл. гласник РС", 44/2006).

5. 2. Начела поступка

26. Поступак у парницама за заштиту од насиља у породици представља посебан парнични поступак, који је заснован на модификованим парничним процесним начелима и тиме прилагођен природи правних ствари у којима се примењује.

Према изричитој одредби садржаној у чл. 285. ПЗ, поступак у парницама за заштиту од насиља у породици нарочито је хитан. Ако се поступак односи на дете или на родитеља који врши родитељско право, тужба се не доставља туженом на обавезан одговор (чл. 204. ст. 2. ПЗ), а суд је дужан да поступак спроведе на највише два рочишта (чл. 204. ст. 3. ПЗ). Прво рочиште треба да буде одржано у року од осам дана од дана пријема тужбе у суду, а другостепена одлука треба да буде донета у року од 15 дана од дана кад је жалба достављена другостепеном суду (чл. 285. ПЗ).

У поступку у парницама за заштиту од насиља у породици начело диспозиције битно је сужено. Суд није везан границама тужбеног захтева и може одредити меру заштите од насиља у породици коју тужилац није тражио, ако оцени да се таквом мером најбоље постиже заштита члана породице према коме је насиље извршено (чл. 287. ПЗ). Одступање од начела диспозиције огледа се у томе што суд по службеној дужности може да покрене адхезиони поступак за заштиту од насиља у породици уз поступак у брачним парницама (чл. 226. ст. 3. ПЗ), у матернитетским и патернитетским парницама (чл. 260. ст. 3. ПЗ), у парницама за заштиту права детета, у парницама за вршење родитељског права, као и у парницама за лишење и враћање родитељског права (чл. 273. ст. 3. ПЗ).

У погледу прикупљања процесног материјала, доминира истражно начело у односу на расправно начело (чл. 205. ПЗ). Суд има активну улогу у прикупљању чињеничног и доказног материјала и дужан је да подстиче странке да износе чињенице и нуде доказе, а овлашћен је и да самостално истражује и прикупља чињенице које странке нису изнеле и проверава истинитост и оних чињеница које међу странкама нису спорне. Суд је, такође, овлашћен да изводи и оне доказе које странке нису предложиле.

Сагласно истражном начелу, суд на усменој расправи није само онај ко руководи расправом странака, већ активни подстрекач страначке процесне делатности и активни "трагач" за истином. Зато је неопходно да приликом извиђања стања ствари суд преманентно има на уму да је при-

марно одговоран за резултате извиђања. У том смислу, суд је дужан да подстиче странке да изнесу све правнорелевантне чињенице, да допуне своје наводе и изјасне се о наводима противника, да пруже потребна објашњења и понуде све расположиве доказе. Улогу активног подстрекача страначке активности суд врши тако што странкама поставља питања и тражи неопходна разјашњења и допуне навода ради утврђивања стања ствари. У парницама за заштиту од насиља у породици суд сам истражује чињенице и у подлогу своје одлуке може да узме и ону правнорелевантну чињеницу на коју се ниједна странка није позвала. У складу са начелом контрадикторности, неопходно је, међутим, да странкама пружи могућност да се о тој чињеници изјасне.

У току усмене расправе долази до пуног изражаја начело саслушања и начело једнакости странака. Ради остваривања ових начела, неопходно је да странке буду упознате не само са наводима и захтевима свог противника, већ и са ставовима суда од којих зависи усмеравање поступка и ток самог расправљања.

Поступак у парницама за заштиту од насиља у парници заснован је на принципима тзв. отвореног правосуђења.[59] Суд је дужан да странке перманентно упознаје са својим хипотезама, радним квалификацијама и оценама у погледу правне ствари, да без икакве резерве саопштава странкама своје ставове, правна схватања и концепцију којом се руководи приликом прикупљања и оцењивања процесне грађе. Суд је, исто тако, дужан да у току читавог поступка странкама пружа потребна разјашњења и упознаје их са својим виђењима правне ствари и да заједно са њима размотри све чињеничне и правне аспекте истакнутог правозаштитног захтева. Изношењем својих ставова и мотива којима се руководи приликом предузимања процесних радњи, суд пружа странкама прилику да се изјасне и о његовим ставовима и тезама. Суд је, такође, дужан да странке упозори на оне елементе правне ствари о којима је дужан да води рачуна по службеној дужности и да их позове да изнесу своје примедбе. У циљу доношења законите одлуке, суд треба да упозна странке и са својим ставом о конкретној материјалноправној норми коју би, по његовом мишљењу, требало применити, као и са својом интерпретацијом садржине правне норме.

[59] О концепту отвореног правосуђења, детаљно, Трива, С., Белајец, В., Дика, М., *Ново парнично процесно право*, Загреб, 1977.

С обзиром да суд није везан тужбеним захтевом, тј. да може одлучивати ultra и extra petitum у погледу мере заштите коју ће одредити, потребно је да суд постави радну тезу у погледу мере коју намерава да одреди и да са тим отворено упозна странке, како би им омогућио да о томе расправљају. Од посебне важности је да суд странкама објасни смисао и сврху сваке од мера заштите од насиља у породици, као и последице одређивања мера заштите од насиља у породици.

У поступку у парницама за заштиту од насиља у породици јавност је законом искључена и важи начело дискреције, које је конкретизовано правилом да подаци из судских списа представљају службену тајну, коју су дужни да чувају сви учесници којима су ти подаци доступни (чл. 206).

Остала парнична процесна начела, која важе у општем парничном поступку, у неизмењеном виду важе и у поступку у парницама за заштиту од насиља у породици.

5.3. Покретање поступка

Поступак у парницама за заштиту од насиља у породици редовно се покреће тужбом активно легитимисаних лица, одн. органа и води се као основни поступак.

Поступак у парницама за заштиту од насиља у породици може се водити и као адхезиони (придружени) поступак уз поступак у брачним парницама[60] у матернитетским и патернитетским парницама,[61] у парницама за заштиту права детета, у парницама за вршење родитељског права, као и у парницама за лишење и враћање родитељског права.[62]

Поступак у парницама за заштиту од насиља у породици, као адхезиони поступак, може покренути нека од парничних странака у основном поступку или сам суд, ex officio. Потреба да суд по службеној дужности покрене поступак за заштиту од насиља у породици постоји кад суд, на основу резултата извршења и расправљања у основном поступку, који се води у некој од брачних парница или парница из родитељско-дечијег односа, дође до сазнања да постоји потреба за пружањем правне заштите

[60] Чл. 226. ст. 3. ПЗ.

[61] Чл. 260. ст. 3. ПЗ.

[62] Чл. 273. ст. 3. ПЗ.

од насиља у породици, а да ниједан од активно легитимисаних субјеката није затражио одређивање мере заштите.

Према одредби чл. 284. ст. 2. ПЗ, активно процесно легитимисани у парницама за одређивање мера заштите од насиља у породици и у парницама за продужавање трајања мера заштите члана породице према коме је насиље извршено, његов законски заступник, јавни тужилац и орган старатељства. Активна легитимација у парници у којој се тражи престанак мера заштите од насиља у породици пре истека времена на које је она одређена, према изричитој законској одредби, припада искључиво лицу против кога је мера одређена (чл. 200. ПЗ).

5.4. Садржина и правна природа тужбе

Поступак у парницама за заштиту од насиља у породици покреће се тужбом.[63] У погледу садржине тужбе у овим парницама, у свему важе правила ЗПП којима је регулисана формална садржина ове иницијалне парничне радње у општем парничном поступку.[64]

Централни део тужбе за заштиту од насиља у породици је тужбени захтев, који може бити једноставан и сложен, у зависности од тога да ли се тражи издавање једне или више мера заштите. Тужбени захтев треба да буде прецизно и јасно одређен и опредељен и у субјективном и у објективном смислу. То подразумева да тужилац одреди: лице против кога се мера има одредити, лице ради чије се заштите мера одређује, врсту мере чије се одређивање тражи, укључујући све оне елементе који су потребни за њену конкретизацију, као и дужину трајања тражене мере.

Свака тужба у парници за заштиту од насиља у породици којом се тражи одређивање мера заштите има и конститутивни и кондемнаторни елемент. Конститутивни елемент тужбе огледа се у захтеву тужиоца да суд својом одлуком изрекне одређену промену, чија је суштина, без обзира на врсту мере, у томе да се туженом забрани вршење одређеног права, одн. понашања и тиме унесе промена у постојеће односе странака. Кондемнаторни елемент тужбе огледа се у тражењу да суд изрекне конкретну

[63] Чл. 284. ст. л. ПЗ

[64] Чл. 187. ЗПП.

заповест туженом, тј. да му наложи да, сагласно изреченој забрани, нешто учини или да се уздржи од неког чињења.

5.5. Улога органа старатељства

У парницама за заштиту од насиља у породици орган старатељства суделује у различитим процесним улогама и остварује различите функције и задатке.[65]

Пре свега, орган старатељства има положај странке (тужиоца) у парници за заштиту од насиља у породици. Положај тужиоца у овој парници орган старатељства стиче кад покрене поступак или кад се у току поступка придружи тужиоцу и тиме накнадно стекне положај јединственог супарничара.

Уколико орган старатељства није сам покренуо овај поступак, он у поступку који су покренули други овлашћени субјекти или суд, ex officio, може да се јави као као специфичан вештак, као помоћни орган суда и као сарадник суда.

Орган старатељства има положај специфичног вештака кад даје своје мишљење о сврсисходности тражене мере заштите од насиља у породици. Суд може да затражи од органа старатељства да да своје мишљење о сврсисходности мере заштите од насиља у породици уколико орган старатељства није сам покренуо поступак (чл. 286. ПЗ). Мишљење органа старатељства не везује суд, већ суд слободно оцењује мишљење органа старатељства, тако да може да га уважи у целости, само делимично или да га уопште не уважи. Орган старатељства у парници може кумулативно стећи и улогу помоћног истражног органа суда. Такву улогу он има кад, по налогу суда, пружа суду помоћ у прибављању потребних доказа (чл. 286. ПЗ). Тако је орган старатељства дужан да, на захтев суда, прикупи и суду стави на увид податке до којих је дошао применом различитих метода социјалног рада са појединим члановима породице. Орган старатељства је сарадник суда када, на захтев суда, пружа стручну помоћ у утврђивању мишљења детета (чл. 65. ст. 6. ПЗ).

---

[65] Видети: Станковић, Г., Петрушић, Н., *Новине у грађанском процесном праву*, Удружење за грађанско процесно право, Свен, Ниш, 2005, стр. 43.

5.6. Заступање детета

Према одредбама ПЗ, дете има положај странке у поступку за заштиту од насиља у породици само ако се поступак непосредно води ради његове заштите. У таквом случају у поступку се примењују правила која обезбеђују независно заступање детета у случају колизије интереса између детета и његовог законског заступника, одн. у случају да законски заступник детета не заступа дете на одговарајући начин.

Дете као странку заступа његов законски заступник. Уколико између детета и његовог законског заступника постоје супротни интереси,[66] дете заступа колизијски старатељ, односно привремени заступник.[67] Колизијског старатеља поставља орган старатељства, самоиницијативно или на предлог детета, односно другог лица или установе, којима се дете обратило и затражило помоћ у покретању поступка за постављање колизијског старатеља, уколико утврди да између детета и његовог законског заступника постоје супротни интереси. Дете има право да самостално или преко другог лица или установе иницира овај поступак ако је навршило 10. годину живота и ако је способно за расуђивање.[68]

Привременог заступника детету поставља суд у току парнице, по службеној дужности или на предлог самог детета, односно лица или установе, којима се дете обратило за помоћ у покретању поступка за постављање привременог заступника, уколико утврди да између детета и његовог законског заступника постоје супротни интереси или да дете као странка није заступано на одговарајући начин. Детету је признато право да самостално или преко другог лица или установе иницира овај специфи-

---

[66] О упоредним моделима независне правне репрезентације детета у судском поступку, видети: Петрушић, Н., *Правна репрезентација детета у поступку породичноправне заштите од насиља у породици*, Правни живот, 9/2002, тематски број "Право и светски поредак", стр. 755-767.

[67] Чл. 265. ПЗ. Правила о колизијском одн. привременом заступнику налазе се међу одредбама којима је регулисан поступак у парницама за заштиту права детета и у парницама за вршење, односно лишење родитељског права (чл. 261-273. ПЗ), али се она примењују и у свим другим судским и административним поступцима у вези са породичним односима ако се ти поступци односе и на права детета (чл. 268. ПЗ).

[68] Чл. 265. ст. 2. ПЗ.

чан адхезиони поступак за постављање привременог заступника, под условом даје навршило 10. годину живота и да је способно за расуђивање. Способност детета за расуђивање утврђује суд у току овог адхезионог поступка тако што спроводи потребне извиђаје[69].

5.7. Формирање и изражавање мишљења детета

У поступку за заштиту од насиља у породици примењују се и правила ПЗ која обезбеђују да дете формира и слободно изрази своје мишљење[70] у поступку пред судом. Према чл. 65. ПЗ, дете које је способно да формира своје мишљење има право да слободно изрази своје мишљење.[71] Дете има право да слободно изрази своје мишљење у свим поступцима који тангирају његове интересе, што подразумева да има право на слободно изражавање мишљења у свим парницама за заштиту од насиља у поро-

[69] Чл. 265. ст. 3. ПЗ

[70] Право детета на слободно изражавање мишљења спада у ред оних посебних права детета чије гарантовање и практично остваривање потврђују спремност друштва да детету призна статус аутономног правног субјекта. Ради се о једном од тзв. партиципативних права детета, које је од круцијалног значаја за остваривање правног субјективитета детета и једна од неопходних претпоставки за уживање свих осталих права и слобода детета. У литератури се оцењује да је одредба чл. 12. ст. 1. Конвенције УН о правима детета, којом је детету признато право на слободно изражавање мишљења, у историјском смислу, најзначајнија не само због тога што је њоме изричито речено већ због тога што она "признаје дете као комплетно људско биће са својим интегритетом и личношћу, које је способно да у потпуности учествује у друштвеном животу". (Видети: Freeman, M.: Whither *Children: Promection, Participation, Autonomy;* Manitoba Law Journal, Vol. 22, 1993, p. 319).

[71] Анализа правила ПЗ којима је регулисано остваривање права детета на слободно изражавање мишљења показује да су домети овог права исувише сужени и да су, због постављених законских ограничења, стандарди домаћег права нижи од оних установљених конвенцијским правилима. Међутим, у домаћој уџбеничкој литератури породичног права углавном се не проблематизују домети права детета на слободно изражавање мишљења. Изузетак је уџбеник проф. Поњавића, који указује на флуидне границе поља примене права детета на слободно изражавање мишљења. (Видети: Поњавић, З., оп. цит., стр. 243).

дици, укључујући не само оне које се воде у циљу заштите детета од насиља, већ и оне које се воде ради заштите другог члана породице.[72]

Начелна одредба о праву детета да слободно изрази своје мишљење конкретизована је прописивањем посебних дужности суда и колизијског старатеља, одн. привременог заступника детета. Пре свега, законом је прописана дужност суда да се стара да дете добије сва обавештења која су му потребна, ако у току поступка утврди да је оно способно да формира своје мишљење. Поред тога, суд је дужан да детету омогући да непосредно изрази своје мишљење и да мишљењу детета посвети дужну пажњу, у складу са годинама и зрелошћу детета. Суд, међутим, неће предузети радње везане за формирање и изражавање мишљења детета ако оцени да би то очигледно било у супротности са најбољим интересом детета.[73]

---

[72] У чл. 266. ст. 3 ПЗ, наведено је "Ако суд утврди да је.. . странка дете које је способно да формира своје мишљење, дужан је...). Стилизација ове одредбе упућује на закључак да у парницама у којима дете није странка, а у којима се одлучује о његовим правима, дете нема законско право да изрази своје мишљење, тј. не постоји дужност суда да детету омогући изражавање мишљења. С обзиром да би такво тумачење исувише сузило право детета на слободно изражавање мишљења, будући да у многим парницама из родитељско-дечијих односа детету није признат положај странке, ову одредбу треба шире тумачити, у смислу чл. 65. ПЗ: дете има право да слободно изрази своје мишљење у свим поступцима који тангирају његове интересе. Сагласно томе, детету треба омогућити да изрази своје мишљење у парници за заштиту од насиља у породици и кад се она не води ради његове заштите, већ ради заштите другог члана породице. (Тако и: Поњавић, З., оп. цит., стр. 399).

[73] Чл. 65. ст. 6. ПЗ. Треба приметити да је законодавац право на слободно изражавање мишљења, везао за принцип најбољег интереса детета, полазећи од става да право на слободно изражавање мишљења детета и принцип најбољег интереса детета могу бити међусобно контрадикторни и да у том случају превагу има најбољи интерес детета. Овај став је, међутим, и у теорији и у законодавној пракси, одавно напуштен. У савременом праву најбољи интерес детета не посматра се пасивно, нити се сматра да су искључиво одрасли ти који одређују садржај принципа најбољег интереса детета, већ се полази од става да су ова два принципа међусобно повезана, при чему је управо уважавање мишљења детета веома често у најбољем интересу детета. (Детаљно: Вучковић Шаховић, ИМ., *Права детета и међународно право*, Београд, 2000, стр. 110).

Према чл. 267. ПЗ, уколико колизијски старатељ, одн. привремени заступник закључи да је дете које заступа способно да формира своје мишљење, дужан је да се стара да дете добије сва обавештења која су му потребна, да детету пружи сва неопходна објашњења која се тичу могућих последица радњи које он предузима, да суду пренесе мишљење детета, ако дете није непосредно изразило своје мишљење пред судом. Колизијски старатељ, одн. привремени заступник неће вршити законом прописане дужности које су везане за формирање и изражавање мишљења детета ако оцени да би то очигледно било у супротности са најбољим интересом детета.[74]

Приликом утврђивања мишљења детета, суд је дужан да сарађује са школским психологом, односно са органом старатељства, породичним саветовалиштем или са другом установом специјализованом за посредовање у породичним односима. Разговору са дететом, који се води ради утврђивања мишљења детета, обавезно присуствује лице које је дете само изабрало.[75] Ово лице, у које дете има поверење, пружа помоћ и подршку детету и охрабрује га да, на основу чињеница са којима се упознало, слободно изрази своје аутентично мишљење.

5.8. Садржина и правна природа пресуде

Суд доноси мериторну одлуку у парницама за заштиту од насиља у породици у форми пресуде.[76] Мериторне одлуке којима је одређена мера заштите од насиља у породици су, с обзиром на тип и садржину заштите

[74] Видети аргументацију наведену у напомени бр. 54.

[75] У литератури се правило чл. 65. ст. 6. ПЗ, којим је регулисано право детета да приликом остваривања права на слободно изражавање мишљења добије помоћ и подршку лица у кога има поверење и кога само изабере, не интерпретира као императивно правило, већ се наводи да то лице "може присуствовати" приликом утврђивања мишљења детета. (Видети: Поњавић, З., оп. цит, стр. 245). Дикција чл. 65. ст. 6. ПЗ упућује, међутим, на закључак да је реч о когентном правилу.

[76] Кад се поступак за заштиту од насиља у породици води као основни и самостални поступак, пресуда којом се одлучује о мерама заштите од насиља у породици израђује се у форми посебног писмена. Уколико се, међутим, поступак води као адхезиони, пресуда којом је одлучено о мерама заштите редовно се уноси у писмено у коме је садржана пресуда о тужбеном захтеву у основном поступку. Ради се, међутим, о двема посебним одлукама, које су потпуно независне једна од друге у погледу побијања, ступања на правну снагу и др.

која се њоме пружа, комплексне природе јер имају обележја и конститутивних и кондемнаторних судских одлука.

Конститутивни елеменат пресуде којом је одређена мера заштите од насиља у породици огледа се у томе што се одређивањем мере туженом одузима одређено право, одн. ускраћује одређена слобода[77] и тиме уноси промена у постојећи правни однос странака. Кондемнаторни елемент пресуде којом је одређена мера заштите од насиља у породици састоји се из конкретног налога (заповести) туженом да, у складу са изреченом променом, нешто учини, да нешто трпи или да пропушта да чини и тиме своје будуће понашање, док траје мера заштите, усклади са садржином конститутивног дела диспозитива.

Приликом редакције диспозитива пресуде којом се одређује мера заштите од насиља у породици, неопходно је да суд води рачуна о чињеници да се ради о пресуди двојаке правне природе, тј. о пресуди која има и конститутивни и кондемнаторни елеменат. Из формулације и стилизације конститутивног дела пресуде треба да буде јасно видљиво ког је конкретног права, одн. слободе тужени лишен, тј. у чему се ова промена огледа и за који ће временски период она важити. Приликом редакције кондемнаторног дела пресуде, суд мора користити оне формулације које су уобичајене кад су у питању кондемнаторне одлуке, како би било сасвим јасно и недвосмислено како се тужени има понашати да би његово понашање било саобразно наређењу из судске одлуке.

У погледу редакција диспозитива пресуда, у делу судске праксе срећу се пресуде чији први став садржи ауторитативно утврђење суда да - је тужени одређеног дана предузео конкретну радњу према тужиоцу, чиме је извршио дело насиља у породици предвиђено одредбама ПЗ.[78] Несум-

[77] Тако, кад су у питању пресуде којима се одређује мера забране приближавања жртви насиља у породици, одн. забрана приступа у простор око места рада и/или места становања, конститутивни део ових пресуда садржи појединачну правну норму, којом суд, користећи своја законска овлашћења, извршиоцу насиља привремено забрањује одређено понашање (приближавање жртви насиља), чиме га ограничава у вршењу једног од његових основних људских права и слобода - права на слободу кретања.

[78] У појединим електронским пакетима правних прописа понуђени су модели пресуда чији диспозитиви такође садрже овакву врсту утврђења. Тако је нпр. у па-

њиво је да се ради о погрешној пракси која је супротна важећим прописима, с обзиром да предмет ауторитативног утврђења не могу бити чињенице. Сагласно чл. 188. ЗПП, предмет утврђења могу бити постојање, одн. непостојање неког права или правног односа или истинитост, одн. неистинитост неке исправе. С друге стране, тзв. декларативна преамбула, коју садрже и конститутивне и кондемнаторне одлуке, не уноси се у диспозитив пресуде, већ у њено образложење.

У појединим судским одлукама пресуде уопште не садрже конститутивни део, већ само кондемнаторни део, који обично започиње речима: *"Усваја се тужбени захтев тужиоца ББ, па се тужени АА обавезује да...*". Оваква формулација и стилизација диспозитива није коректна. Пре свега, неопходно је да диспозитив пресуде садржи конститутивни део јер се управо на основу овог дела одлуке, којим је извршена промена у погледу правног односа странака, изриче конкретна заповест туженом. Поред тога, не постоји потреба да се суд изјашњава о томе да захтев тужиоца усваја, посебно ако се има у виду да суд у парницама за заштиту од насиља у породици није везан тужбеним захтевом у погледу врсте заштитне мере коју ће у конкретном случају одредити и да овај поступак, као адхезиони, може покренути по службеној дужности. Коришћење правнотехничког израза "обавезује се..." у формулацији кондемнације није адекватно јер се не ради о обавезивању туженог, већ у издавању судског налога (заповести) туженом да се на одређени начин понаша, а употреба повратне заменице "се" је граматички погрешна и нелогична јер се не ради о самообавезивању туженог.

Кондемнаторни део диспозитива пресуде којом суд одређује меру заштите од насиља у породици треба да буде формулисан и стилизован тако да он буде сажет, прецизан, потпун и јасан. Од изузетне је важности да кондемнаторни део пресуде буде јасно и прецизно одређен, на начин који је уобичајен кад су у питању кондемнаторне пресуде, како би се обезбедила потпуна извесност у погледу обавеза извршиоца насиља, што

кету "Параграф Нет", овај декларативни део диспозитива пресуде формулисан тако што је наведено: *"Усваја се тужбени захтев тужиње НН из Б и утврђује се да је тужени СС из Б дана хх године уу, извршио насиље у породици на тај начин што је угрозио телесни интегритет своје супруге - тужиље НН из Б, тако што јој је нанео лаку телесну повреду у пределу леђа, чиме је извршио дело насиља у породици из члана 197. став 2. тачка 1. Породичног закона."*

олакшава препознавање понашања супротног изреченом судском налогу и утврђивање претпоставки за евентуално принудно извршење пресуде. Осим тога, треба имати у виду да се кондемнаторним делом диспозитива пресуде одређују предмет, обим и границе евентуланог принудног извршења. Коначно, прецизно и јасно одређен и опредељен судски налог у погледу мере забране приближавања жртви значајан је и због тога што прекршај мере заштите од насиља у породици, коју је суд одредио на основу закона, представља посебан облик кривичног дела насиља у породици, за који је запрећена новчана казна или затвор до шест месеци.[79]

У судској пракси уобичајено је да се, у виду посебног става, у диспозитив пресуде уноси констатација да мере заштите могу бити продужаване, све док не престану разлози због којих су одређене. Иако, стриктно посматрано, уношење ове поуке није неопходно, практични разлози оправдавају да овај вид упозорења и поучавања странака буде садржан у судској пресуди.

5.9. Правни лекови

Изричитим законским прописима предвиђено је да жалба у парницама за заштиту од насиља у породици не задржава извршење пресуде о одређивању или продужењу мере заштите од насиља у породици. Против одлука у овим парницама ревизија је дозвољена.[80]

5.10. Трошкови поступка, достављање одлуке и евиденција о насиљу

О трошковима поступка суд одлучује по слободној оцени, водећи рачуна о разлозима правичности.[81]

Пресуду у парницама за заштиту од насиља у породици суд доставља странкама. Суд је дужан да пресуду одмах достави и органу старатељства на чијој територији има пребивалиште, односно боравиште члан породице према коме је насиље извршено и органу старатељства на чијој

[79] Чл. 194. ст. 5. Кривичног законика Републике Србије.

[80] Чл. 228. ПЗ и чл. 208. ПЗ.

[81] Чл. 207. ПЗ.

територији има пребивалиште односно боравиште члан породице против кога је мера заштите одређена.[82] Орган старатељства дужан је да води евиденцију и документацију како о лицима према којима је насиље извршено, тако и о лицима против којих је одређена мера заштите.[83]

[82] Чл. 289. ПЗ.

[83] Чл. 289. ст. 2. и 3. ПЗ. Начин вођења евиденције регулисан је Правилником о евиденцији и документацији о лицима према којима је извршено насиље у породици и о лицима против којих је одређена мера заштите од насиља у породици ("СИ. гласник РС", бр. 56/2005).

Бранислава Апостоловић,
судија Врховног суда Србије

ВРШЕЊЕ РОДИТЕЉСКОГ ПРАВА

Закон о браку и породичним односима Републике Србије донет је 1980. године и његова примена је била ограничена на подручје Србије, без покрајина, осим основних начела (члан 26-39), која су се јединствено примењивала на целој територији Србије.[1] Јединствена примена закона о браку и породичним односима на територији Републике Србије обезбеђена је доношењем Уставног закона о изменама и допунама Уставног закона за спровођење Устава РС, 10. марта 1993. године, којим је утврђен престанак важности покрајинских закона и прописана обавезна примена одговарајућих републичких закона на сва питања и све односе који су били уређени покрајинским законима.

Променом правног система мењала се законодавна надлежност у области породичних односа, дошло је до промена у схватању о значају и улози породице у друштву, усвојено је неколико важних међународних докумената под окриљем Уједињених нација и Савета Европе, који су успоставили нове стандарде у породичном законодавству и пракси. Из наведених разлога Закон из 1980. године се показао као превазиђен, што је условило да се у области породичних односа донесе нов закон. Усвајањем Уставне повеље државне заједнице Србија и Црна Гора, 4. фебруара 2003. године, извршено је разграничење законодавне надлежности између савезне државе и република чланица, тако што је прописано да ће се раније донети савезни закони, изван послова државне заједнице, примењивати као закони држава чланица, до доношења нових прописа од стране држава чланица. Уставном повељом је створена могућност да се републичким законом уреде и питања која су до тада била у искључивој надлежности савезне државе, а која се тичу посебних људских и управних поступака за одлучивање о правима из породичних односа, те грађанска права странаца.[1]

[1] "Службени гласник СРС ", бр 22/80, 11/88; "Службени гласник РС, бр 22/93, 25/93, 35/94, 46/95, 29/2001

Уставном повељом утврђени су циљеви државне заједнице Србија и Црна Гора и чланом 3. прописана обавеза држава чланица да прописе и праксу ускладе са европским и међународним стандардима. Република Србија је у складу са одредбама Уставне повеље донела Породични закон, којим је имплементирала одредбе свих међународних докумената значајних у овој области, као и међународне европске стандарде који се тичу породичних односа и права детета. [2]

РОДИТЕЉСКО ПРАВО

Породични закон је задржао термин "родитељско право" са намером да се тиме афирмише право детета да се управо родитељи имају старати о њему. Закон дефинише родитељско право као право које је изведено из дужности родитеља и које постоји само у мери која је потребна за заштиту личности, права и интереса малолетног детета (члан 67. ПЗ)

Родитељско право је строго лично право родитеља, које се по правилу не може преносити на друга лица, нити се родитељи могу одрећи родитељског права, осим давањем сагласности за заснивање усвојења или фактичким напуштањем детета. Родитељско право врше мајка и отац заједно, споразумно и равноправно, а то право стичу рођењем детета. Изузетно, родитељско право може припадати само једном родитељу у случајевима када је други родитељ умро; ако други родитељ није познат и ако је други родитељ лишен родитељског права. Родитељско право још може стећи усвојитељ над усвојеним, будући да усвојењем настају односи који постоје између детета и родитеља (члан 104. ПЗ). Родитељско право се врши првенствено **у најбољем интересу детета.** Породични закон је у члану 6. прописао да је свако дужан да се руководи најбољим интересом детета у свим активностима које се тичу детета. Најбољи интерес детета је правни стандард, који је преузет из Конвенције УН о правима детета и као принцип прихваћен у савременом породичном праву. Конвенција о правима детета у члану 3. предвиђа да најбољи интереси детета треба да буду од првенственог значаја у свим активностима које се тичу деце, а без об-

[2] Породични закон је објављен у "Службеном гласнику Републике Србије" бр. 18/2005 од 24. фебруара 2005. године, ступио на снагу 4. марта 2005. године, а примењује се од 1. јула 2005. године осим одредаба члана 203. став 2. и 3. (правила о специјализацији суда) које се примењују од 1. јула 2006. године

зира које институције или органи предузимају ове активности.[3] Породични закон не даје дефиницију овог правног стандарда, што значи да ће суд у сваком конкретном случају морати да утврди и цени шта је најбољи интерес детета.

САДРЖИНА РОДИТЕЉСКОГ ПРАВА

Права детета су **посебна права** и независна од права родитеља.

Родитељи имају првенствену и заједничку одговорност да се старају о детету.

Старање о детету обухвата :

- чување и подизање детета
- васпитање детета
- образовање детета
- заступање детета
- издржавање детета
- управљање и располагање имовином детета

Одлуку о одвајању детета од родитеља без сагласности родитеља може донети само **суд,** под законом тачно утврђеним условима и само када је то у најбољем интересу детета.

НАЧИН ВРШЕЊА РОДИТЕЉСКОГ ПРАВА

У погледу вршења родитељског права, Закон о браку и породичним односима Републике Србије је предвиђао да родитељи родитељско право врше заједно и споразумно, а ако живе одвојено, родитељско право врши родитељ код кога дете живи (члан 123. став 1. и 124. старог закона).

Нови Породични закон у погледу вршења родитељског права уводи нова решења. Према Породичном закону родитељи, без обзира на

[3] Члан 9. Конвенције - Уједињене нације су 20. новембра 1989. године на заседању Генералне скупштине у Њујорку донеле Конвенцију о правима детета, ратификована у Југославији 1990, Службени лист СФРЈ-Међународни уговори, бр. 15/90.

брачни статус родитељска права врше заједнички и споразумно, када воде **заједнички живот.**

У случају одвојеног живота, закон предвиђа два начина вршења родитељског права:

- заједничко

- самостално

А Заједничко вршење родитељског права

(1) Заједничко вршење родитељског права на основу закона

Родитељи који су у браку родитељско право стичу у време рођења детета. Ако нису у браку, мајка стиче родитељско право у моменту рођења детета, а отац након утврђеног очинства (признањем или у судском поступку). Ако родитељи воде заједнички живот, родитељско право врше оба родитеља заједнички и споразумно у погледу свих права и дужности које чине његову садржину. У овом случају, родитељи родитељско право врше на исти начин било да живе у брачној или ванбрачној заједници. У случају да дође до неслагања родитеља у вршењу родитељског права, тада ће интервенисати орган старатељства мерама превентивног надзора, а ако се појави спор међу родитељима тада одлуку доноси суд (члан 75. став 1, члан 79. и члан 261-273 ПЗ).

(2) Заједничко вршење родитељског права на основу споразума родитеља

Први пут у домаћем законодавству се уводи могућност да родитељи могу наставити да заједнички врше родитељско право и када престану да воде заједнички живот ако закључе споразум о заједничком вршењу родитељског права и ако суд процени да је тај споразум у најбољем интересу детета (члан 75. став 2. ПЗ). Овакав споразум родитеља треба да омогући да они врше сва права и дужности из садржине родитељског права и након што престану да живе заједно (у браку или ванбрачној заједници) те и на тај начин покушају да избегну непријатељство и незадовољство према судској одлуци, којом се за вршиоца родитељског права одређује само један од њих. Заједничко вршење родитељског права могуће је, после развода брака, као и у другим случајевима када родитељи не воде за-

једнички живот, у случају прекида заједнице живота која није довела до развода брака, престанка ванбрачне заједнице или поништаја брака. [4]

Услов за заједничко вршење родитељског права је да су родитељи закључили **писмени споразум о заједничком вршењу родитељског права.** Закључењем споразума о заједничком вршењу родитељског права, оба родитеља се налазе у једнаком правном положају према детету и омогућава се да се родитељи договоре о питањима везаним за дете на начин који највише одговара њиховој ситуацији. Споразум о заједничком вршењу родитељског права обухвата сва права и дужности из садржине родитељског права и обухвата и споразум о томе шта ће се сматрати пребивалиштем детета. Споразум о томе шта ће се сматрати пребивалиштем детета, значи да се родитељи могу споразумети да дете део времена фактички живи са једним, а потом са другим родитељем, односно да све време живи са једним родитељем. Одређивање шта је пребивалиште, а које прати адресу детета, је од значаја код многих питања као што је остварење одређених права, код надлежности суда, а омогућава и несметано обављање правног промета, као што је обавештавање родитеља, достављање правних докумената и слично.

Пошто установа вршења родитељског права представља новину у домаћем праву, ипак родитељи нису у потпуности самостални у одлучивању о вршењу родитељског права. Водећи рачуна да се заштите интереси детета усвојено је решење по коме је суд тај који процењује споразум, па ако процени да је споразум у најбољем интересу детета уноси га у изреку пресуде (члан 75. став 2. и члан 225. став 1. ПЗ).

Пракса Европског суда за људска права

"Случај Hoppe против Немачке (Hoppe v. Germany).

Подносилац представке у овом случају, господин Hoppe, рођен 1957. године, био је у браку у коме је рођена његова ћерка Svenja у априлу

[4] Институт заједничког вршења родитељског права, који под називом "заједничко старање" (joint custody) познају многа европска права, (шведско, норвешко, финско, данско, енглеско, француско, италијанско, немачко, белгијско, холандско, шајцарско, мађарско, чешко итд.) као и права држава САД и Аустралије.

1990. године. Брак је разведен 1994. године. Упркос захтеву оца да буде донета одлука о заједничком вршењу родитељског права од стране оба родитеља, суд у Вуперталу поверио је старање о детету мајци, а отац је добио право да виђа Svenju сваке друге недеље, као и још три пута током године у дане који су били везани за верске празнике (Свети Стефан, Ускршњи понедељак и Бели понедељак). По његовој жалби, Апелациони суд у Диселдорфу продужио је право оца на контакт са ћерком на сваки први викенд у месецу у трајању од суботе ујутру до недеље увече, а у осталом је потврдио одлуку првостепеног суда. Господин Норре се обратио Европском суду за људска права, сматрајући да је повређено његово право на поштовање породичног живота (члан 8. Европске конвенције о људским правима) због тога што, између осталог, немачки судови нису донели одлуку о вршењу родитељског права у корист оба родитеља (заједничко вршење родитељског права).

Европски суд је, међутим, стао на становиште да право на поштовање породичног живота у овом случају није било повређено. Напротив, Суд је закључио да су домаћи судови пажљиво разматрали питање вршења родитељског права. Они су исправно потврдили став да дете мора имати контакт са оба родитеља како би могло да се хармонично развија, али само у мери у којој је то у складу са најбољим интересом детета. У том склопу, законска могућност заједничког вршења родитељског права не може се наметнути родитељима, будући да постојање јаког конфликта између родитеља представља индицију да заједничко вршење родитељског права не би било у складу са најбољим интересом детета. Оцењено је, при том, да таквом конфликту подједнако доприносе својим понашањем како мајка која се противи било каквом контакту оца и детета, тако и отац који инсистира на свом праву на заједничко вршење родитељског права и не узима у обзир психолошко здравље своје ћерке. На основу налаза и мишљења вештака који су били ангажовани, наиме, јасно произилази да је Svenja била изложена конфликту лојалности, који се манифестовао као снажан притисак са којим се 4-годишња девојчица није могла изборити. Због тога је оцењена као исправна одлука немачких судова да удовоље, пре свега, потреби једног малог детета да води стабилан и миран живот у домаћинству са мајком те да не буде разапето између различитих станова и различитих стилова живота и образовања њених родитеља, а да оца виђа

у правилним двонедељним размацима како би такве посете протекле без осећања страха и неизвесности."[5]

Б Самостално вршење родитељског права

(1) Самостално вршење родитељског права једног родитеља

Вршење родитељског права од стране једног родитеља постоји када родитељско право припада само једном родитељу. То ће бити у ситуацији када је други родитељ умро или је непознат, или је потпуно лишен родитељског права.

Један родитељ сам врши родитељско право када само он живи са дететом, а суд није донео одлуку о вршењу родитељског права.

(2) Самостално вршење родитељског права због фактичке или правне немогућности другог родитеља да врши родитељско право

Родитељско право врши само један родитељ уколико други родитељ није у фактичкој или правној могућности да врши права и дужности које чине садржину родитељског права.

Родитељ је **фактички** спречен да врши родитељско право, када је тешко болестан, одсутан због природе посла, или због лечења, на издржавању казне затвора, ако је препустио старање о детету другом родитељу и др. **Правно** је родитељ у немогућности да врши родитељско право ако је малолетан (а еманципацијом није стекао потпуну пословну способност), ако је лишен пословне способности или се одрекао родитељског права. [6]

Када престану разлози који су довели до немогућности вршења родитељског права, по самом закону се успоставља или наставља вршење родитељског права од стране оног родитеља који је био спречен да га врши.

---

[5] Цитирано М. Драшкић, Породично право и права детета, Чигоја штампа Београд, 2005. стр. 291

[6] Уколико су оба родитеља, у фактичкој или правној немогућности да врше родитељско право дете се ставља под старатељство (члан 124. у вези члан 113. став 3. ПЗ)

Родитељ који сам живи са дететом и самостално врши родитељско право може у свако време тражити да суд донесе одлуку о вршењу родитељског права.

(3) Самостално вршење родитељског права на основу споразума родитеља

Један родитељ сам врши родитељско право ако родитељи који не воде заједнички живот закључе **споразум** о самосталном вршењу родитељског права и ако суд процени да је тај споразум у најбољем интересу детета.

Споразум о самосталном вршењу родитељског права обухвата:

- споразум родитеља о поверавању заједничког детета једном родитељу[7]

- споразум о висини доприноса за издржавање детета од другог родитеља

- споразум о начину одржавања личних односа детета са другим родитељем

(4) Самостално вршење родитељског права на основу судске одлуке

Један родитељ сам врши родитељско право на основу одлуке суда када родитељи не воде заједнички живот, а нису закључили споразум о вршењу родитељског права, или су закључили споразум о заједничком или самосталном вршењу родитељског права, али суд процени да тај споразум није у најбољем интересу детета, те су закључили споразум о самосталном вршењу родитељског права и суд процени да је тај споразум у најбољем интересу детета.

Из наведеног произилази да ће родитељско право вршити родитељ коме је дете поверено одлуком у брачном спору, када суд донесе пресуду којом се брак разводи или се поништава, или се одбија тужбени захтев за утврђење да брак постоји, као и у свим преосталим ситуацијама у којима је за доношење одлуке о поверавању детета некада био надлежан орган старатељства.

[7] На тај начин се на тог родитеља правно преноси вршење родитељског права

(5) Правни положај родитеља који не врши родитељско право

Правни положај родитеља који не врши родитељско право уређен је законом. Родитељ коме дете није поверено и са којим он не живи у породичној заједници је и надаље титулар права. Он је дужан да издржава своје дете. Висина доприноса за издржавање одређује се споразумом родитеља о вршењу родитељског права. Уколико споразума нема, одлуку о томе доноси суд.

Родитељ који не врши родитељско право има право и дужност да са дететом одржава личне односе.

Родитељи могу споразумно усагласити начин одржавања личних односа детета и родитеља с којим дете не живи, а ако таквог споразума нема, одлуку доноси суд. Право родитеља да одржава личне односе са дететом може бити ограничено само судском одлуком када је то у најбољем интересу детета.

Родитељ који не врши родитељско право има право и дужност да о питањима која битно утичу на живот детета одлучује заједнички и споразумно са родитељем који врши родитељско право. Питања која битно утичу на живот детета, у смислу овог закона, сматрају се:

- образовање детета
- предузимање већих медицинских захвата над дететом
- промена пребивалишта детета
- располагање имовином детета велике вредности

Тај родитељ, може тражити измену одлуке о начину вршења родитељског права, а такође има и право да да сагласност са усвајањем свог детета. У случају смрти родитеља који је сам вршио родитељско право, родитељско право почиње да врши други родитељ. Други родитељ, стога има законско право да захтева да му треће лице код ког се дете налази преда на чување. У случају спора између родитеља и трећег лица одлуку доноси суд.

НАДЗОР НАД ВРШЕЊЕМ РОДИТЕЉСКОГ ПРАВА

Родитељи у највећем броју случајева врше родитељско право у складу са законом водећи рачуна првенствено о заштити личних и имо-

винских права и интереса малолетног детета. Међутим, ако родитељи родитељско право не врше правилно и у складу са законом, према њима се могу изрећи одређене мере, које имају за циљ заштиту интереса детета. За разлику од решења прихваћених у ранијем Закону о браку и породичним односима, Породични закон смањује овлашћење органа старатељства, јер мере којима се дете одваја од родитеља сада може да донесе само **суд.** Овакво решење је у складу са међународним стандардима као и чланом 9. Конвенције о правима детета, који прописује судску надлежност за доношење одлука којима се дете одваја од родитеља.

Надзор над вршењем родитељског права, према решењу прихваћеном у нашем праву врши орган старатељства. Надзор може бити превентивни и корективни.

Превентивни надзор обавља орган старатељства када доноси одлуке којима омогућава родитељима да врше родитељско право. Ту спада доношење свих одлука којима се решавају неслагања, неспоразуми или недостатак искуства родитеља у вршењу родитељског права. То би биле ситуације када један родитељ приговара забранама или захтевима које детету поставља други родитељ, родитељи се не слажу око избора школе итд.

Корективни надзор орган старатељства обавља када је потребно да исправи родитеље у вршењу родитељског права. Закон је предвидео неколико таквих мера и дао овлашћења органу старатељства да доноси одлуке којима:

- упозорава родитеље на недостатке у вршењу родитељског права;

- упућује родитеље на недостатке у вршењу родитељског права;

- захтева од родитеља да положе рачун о управљању имовином детета

У обављању корективног надзора орган старатељства може да покрене и судске поступке, као што је поступак у спору за заштиту од насиља у породици, поступак за лишење родитељског права.

ПОСТУПАК ЗА ДОНОШЕЊЕ ОДЛУКЕ О ВРШЕЊУ РОДИТЕЉСКОГ ПРАВА

Поступак за доношење одлуке о вршењу родитељског права регулисан је у десетом делу Породичног закона под насловом "Поступци у вези са породичним односима", у првом делу "Поступак пред судом", као и

одредбама садржаним у члану 261-273 под насловом "Поступак у спору за заштиту права детета и у спору за вршење односно лишење родитељског права".

Приликом уређивања посебног поступка прописана је примена заједничких правила породичног процесног права, која се примењују у свим поступцима из брачних и породичних односа (члан 201-208 ПЗ), примена посебних правила специфичних само за овај поступак (члан 261-273 ПЗ), те је предвиђена примена правила Закона о парничном поступку Републике Србије[8], у свим оним процесним ситуацијама које нису регулисане посебним поступцима (члан 202. ПЗ)

Законом су предвиђена два посебна поступка за доношење одлуке о вршењу родитељског права:

- поступак у брачном спору

- поступак у спору за вршење родитељског права

(1) Поступак у брачном спору

Особеност брачног спора је да се одлука о вршењу родитељског права доноси након спроведеног поступка посредовања[9].

Поступак посредовања у смислу Породичног закона обухвата, поступак за покушај мирења-мирење и поступак за покушај споразумног окончања спора-нагодба.

Посредовање спроводи суд (судија појединац), орган старатељства, породично саветовалиште или друга установа специјализована за посредовање у породичним односима.

Рочиште за посредовање заказује и њиме руководи судија појединац. Дужност је суда да препоручи супружницима да се подвргну психосоцијалном саветовању. Супружници су ти који предлажу или дају сагласност за избор службе којој ће се поверити посредовање. Поверавање посредовања врши се достављањем тужбе за поништење или развод брака.

[8] "Службени гласник РС", бр 125/2004

[9] Породични закон уређује поступак посредовања као саставни део поступка у брачном спору (члан 229-246 ПЗ), а у складу са Препоруком Савета Европе бр. Р (98)-1 о посредовању у породичним односима

Поступак за покушај мирења-мирење се спроводи само код тужбе за развод брака. Сврха мирења је да се поремећени однос супружника разреши без конфликта и без развода.

Поступак за покушај споразумног окончања спора-нагодба се спроводи у брачном спору покренутом тужбом за развод брака уколико мирење није успело и у брачном спору по тужби за поништај брака. Сврха нагодбе је да супружници постигну споразум **о вршењу родитељског права** и о деоби заједничке имовине.

На нагодбу се позивају оба супружника и њихови пуномоћници. Успех нагодбе може бити:

- потпуни ако се постигне споразум о вршењу родитељског права и деоби заједничке имовине;

- делимичан ако се постигне споразум само о једном од њих

Споразум о вршењу родитељског права уноси се у изреку пресуде **само ако** суд процени да је тај споразум у најбољем интересу **детета.**

О нагодби се сачињава записник који садржи:

- споразум супружника о вршењу родитељског права и о деоби заједничке имовине или

- изјаве супружника да нагодба није успела.

Рок за окончање нагодбе износи два месеца од дана када је окончан поступак мирења, односно од дана када је достављена тужба за поништај брака. Ако установа којој је поверен поступак посредовања не достави записник о нагодби у року од три месеца од пријема тужбе, нагодбу ће спровести суд. Рочиште за нагодбу суд је дужан да закаже тако да се одржи у року од 15 дана од истека рока за доставу записника.

Породични закон одредбом члана 40. посебно регулише споразум о разводу брака. Закон је одредио садржину и форму споразума. Споразум о разводу брака мора бити сачињен у писаној форми и мора обавезно да садржи:

- писмени споразум о вршењу родитељског права и

- писмени споразум о деоби заједничке имовине.

Споразум о вршењу родитељског права може имати облик:

- споразума о заједничком вршењу родитељског права или

- споразума о самосталном вршењу родитељског права.

Ако постоји споразум о разводу брака суд не испитује околности које су довеле до развода брака, али је дужан да процени да ли је споразум супружника о вршењу родитељског права у најбољем интересу детета. Овлашћење суда да процењује да ли је споразум родитеља о вршењу родитељског права у најбољем интересу детета значи да је суд дужан да испитује чињенице и изводи доказе у делу предлога супружника који се односи на будуће вршење родитељског права. Уколико суд нађе да споразум одговара интересима детета, уноси га у изреку пресуде као одлуку суда (члан 225. став 1. ПЗ). Међутим, уколико суд дође до уверења да споразум родитеља не гарантује да ће интереси детета бити на задовољавајући начин заштићени, може да на други начин уреди будуће односе родитеља и детета (члан 272. став 2. ПЗ).

(2) Поступак у спору о материнству и очинству

У поступку у парници о материнству и очинству суд је дужан да истовремено одлучи о вршењу родитељског права (члан 260. став 1. ПЗ). Суд такво овлашћење има чак и кад странке нису истакле такав захтев у току парнице. Овакво законско решење је израз потребе да се у потпуности заштите права и интереси детета, те да се потпуно реше сви потенцијални спорови у породично правном односу у коме је парница у току.

(3) Поступак у спору о вршењу родитељског права

У парницама за вршење родитељског права увек је **стварно надлежан** суд опште надлежности. У првом степену суде општински судови, а у другом степену окружни суд.

Месно је надлежан суд на чијем подручју тужени има пребивалиште или боравиште (суд опште месне надлежности), а дете може подићи тужбу пред судом опште месне надлежности или пред судом на чијем подручју оно има пребивалиште односно боравиште.

У овим парницама у првом степену одлучује веће састављено од једног судије и двоје судија поротника, а у поступку по жалби, веће састављено од троје судија (члан 203. став 1. ПЗ). Те судије морају имати по-

себна знања из области права детета, а судије поротници се бирају из редова стручних лица која имају искуство у раду са децом и младима.

Парнице се воде ради уређивања начина вршења родитељског права кад родитељи **не воде заједнички живот.** Поступак се покреће кад међу родитељима који не воде заједнички живот постоји спор о начину вршења родитељског права. Потреба за покретањем ове парнице постоји и кад су родитељи који не воде заједнички живот закључили **споразум о заједничком вршењу родитељског права** или **споразум о самосталном вршењу родитељског права** једног од родитеља детета, јер у таквом случају закон прописује да је суд дужан да процени да ли је закључени споразум у најбољем интересу детета.

У складу са законом, суд доноси одлуку да родитељско право врши један од родитеља детета или да родитељи заједнички врше родитељско право.

Одредбама Породичног закона изричито је прописано који су субјекти **процесно легитимисани** за покретање појединачних парница за вршење родитељског права (члан 264. став 1. ПЗ)

Парницу могу покренути:

- дете

- родитељи детета

- орган старатељства.

Поступак у парницама за вршење родитељског права покреће се **тужбом** или по **службеној дужности.**

У погледу садржине тужбе у овим парницама, у свему важе правила Закона о парничном поступку којима је регулисана формална садржина ове иницијалне парничне радње у општем парничном поступку (члан 187. ЗПП). Уколико је поступак покренут по службеној дужности, он је једностраначки јер га покреће сам суд. Ово законско решење представља одступање од опште парничне процедуре, с обзиром на то да је суд тај који одређује предмет парнице и прикупља процесни материјал и сам формулише захтев о коме ће пресудом одлучити.

Тужбом се покреће самостална парница за вршење родитељског права. Када се поступак покрене уз брачне парнице и парнице о материн-

ству и очинству тужбом или по службеној дужности, у таквом случају поступак за вршење родитељског права има карактер адхезионог поступка.

Приликом спровођења поступка у парницама за вршење родитељског права суд је дужан да се руководи најбољим интересом детета.

Поступак је нарочито хитан.

Тужба се **не доставља** туженом на одговор, па ће тужени, уместо писаног одговора на тужбу, на рочишту усмено одговорити на тужбу.

Суд је дужан да поступак спроведе на највише **два рочишта**. Прво рочиште треба да буде одржано у року од **8 дана** од дана пријема тужбе суду, а другостепена одлука треба да буде донета у року од **15 дана** када је жалба достављена другостепеном суду.

У спору за вршење родитељског права, као и у свим другим поступцима у вези са породичним односима, **јавност** је законски искључена, а подаци из судских списа представљају **службену тајну,** коју су дужни да чувају сви учесници којима су ти подаци доступни.

У овом поступку доминира **истражно** начело. То значи да суд у поступку може утврђивати чињенице и када оне нису међу странкама спорне и може самостално истраживати чињенице које ни једна странка није изнела.

Ограничена је примена начела **диспозиције**: није допуштено доношење пресуде због пропуштања, пресуде на основу признања и пресуде на основу одрицања, нити је допуштено склапање судског поравнања.

Процесни положај детета

У парници за вршење родитељског права дете је активно процесно легитимисано. Дете је странка у парници и кад је поступак покренуло друго законом овлашћено лице-родитељи детета и орган старатељства.

Дете као странку у парници заступа његов законски заступник. Према Породичном закону, законски заступници детета су његови родитељи (члан 72. ПЗ), односно онај родитељ који самостално врши родитељско право (члан 77. и 78. ПЗ). Међутим, уколико између детета и његовог законског заступника постоје супротни интереси, дете заступа **колизијски старатељ** односно **привремени** заступник.

Дете које је навршило 10 година живота и које је способно за расуђивање може само, односно преко неког другог лица или установе, затражити од органа старатељства да му постави колизијског старатеља, а од суда да му постави привременог заступника, ако постоје супротни интереси између њега и његовог законског заступника.

У спору за вршење родитељског права суд је увек дужан да се руководи најбољим интересом детета те да детету постави привременог заступника ако утврди да дете као странка није заступано на одговарајући начин. Поред тога, ако суд утврди да је странка дете које је способно да формира своје мишљење, дужан је да се стара да дете благовремено добије сва обавештења која су му потребна, да дозволи детету да непосредно изрази своје мишљење и да мишљењу детета посвети дужну пажњу у складу са годинама и зрелошћу детета, те да мишљење детета утврди на начин и на месту које је у складу са његовим годинама и зрелошћу, осим ако би то очигледно било у супротности са најбољим интересом детета.

Уколико колизијски старатељ или привремени заступник закључи да је дете које заступа способно да формира своје мишљење, дужан је да се стара да дете благовремено добије сва обавештења која су му потребна, да детету пружи обавештења које се тиче могућих последица радњи које он предузима, да суду пренесе мишљење детета, ако дете није непосредно износило мишљење пред судом. Колизијски старатељ, односно привремени заступник неће вршити наведене дужности које су везане за формирање и изражавање мишљења детета ако процени да би то очигледно било у супротности са најбољим интересом детета.

Суд је у овом поступку дужан да пре доношења одлуке прибави налаз и стручно мишљење органа старатељства, породичног саветовалишта или друге установе специјализоване за посредовање у породичним односима.

Пресуда о начину вршења родитељског права

Пресуда којом суд одлучује о вршењу родитељског права разликује се у зависности од тога да ли су родитељи закључили споразум о томе или нису.

Уколико су родитељи закључили споразум о з**ајединчком** или **самосталном** вршењу родитељског права и суд утврди да је тај споразум у најбољем интересу детета, дужан је да садржину споразума унесе у изреку пресуде.

Суд је дужан да оцени све елементе споразума родитеља о вршењу родитељског права.

Када су родитељи закључили споразум о **заједничком вршењу родитељског права,** суд треба да оцени: сагласност родитеља да ће родитељска права и дужности обављати заједнички, међусобним споразумевањем, да је споразум у најбољем интересу детета и сагласност родитеља о томе шта ће се сматрати пребивалиштем детета.

Када су родитељи закључили **споразум о самосталном вршењу родитељског права,** суд треба да оцени: садржину споразума о поверавању родитељског права једном од родитеља, садржину споразума о висини доприноса за издржавање који је дужан да даје други родитељ, као и садржину споразума о начину одржавања личних односа детета са другим родитељем, те да ли је споразум у најбољем интересу детета.

Ако родитељи нису закључили споразум о вршењу родитељског права или је суд проценио да њихов споразум није у најбољем интересу детета, тада доноси одлуку којом **поверава дете** једном од родитеља и истовремено **одлучује о висини доприноса за издржавање** од стране другог родитеља и **утврђује начин одржавања личних односа** детета са другим родитељем.

Када суд донесе одлуку о заједничком или самосталном вршењу родитељског права, а дете се налази код родитеља који треба да врши родитељско право, било да се налази код трећег лица или другог родитеља, суд ће **наредити да се дете одмах преда родитељу** који треба да врши родитељско право.

Доносећи одлуку о вршењу родитељског права суд је дужан да се увек руководи **најбољим интересом детета**. Зато предмет оцене суда треба да буду све околности које могу бити значајне за доношење одлуке, а то су, например: жеље родитеља и жеља детета у вези вршења родитељског права, здравствене, имовинске и стамбене прилике родитеља, понашање и карактерне особине родитеља, узраст детета. Како је већ наведено, суд је обавезан да затражи налаз и стручно мишљење о томе какве су личности један и други родитељ и колико су одговорни да преузму бригу о детету. Пре доношења одлуке суд је дужан да саслуша и мишљење детета и да његовом мишљењу посвети дужну пажњу у складу са годинама и зрелошћу детета, водећи при том рачуна да дете буде испитано на адеква-

тан начин, да дете које је навршило 10. годину живота може слободно и непосредно да изрази своје мишљење у судском и управном поступку у коме се одлучује о његовим правима, те да дете које је навршило 15. годину живота и које је способно за расуђивање може само да одлучи са којим ће родитељем живети, а такође може да одлучи о одржавању личних односа са родитељем са којим не живи.

У поступку за заштиту права детета суд је овлашћен, по службеној дужности, или на захтев овлашћеног лица, да одлучи о вршењу родитељског права.

Уколико се пред судом води парница за вршење родитељског права, суд може одлучити и о потпуном или делимичном лишењу родитељског права, ако су испуњени законски услови. Такву одлуку може донети и по службеној дужности. У парницама за вршење родитељског права, суд по службеној дужности или на захтев овлашћеног лица, може одредити једну или више мера заштите од насиља у породици, под условом да су за одређивање ових мера испуњени законски услови и ако суд процени да постоји потреба за пружањем овог вида правне заштите.

ИЗМЕНА ОДЛУКЕ О НАЧИНУ ВРШЕЊА РОДИТЕЉСКОГ ПРАВА

Закон о браку и породичним односима Републике Србије је одредбом члана 125. став 4. прописао да ће суд, на захтев једног од родитеља или органа старатељства, изменити одлуку о чувању и васпитању деце и личним односима родитеља према њиховој заједничкој деци, ако то захтевају промењене прилике. Породични закон не садржи изричиту одредбу о измени одлуке о начину вршења родитељског права. Чланом 264. став 1. Породичног закона је прописано да тужбу за вршење родитељског права могу поднети: **дете, родитељи детета и орган старатељства**. Из стилизације ове законске одредбе произилази да, ако су се промениле прилике због којих је дете поверено другом родитељу измену одлуке о вршењу родитељског права може тужбом тражити **родитељ који не врши родитељско право, дете, родитељ који врши родитељско право и орган старатељства.** Суд је дужан да у сваком конкретном случају цени да ли су се промениле прилике због којих је дете поверено другом родитељу, одно-

сно да ли је у интересу детета да остане код родитеља који је до тада вршио родитељско право.

Пракса Европског суда за људска права

"Случај Salgueiro против Португала (Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal)

21. децембар 1999. године

1. Чињенично стање

Подносилац представке, Joao Manuel Salgueiro, португалски је држављанин рођен 1961. године и живи у Португалу.

Подносиоца представке је његова бивша супруга спречила да посећује њихову ћерку М., противно споразуму постигнутом у току поступка за развод брака. Он је поднео захтев да му се дете додели на старање и суд за породична питања у Лисабону одобрио је овај захтев 1994. године. М. је живела са подносиоцем представке до 1995. године, када је, како он тврди, његова бивша супруга отела дете. У другостепеном поступку дете је додељено на старање мајци, а подносиоцу представке је дата дозвола да посећује дете, што он, према сопственим тврдњама, није успео да оствари. Другостепени суд у Лисабону је дао два образложења за одлуку да додели дете мајци на старање, а то су интереси детета и чињеница да је подносилац представке хомосексуалац, који живи са другим мушкарцем.

2. Одлука суда

Подносилац представке се жалио да је дошло до неоправданог мешања у његово право на поштовање приватног и породичног живота противно члану 8. Конвенције и да оно представља дискриминацију противно члану 14. Конвенције. Он је такође тврдио да је, супротно члану 8. Конвенције, био принуђен од стране другостепеног суда да, када виђа своју ћерку, крије своје сексуално опредељење.

Члан 8. у вези са чланом 14.

Суд је у почетку приметио да се, према дотадашњој пракси Суда, члан 8. примењује на одлуке о додељивању детета на старање једном родитељу у поступку развода брака. Пресуда другостепеног суда у Лисабону представљала је мешање у право подносиоца представке на поштовање

породичног живота, утолико што је поништила одлуку суда за породична питања у Лисабону, којом је дете било додељено њему на старање.

Суд је даље приметио да је другостепени суд у Лисабону, осим што је сматрао да је измена одлуке суда за породична питања у интересу детета, такође узео у обзир и нови фактор, а то је чињеница да је подносилац представке хомосексуалац и да живи са другим мушкарцем. Дакле, постојала је разлика у поступању према подносиоцу представке и његовој бившој супрузи, заснована на његовом сексуалном опредељењу, које представља појам обухваћен чланом 14. Конвенције. Оваква разлика у поступању представљаће према овој одредби дискриминацију у случају да за њу не постоји објективно и разумно оправдање, да нема оправдан циљ или да не постоји разуман однос сразмере између средстава коришћених за остварење циља и циља који се жели остварити.

Другостепени суд је тежио да оствари оправдан циљ, а то је заштита здравља детета и дечјих права. Да би одлучио да ли је постојала разумна основа за одлуку која је на крају донета, Суд је морао да испита да ли је нови фактор, који је другостепени суд узео у обзир (хомосексуалност подносиоца представке), представљао само опаску која није имала непосредних последица за коначну одлуку или је, насупрот томе, представљао одлучујућу чињеницу. Суд је у те сврхе испитао одлуку другостепеног суда и приметио да је, након што је утврдио да нису постојали довољни разлози да се мајка лиши права на старање о детету (родитељи детета су се сагласили да она треба да врши ово право), наставио рекавши "... чак и да ово није био случај, ипак сматрамо да дете треба доделити мајци на старање". Другостепени суд је напоменуо да је подносилац представке био хомосексуалац и да је живео са другим мушкарцем и рекао: "дете мора живети у. .. традиционалној португалској породици" и "није неопходно испитивати да ли је хомосексуалност болест или сексуално опредељење у односу на лица истог пола. Било како било, реч је о ненормалности и деца не треба да одрастају у сенци неприродних ситуација".

Суд је сматрао да је, у светлу ових одломака из пресуде другостепеног суда у Лисабону, хомосексуалност подносиоца представке одлучујући фактор у доношењу коначне одлуке и да је стога дошло до прављења разлике на основу његовог сексуалног опредељења, што није дозвољено према Конвенцији. Овај закључак такође потврђује и чињеница да је, када је одлучивао о његовим правима да виђа ћерку, другостепени суд одвратио подносиоца

представке од понашања које би током посета могло да укаже детету да он живи са другим мушкарцем "као да су венчани". Суд је из ових разлога закључио да је повређен члан 8. у вези са чланом 14. Конвенције.

Члан 8.

Суд је сматрао да није потребно да испитује да ли је повређен члан 8., јер су наводи у суштини исти као и они, које је испитивао када је разматрао повреду члана 8. у вези са чланом 14.

Члан 41.

Подносилац представке је тражио "правично обештећење", али није ближе одредио свој захтев. Суд је сматрао да утврђење повреде Конвенције у овом случају само по себи представља довољно правично обештећење за нанету штету и доделио је подносиоцу представке 2.150.000 ескудоса на име трошкова поступка.

3. Коментар

У време усвајања Конвенције хомосексуалност је свугде у Европи представљала кривично дело. Међутим, Суд је често наглашавао да је Конвенција међународни инструмент који се мења и да њена пракса није статична већ "динамична и еволутивна" и да се мора прилагодити променама ставова у друштву. Суд је најпре установио да је криминализација добровољног контакта између пунолетних хомосексуалаца противна заштити приватног живота у члану 8. Конвенције (види Dudgeon против Уједињеног Краљевства и Norris против Ирске). Хомосексуални односи су увек сматрани приватним, а не породичним животом. У случају пред нама реч је о вези између односа породичног живота оца и ћерке и односа приватног живота између оца и његовог партнера. "[10]

О трошковима поступка у парницама за вршење родитељског права суд одлучује по слободној оцени, водећи рачуна о разлозима правичности.

У овим парницама ревизија је увек дозвољена.

[10] Цитирано из Одабрани случајеви из праксе Европског суда за људска права, семинар Породично право и Европска конвенција о људским правима Хотел "Мажестик", 17-19 новембар 2005., Београд, СЦГ

Миломир Николић,
судија Врховног суда Србије

РОКОВИ И РЕТРОАКТИВНОСТ НОРМИ ПОРОДИЧНОГ ЗАКОНА

УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Народна скупштина Републике Србије на седници од 17. 2. 2005. године донела је Породични закон који је ступио на снагу осмог дана од дана објављивања у "Службеном гласнику", а почео да се примењује од 1. 7. 2005. године, осим одредаба чл. 203. ст. 2. и 3. Закона, које се примењују од 1. 7. 2006. године.[1] Уставни основ за доношење закона садржан је у Уставу Републике Србије[2] који у оквиру прокламованих слобода и права јемчи право на слободно одлучивање о рађању деце (чл. 27), да мајка и дете и малолетна деца без родитељског старања уживају посебну заштиту (чл. 28) да породица ужива посебну заштиту; да се брак и односи у браку и породици уређују законом; да родитељи имају право и дужност да се старају о деци и обавези деце да се старају о родитељима уз изједначавање деце рођене ван брака са децом рођеном у браку у погледу права и дужности (чл. 29).

Овим законом извршена је кодификација правних норми којима се уређују: брак и односи у браку, односи у ванбрачној заједници, односи детета и родитеља, усвојење, хранитељство, старатељство, издржавање, имовински односи у породици, заштита од насиља у породици, поступци у вези са породичним односима и лично име.

Са друге стране извршена је имплементација одредаба свих међународних докумената који се односе на предмет регулисања и хармонизација породичног права са принципима и стандардима европског права и достигнутим степеном људских права и грађанских слобода. Поред низа Европских конвенција, које је ратификовала наша земља и које су састав-

[1] Породични закон ("Сл. гл. РС" бр. 18/2005) - члан 363.

[2] Устав Републике Србије ("Сл. гл. РС" бр. 1/90).

ни део нашег правног поретка, указаћемо због њеног значаја на Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода[3] којом се проклaмују: право на правично суђење (чл. 6. ст. 1), право на поштовање свог приватног и породичног живиота, свог домицила и кореспонденције (чл. 8. ст. 1), право на склапање брака и заснивање породице према националном праву (чл. 12), право на делотворан правни лек (чл. 13) и право на равноправан третман у уживању права без дискриминације (чл. 14).

У Европској унији 2000. године усвојена је Повеља о основним правима Европске уније по којој свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота (чл. 7), право на склапање брака и заснивање породице (чл. 9), забрану дискриминације по било ком основу, па и по основу рођења, година или полне оријентације (чл. 21). У овој Повељи посебно су наглашена права детета и заштита деце. Деца треба да имају такву заштиту и негу која је потребна за њихову добробит; у свим поступцима који се односе на децу превасходно морају бити разматрани најбољи интереси деце; свако дете треба да има право на одржавање личних односа и директних контаката, на редовној основи, са оба родитеља, осим ако је то супротно његовим интересима.

Конвенција о праву детета[4] у чл. 7. ст. 1. одређује да се дете пријављује одмах након рођења и од рођења има право на име, право на старање, држављанство и, ако је то могуће, право да зна ко су му родитељи и право на њихово старање, а у чл. 8. ст. 1., да се државе чланице обавезују да поштују право детета на очување свог идентитета, укључујући држављанство, име и породичне везе, како је то признато законом, без незаконитог мешања.

ПОРОДИЧНИ ЗАКОН И ПРАВО ДЕТЕТА НА ПОРОДИЧНИ СТАТУС

Физичка лица као субјекти породичног права су титулари права и обавеза која проистичу из породичних односа заснованих на правно признатим чињеницама као што су брак, сродство, ванбрачна заједница, усво-

[3] Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода ("Сл. лист СЦГ" - Међународни уговори бр. 9/03).

[4] Конвенција о праву детета ("Сл. лист СРЈ" - Међународни уговори бр. 4/96 и 2/97)

јење, хранитељство, старатељство. По свом карактеру ови односи могу бити лични (односи између деце и родитеља; брачних супружника; ванбрачних партнера и осталих сродника), имовински (нпр. заједничка имовина брачних супружника) и личноимовински (који су везани за личност повериоца и дужника и тим по правилу непреносива нпр. издржавање). За потребе овог излагања задржаћемо се на личним односима деце и родитеља, заснованим на крвном сродству, рођењем (изузимајући зачеће уз биомедицинску помоћ) у браку или ван брака којим се одређује породични статус детета. Данас се као демократском и културном тековином сматра, да сва деца имају иста права и дужности без обзира на брачни статус њихових родитеља.

Када су у питању права детета у погледу његовог породичног статуса Породични закон је усаглашен са основним правима која произилазе из Конвенције о праву детета, Повеље о основним правима Европске уније и Конвенције о заштити људских права и основних слобода. У овом закону први пут су прокламована и посебно заштићена права детета која су од утицаја на његов породични статус: право детета да зна ко су му родитељи (чл. 59.), право детета да живи са својим родитељима и право да се родитељи о њему старају пре свих других (чл. 60), право на одржавање личних односа са родитељем са којим не живи (чл. 61).

За један природни догађај као што је рођење детета, закон везује низ правних последица. Дете рођено живо стиче правну способност, а самим тим да у правном животу буде титулар права и обавеза која проистичу из његовог породичног статуса. Рођење детета је основни начин да се успостави однос детета и родитеља. Мајка детета јесте жена која га је родила (чл. 42). Оцем детета које је рођено у браку сматра се муж мајке детета. Оцем детета које је рођено у року од 300 дана од дана престанка брака сматра се муж мајке детета из тог брака ако је брак престао смрћу мужа и ако мајка није склопила нови брак у том року (чл. 45. ст. 1. и 2). Оцем детета које је рођено ван брака сматра се мушкарац чије је очинство утврђено признањем, односно чије је очинство утврђено правноснажном судском пресудом (чл. 45. ст. 4). Наш закон одређује да се порекло детета од мајке утврђује на основу биолошке чињенице рођења независно од тога да ли је мајка у браку или не. Када је у питању порекло детета од оца, овој биолошкој чињеници закон не даје исти значај, већ прави разлику да ли је дете рођено у браку или ван брака. Међутим, и претпоставка о брачном

очинству детета је оборива јер је дозвољено доказивати да муж мајке детета није његов природни (биолошки) отац и тиме кроз утврђење биолошке истине ускладити правно са фактичким стањем.

Порекло детета може бити утврђено и судском пресудом по тужби за утврђење порекла детета или тужби за оспоравање порекла детета утврђеног признањем. То су тужбе: ради утврђивања материнства (чл. 249), ради оспоравања материнства (чл. 250), ради утврђивања очинства (чл. 251), ради оспоравања очинства (чл. 252) и тужба ради поништења признања очинства (чл. 253). У чл. 256. Закона, ближе је уређена и одређена супарничарска заједница, зависно од врсте тужбе и предмета спора по поднетој тужби.

РОКОВИ У СПОРУ О МАТЕРИНСТВУ И ОЧИНСТВУ

Протек времена као правна чињеница је веома значајан у праву јер може да изазове различита правна дејства, од застарелости права (тиме што се невршењем субјективног права у одређеном времену губи овлашћење да се право оствари принудним путем) до губитка самог права (преклузија). Специфичност преклузивног рока је у томе што је он законом одређено време у коме може да се врши једно субјективно право чијим истеком то право престаје да постоји. Преклузија се не односи на облигациона права (као застарелост) већ на правне моћи односно преображајна права. Код ових рокова нема прекида нити застоја (теку у континуитету) и на њих суд пази по службеној дужности. Имајући у виду правну природу овог рока у случају наступања преклузије, суд тужбу одбацује.

За породично право и подношење тужби ради утврђивања породичног статуса, рокови одређени законом су преклузивни.

Ови рокови могу бити субјективни и објективни.

Рок је субјективног карактера, када се почетак његовог тока везује за моменат сазнања за одређену правно релевантну чињеницу од стране носиоца (титулара) субјективног права.

Рок је објективног карактера када се почетак његовог тока и његов истек не везују за субјективне елементе на страни носиоца (титулара) субјективног права. Овај рок тече од неког правно релевантног догађаја без обзира на сазнање заинтересованог субјекта за тај догађај.

Закон некада одређује један или други рок, а некада и субјективни и објективни с тим што је у том случају субјективни рок краћи и истиче најкасније истеком објективног рока.[5]

Утврђивање порекла детета и тиме његовог породичног статуса у судском поступку подношењем тужбе надлежном суду ограничено је роком за сва заинтересована лица, осим за дете. Према одредбама Породичног закона (чл. 249. ст. 1., чл. 250. ст. 1., чл. 251. ст. 1. и чл. 252. ст. 1) дете може поднети тужбу у спору о материнству и о очинству без обзира на рок. (Закон о браку и породичним односима за дете је предвиђао објективни рок у овој врсти спорова до навршене 25 године живота). За остала заинтересована лица подношење тужбе у овој врсти спорова је ограничено временом, прописивањем субјективног и објективног рока за подношење тужбе. Породичним законом извршена је хармонизација субјективног и објективног рока за сва заинтересована лица, одређивањем исте дужине субјективног рока од 1 године од дана сазнања за релевантну чињеницу и објективног од 10 година од рођења детета. Поређењем ових законских решења са роковима одређеним Законом о браку и породичним односима, закључујемо да је по правилу субјективни рок у датим ситуацијама незнатно продужен а да је објективни рок остао исти.

Међутим, породични закон одређене правне ситуације уређује на нов начин када су у питању рокови за вршење субјективног права и претпоставке за остваривање права. Тако, мајка може поднети тужбу за утврђење очинства детета рођеног ван брака у року од годину дана од дана сазнања да мушкарац кога сматра оцем детета није признао очинство, а најкасније у року од 10 година од рођења детета (чл. 251. ст. 2). По Закону о браку и породичним односима, такву тужбу мајка је могла поднети у своје име док врши родитељско право (чл. 98. тог Закона). У чл. 252. ст. 2. Породичног закона, је предвиђено да мајка може поднети тужбу ради оспоравања очинства мушкарцу који се по овом закону сматра оцем детета у оквиру истог субјективног и објективног рока (предвиђеном чл. 251. ст. 2), а по Закону о браку и породичним односима тај рок је износио 6 месеци од рођења детета (чл. 103. тог закона).

[5] Станковић - Водинелић "Увод у грађанско право", издавач ИП "НОМОС" Београд, 1996. година.

У чл. 105. Закона о браку и породичним односима било је предвиђено, да лице које себе сматра оцем детета рођеног ван брака, може оспорити очинство другом лицу које је то дете признало за своје под условом да истом тужбом тражи да се утврди његово очинство, подношењем тужбе у року од једне године од уписа оспораваног очинства у матичну књигу рођених, док је у чл. 106. тог закона, било прописано, да лице које себе сматра оцем детета рођеног у браку може оспорити очинство лицу које се по овом закону сматра оцем детета, само ако је живело у заједници са мајком детета у време зачећа детета или је заједницу живота са њом засновало пре рођења детета, под условом да истом тужбом тражи да се утврди његово очинство, подношењем тужбе у року од једне године од рођења детета.

Породични закон претходне две ситуације у чл. 252. ст. 4. а у вези чл. 45. и 46. Закона, уређује на другачији начин, одређивањем уједначених субјективних и објективних рокова и за подношење тужби и њиховим повећањем за обе ситуације, рачунајући рок од годину дана од дана сазнања за релевантну чињеницу, код субјективног рока, а најкасније у року од 10 година од рођења детета, код објективног рока, и изостављањем посебних услова за оспоравање брачног очинства од стране мушкарца који себе сматра оцем детета рођеног у браку, путем утврђења и доказивања да ли је живео у заједници са мајком детета у време зачећа детета или је заједницу живота са њом засновао пре рођења детета.

ВАЖЕЊЕ НОРМИ ПОРОДИЧНОГ ЗАКОНА У ВРЕМЕНУ И ОДГОВОР СУДСКЕ ПРАКСЕ

Питање важења правних норми једног закона у времену, односно транзиторног права, јавља се поводом доношења новог закона. Сваки закон регулише односе почев од дана ступања на снагу тог закона, односно почев од његове примене одређене законом, а изузетно у складу са Уставом одредбе новог закона могу имати и повратно дејство. Устав Републике Србије у чл. 121. ст. 1. уводи општу забрану по којој закони не могу имати повратно дејство, док је у ставу 2. овог члана предвиђено да се само законом може одредити да поједине његове одредбе, ако то захтева општи интерес утврђен у поступку доношења закона, имају повратно дејство.

"Сваки правни систем рачуна са оним законима који важе у одређеном времену, али да би их разграничио од претходних и на тај начин

одредио домене њихове примене, постављено је опште правило према коме се нови закон примењује на будуће време. То правилно засновано је на рационалном захтеву и на захтеву правне сигурности".[6]

Породични закон у чл. 362. прописује да даном почетка примене овог закона престаје да важи Закон о браку и породичним односима ("Сл. гл. СРС" бр. 22/80 и 11/88 и "Сл. гл. РС" бр. 22/93, 25/93, 35/94, 46/95 и 29/01), као и подзаконски акти донети на основу тог закона, као и одредбе главе V (лишење и враћање родитељског права) Закона о ванпарничном поступку. Обзиром да Закон о браку и породичним односима престаје да важи у ст. 1. чл. 357. Породичног закона, прописано је опште правило да се одредбе овог закона примењују и на породичне односе који су настали до дана почетка примене овог закона, осим ако овим законом није другачије одређено. Ти изузеци су прописани у ставу 2., 3. и 4. члана 357. Породичног закона, којим се предвиђа продужено дејство Закона о браку и породичним односима на ситуације у току везивањем за достигнути стадијум поступка - доношење првостепене одлуке. Судски, односно управни поступак покренут по одредбама Закона о браку и породичним односима наставиће се према одредбама тог закона само уколико је до дана почетка примене Породичног закона донета првостепена пресуда. У супротном, поступак се има окончати по одредбама Породичног закона.

Ова законска норма је довољно јасна, не захтева посебно тумачење нити изазива дилеме у примени закона у судској пракси. Врховни суд Србије пресудом Рев. 1904/05 од 25. 8. 2005. године, одбио је ревизију тужиоца изјављену против пресуде Окружног суда у К. Гж. 644/05 од 5. 5. 2005. године, којом је одбијена жалба тужиоца и потврђена пресуда Општинског суда у К. П. 1215/04 од 20. 1. 2005. године, којом је: 1) одбијен захтев тужиоца којим је тражио да се утврди да је он отац мал. туженог А. Л. рођеног 9. 8. 2004. године у К. од мајке тужене Н. Л., 2) одбијен захтев тужиоца којим је тражио да се утврди да тужени Ј. Л. није отац мал. А. Л. рођеног 9. 8. 2004. године од мајке Н. Л. и 3) одлучено је да свака странка сноси своје трошкове.

Из образложења: "Према утврђеном чињеничном стању, тужени Ј. Л. и Н. Л. су брачни другови, син тужених мал. А. Л. рођен је 9. 8. 2004.

[6] Академик Слободан Перовић "Ретроактивност закона и других општих аката" - "Научна књига", Београд 1987. година.

године у К. У матичну књигу рођених Општине К. под текућим бр. 1190 за годину 2004. уписано је да је мајка туженог мал. А. Л. тужена Н. Л., а тужени Ј. Л. отац. Тужилац је зет туженог Ј. Л., ожењен сестром туженог са којом у браку нема деце. Тужилац није живео у заједници са туженом у време зачећа мал. детета, нити је заједницу са њом засновао пре рођења мал. детета, већ је живео у заједници са својом супругом, док је тужена живела у заједници са туженим.

Према чл. 106. раније важећег Закона о браку и породичним односима, који се примењује на основу чл. 357. ст. 2. и 3. Породичног закона, лице које себе сматра оцем детета рођеног у браку може оспорити очинство лицу које се по овом закону сматра оцем детета само ако је живело у заједници са мајком детета у време зачећа детета или је заједницу живота са њом засновало пре рођења детета, под условом да истом тужбом тражи да се утврди његово очинство. Тужбу ради оспоравања очинства по овом основу може поднети у року од једне године од рођења детета.

Како тужилац није живео у заједници са туженом мајком мал. детета у време зачећа детета, нити је заједницу живота са њом засновао пре рођења детета, то и по оцени Врховног суда, нису испуњени законски услови за оспоравање очинства туженог Ј. Л. супруга тужене Н. Л., који је као отац мал. А. Л. уписан у матичну књигу рођених. Стога наводи ревизије о погрешној примени материјалног права нису основани".

У чл. 361. Породичног закона је прописано да ће се рокови за подизање тужби предвиђени овим законом примењивати на све случајеве у којима рокови нису истекли по одредбама овог закона. Предмет нашег интересовања су они случајеви који се односе на утврђење порекла детета и тиме његовог породичног статуса. Као што смо видели Породични закон је извршио хармонизацију и субјективног и објективног рока за сва заинтересована лица, у неким случајевима укинуо додатне услове заинтересованом лицу да доказује своје биолошко (природно) очинство, с тим што дете може поднети тужбу у спору о материнству и у спору о очинству без обзира на рок. Имајући ово у виду оправдано се поставља питање домашаја ове законске одредбе на окончане ситуације и ситуације у току.

Послужићемо се примером из судске праксе.

Пресудом Општинског суда у Б. П. 843/03 од 27. 12. 2004. године утврђено је: 1) да тужени Г. С. није отац туженог мал. Ф. С. рођеног 1. 2.

1999. године у Б. уписаног у МКР ОСВ под текућим бр. 803 за 1999. годину, кога је родила тужена Т. А, што су друго и трећетужени дужни да признају и да дозволе да се у матичној књизи изврши брисање туженог Г. С. као његовог оца, 2) да је тужилац Н. И. рођен 6. 6. 1953. године у Б. природни отац мал. Ф. С. кога је 1. 2. 1999. године родила тужена Т. А, 3) наложено је матичару ОСВ да у МКР под текућим бројем 803 за 1999. годину упише М. И. као оца мал. Ф. С. уз обавезу тужених да тужиоцу солидарно накнаде трошкове поступка.

Окружни суд у Б. одлучујући по жалби тужених донео је решење којим је укинуо наведену првостепену пресуду и тужбу тужиоца М. И. против тужених мал. Ф. С., Т. А. и Г. С., ради утврђења и оспоравања очинства, одбацио.

Врховни суд Србије, решењем Рев. 185/06 од 2. 2. 2006. године, усвојио је ревизију тужиоца, укинуо напред означено решење Окружног суда и предмет вратио том суду на поновно суђење.

Из образложења: "Побијаном другостепеном одлуком одбачена је тужба тужиоца за утврђење и оспоравање очинства туженог мал. Ф. С. рођеног 1. 2. 1999. године, обзиром да је тужба за оспоравање очинства туженог Г. С., који је 14. 2. 2002. године уписан као отац мал. Ф. С. поднета 29. 9. 2003. године, по истеку рока прописаног чл. 105. ст. 2. Закона о браку и породичним односима.

У чл. 357. Породичног закона је прописано да се одредбе овог закона примењују на породичне односе који су настали до дана почетка примене овог закона (1. 7. 2005. године), осим ако овим законом није друкчије одређено, а судски односно управни поступак који је покренут по одредбама Закона о браку и породичним односима наставља према одредбама овог закона, осим ако је до дана почетка примене овог закона донета првостепена одлука. Ако је до дана почетка примене овог закона донета првостепена одлука у таквом поступку, поступак ће се наставити према одредбама Закона о браку и породичним односима. То значи да се у оваквом случају раније важећи закон примењује и у жалбеном поступку, осим у погледу рокова за подизање тужби, будући да је чл. 361. Породичног закона прописано да се рокови за подизање тужбе прописани овим законом примењују на све случајеве у којима рокови нису истекли по одредбама овог закона.

Према одредбама чл. 105. Закона о браку и породичним односима који се примењивао до 1. 7. 2005. године било је прописано: 1) да лице које себе сматра оцем детета рођеног ван брака може оспорити очинство другом лицу које је то дете признало за своје под условом да истом тужбом тражи да се утврди његово очинство, 2) да се тужба може поднети у року од једне године од уписа оспораваног очинства у матичну књигу рођених.

Према чл. 252. ст. 4. Породичног закона, мушкарац који тврди да је отац детета може поднети тужбу ради оспоравања очинства мушкарцу који се по овом закону сматра оцем детета у року од годину дана од дана сазнања да је он отац детета а најкасније у року од 10 година од рођења детета.

Оцем детета које је рођено ван брака сматра се у смислу чл. 45. ст. 4. Породичног закона, мушкарац чије је очинство утврђено признањем, односно чије је очинство утврђено правноснажном судском пресудом.

Тужилац је тужбу за утврђивање очинства мал. Ф. С. уписаног у матичну књигу рођених као Ф. А. рођен 1. 2. 1999. године од мајке Т. А, поднео 26. 3. 2001. године. Трећетужени Г. С. је 14. 2. 2002. године уписан у матичну књигу рођених као отац мал. Ф. а као презиме мал. детета уместо А. уписано је С., тужбу за утврђивање очинства тужилац је преиначио 29. 9. 2003. године, опредељујући и захтев за оспоравање очинства трећетуженом Г. С. који је мал. дете накнадно признао.

Како се по одредбама породичног закона тужба за оспоравање очинства из чл. 252. ст. 4. Породичног закона може поднети у објективном року од 10 година од рођења детета, а дете је рођено 1999. године, објективни рок за подношење овакве тужбе није истекао до почетка примене породичног закона 1. 7. 2005. године, због чега се на оцену благовремености тужбе за оспоравање очинства у овој парници не примењују одредбе чл. 105. ст. 2. раније важећег Закона о браку и породичним односима већ и одредбе чл. 252. ст. 4. у вези чл. 361. Породичног закона.

У поновном поступку другостепени суд ће отклонити указане недостатке и одлучујући о жалби тужених, донети закониту и правилну одлуку имајући у виду одредбе Породичног закона у погледу рокова прописаних чл. 361. у вези чл. 252. ст. 4. Породичног закона (и субјективни и објективни рок за подношење овакве тужбе) и донети закониту и правилну одлуку."

Анализом ове правне ситуације, која се односи на утврђење очинства детета рођеног ван брака и оспоравање очинства мушкарцу који је дете признао за своје, закључујемо:

- Да је поступак покренут и првостепена пресуда донета за време важења Закона о браку и породичним односима; да је другостепено решење засновано на примени напред означеног закона као релевантног материјалног права (сходно чл. 357. Породичног закона); да је Врховни суд заузео правни став да се сагласно чл. 357. Породичног закона примењује раније важећи Закон о браку и породичним односима у жалбеном поступку у ситуацији када је првостепена пресуда донета пре почетка примене Породичног закона, **осим** у погледу рокова за подизање тужби, будући да је чл. 361. Породичног закона прописано да се рокови за подизање тужбе прописаних овим законом примењују на све случајеве у којима рокови нису истекли по одредбама овог закона.

ОТВОРЕНА ПРАВНА ПИТАЊА У ПРИМЕНИ НОРМИ ПОРОДИЧНОГ ЗАКОНА О РОКОВИМА

Према одредбама Породичног закона, дете може поднети тужбу у спору о материнству и у спору о очинству, без обзира на рок. (Закон о браку и породичним односима за дете је предвиђао објективни рок у тим споровима до навршене 25 године живота). Имајући у виду садржину чл. 361. Породичног закона, судска пракса треба да се одреди према свршеним ситуацијама (окончаним судским поступцима по одредбама Закона о браку и породичним односима) и могућности покретања нових судских поступака по одредбама Породичног закона.

Чини се да одговор не може бити јединствен, јер зависи првенствено од начина на који је окончан претходни судски поступак у време важења Закона о браку и породичним односима и основног циља којем се тежи у споровима о материнству и очинству - утврђење порекла детета у односу на мајку и у односу на оца и тиме његовог породичног статуса.

У споровима о породичном статусу и по претходном Закону о браку и породичним односима и по одредбама Породичног закона, поступак се покреће тужбом пред надлежним судом. По захтеву постављеном у тужби суд одлучује применом правила парничног поступка. Сам поступак се окончава по правилу доношењем пресуде у меритуму - усвајањем или

одбијањем захтева. Поступак је могао бити окончан доношењем процесних решења (о повлачењу тужбе; одбацивању тужбе као неуредне), пре закључења главне расправе. Пошто су рокови за подношење тужбе преклузивни, поступак је могао бити окончан и посебном врстом судске одлуке - решењем о одбачају тужбе због протека рока за њено подношење.

Размотримо ове три окончане правне ситуације у светлу права детета на подношење тужбе у спору о материнству и очинству, које није ограничено роком.

Правноснажна пресуда којом је утврђено материнство или очинсво усвајањем захтева, је произвела одређена правна дејства, она делује према свима снагом законске истине (чл. 347. Закона о парничном поступку). Материнство и очинство које је истраживано у судском поступку уз активну улогу суда, не може се поново преиспитивати по тужби заинтересованог лица за доказивање супротног (чл. 44. и 56. Породичног закона), а дете за то нема ни правни интерес. Оваква ситуација правно је лако решива а животно тешко замислива.

Пажњу заслужује окончање поступка доношењем правноснажне пресуде којом је захтев да се утврди или оспори материнство или очинство одређеног лица, одбијен. Да ли у таквој ситуацији дете може покренути судски спор подношењем тужбе против истог лица коришћењем рока прописаног Породичним законом.

Чини се да је одговор негативан из два разлога.

Прво, Породични закон не садржи правну норму којом се ово право признаје у окончаној правној ситуацији независно од исхода претходног судског спора, нити је за такве одлуке утврђено да су без правног дејства. Друго, овоме се противи правноснажно пресуђена ствар, о чему суд води рачуна и по службеној дужности. Имајући у виду правни основ и чињенични основ на коме се захтев заснива, те чињенице које су морале бити терет доказивања с обзиром на природу спора - у покренутој новој парници лако би се утврдили услови за постојање пресуђење ствари: а) да постоји идентитет странака, б) да постоји идентитет захтева и в) да постоји идентитет чињеничног основа, што би водило одбачају тужбе (чл. 346. ЗПП), било по службеној дужности, било по приговору странке. Надаље, ако је одлучено о захтеву о коме је раније већ било правноснажно пресуђено, то представља апсолутно битну повреду парничног поступка (чл.

361. ст. 2. тач. 10. ЗПП). Коначно, ако странка стекне могућност да употреби правноснажну одлуку суда која је раније донета у спору међу истим странкама о истом захтеву, то представља разлог за понављање поступка (чл. 422. ст. 1. тач. 6. ЗПП).

Сасвим је другачија ситуација, у случајевима у којима је претходни судски поступак окончан доношењем неких од процесних решења (повлачење тужбе; одбачај тужбе као неуредне). У тој ситуацији недостаје судска одлука о предмету спора и самом захтеву, а тиме немамо ни правноснажно пресуђену ствар. Повучена тужба (са чиме се по правним последицама изједначује и одбачај тужбе као неуредне) сматра се као да није ни била поднесена и може се поново поднети (чл. 196. ст. 3. ЗПП), из чега се закључује да ова решења подлежу само формалној правноснажности са дејством у парници у којој су и донета. Овим би се омогућило и остварење права на приступ суду и штитио оправдани интерес детета да добије судску одлуку у погледу његовог порекла а тиме и његовог породичног статуса.

Посебну пажњу заслужује трећа правна ситуација, када је претходни поступак окончан доношењем решења о одбачају тужбе због наступеле преклузије. Да ли је у датој ситуацији наступила и коначна преклузија која искључује могућност вођења новог спора. Чини се да је одговор негативан. Ово решење је донето због недостатка процесне претпоставке - благовременост тужбе. Као и у претходној и у овој ситуацији, недостаје судска одлука у погледу предмета спора уи самом захтеву. Ово решење подлеже формалној правноснажности. Спорно је, да ли подлеже и материјалној и самим тим да ли делује и у другој парници. Закон о парничном поступку у чл. 354., изричито одређује које одредбе тог закона о пресуди се односе и на решења. Међу тим одредбама не помиње се она која говори о правноснажности пресуде (која је прописана у чл. 347). Ово би указивало да то решење не подлеже материјалној правноснажности и да не делује у другој парници, услед чега нема правноснажно пресуђене ствари. У конкретном случају степен приступа суду био је ограничен само на утврђење процесне претпоставке, услед чега се не може сматрати и довољним за остваривање права на правично суђење, обзиром да остваривање овог права у његовом пуном обиму, подразумева доношење судске одлуке у погледу самог захтева.

Упознали смо се са ставовима судске праксе у разрешењу примене закона на судске поступке у току и примени чл. 361. Породичног закона у погледу рока за подношење тужбе. Јасно је разрешена правна ситуација у погледу рока за подношење тужбе за оспоравање очинства мушкарца који је дете признао за своје од стране лица које се сматра оцем детета.

Пажњу заслужује одређење према правноснажно окончаном судском поступку применом чл. 106. Закона о браку и породичним односима и могућност покретања новог судског поступка подношењем тужбе по чл. 252. ст. 4. Породичног закона.

У чл. 106. Закона о браку и породичним односима, било је прописано да лице које себе сматра оцем детета рођеног у браку може оспорити очинство лицу које се по овом закону сматра оцем детета само ако је живело у заједници са мајком детета у време зачећа детета или је заједницу живота са њом засновало пре рођења детета, под условом да истом тужбом тражи да се утврди његово очинство. Тужбу ради оспоравања очинства по овом основу може поднети у року од једне године од рођења детета.

У ситуацији коју смо упознали захтев је правноснажно одбијен из разлога што тужилац није живео у заједници са мајком детета у време зачећа мал. детета нити је заједницу живота са њом засновао пре рођења детета.

Породични закон у чл. 252. ст. 4. прописује да, мушкарац који тврди да је отац детета може поднети тужбу ради оспоравања очинства мушкарцу који се по овом закону сматра оцем детета у року од годину дана од дана сазнања да је он отац детета, а најкасније у року од 10 година од рођења детета.

Упоређењем ове две норме закључујемо да је изостало утврђење и доказивање чињеница везаних за постојање заједнице са мајком детета у време зачећа детета или успостављања заједнице живота са њом пре рођења детета, уз прописивање субјективног и објективног рока за подношење тужбе.

Основни циљ ове тужбе састоји се у утврђењу биолошке истине о очинству и пореклу детета, што одређује и његов породични статус. Давањем овакве могућности законодавац је дао предност утврђивању истине о пореклу детета над заштитом породичног мира брачне породице.

У окончаном судском поступку суд се бавио утврђењем постојања процесне претпоставке (благовременост тужбе) и чињеница везаних за по-

стојање заједнице живота између мајке детета и претпостављеног оца, чиме је изостало утврђење биолошке истине о очинству и о пореклу детета.

Степен приступа суду који је био ограничен на процесне претпоставке а доказни поступак на утврђење чињеница о постојању или непостојању заједнице живота, не може се сматрати довољним за остваривање права на правично суђење, доношењем судске одлуке у погледу утврђења биолошке истине о очинству. Чини се, да изнети разлози оправдавају закључак да је у изнетој правној ситуацији могуће поднети тужбу под условима из чл. 252. ст. 4. Породичног закона, јер за правноснажно пресуђену ствар недостаје битан услов који мора бити кумулативно испуњен - постојање истог чињеничног основа.

УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Предмет овог разматрања ограничен је насловљеним тематским основом.

Спорна питања на која је указано у овом реферату, а која нису коначно разрешена, могу бити решена правилном и уједначеном судском праксом, што води хармонизацији правног поретка, јер се тиме омогућује законита, једнака и правична заштита грађана.

У том смислу и изложена анализа и предложена решења треба да послуже као основ за размишљање и расправу, пре усвајања коначних решења.

Мила Маричић,
саветник Врховног суда Србије

ПОРОДИЧНО ПРАВО: ПРАВО НА ПРИВАТНОСТ

УВОД

Право на приватност у теорији се први пут помиње у чланку "The Right to Privacy" аутора S. Waren - L. Brandies, објављеном 1890. године у Сједињеним Америчким Државама, у часопису "Harvard Law Review"[1]. Напори за његово увођење паралелно су се одвијали и у Европи, иницирани конкуренцијом два принципа - јавности и приватности. У том периоду, право на приватност схватано је пре свега као право појединца да буде "остављен на миру" и заштићен од мешања у његов приватни живот. Од тог времена, концепт приватности прошао је кроз значајне промене, под утицајем бројних социјалних и економских фактора, а нарочито услед развоја средстава масовних комуникација и информационих технологија. Стога се може рећи да је право на приватност, као и остала лична права, у сталном развоју, јер нови животни односи утичу на обликовање нових личних добара.[2]

Први међународни документ који је предвидео заштиту права на приватност је Универзална декларација УН о људским правима из 1948. године, која у члану 12 предвиђа право на заштиту против произвољног мешања у приватни и породични живот, преписку, и заштиту против угрожавања репутације. Међународни пакт о грађанским и политичким правима из 1966. године у члану 17 такође предвиђа заштиту права на приватност, укључујући част и углед.[3] Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима из 1966. године чланом 10. предвиђа што ширу заштиту и помоћ породици као природном и основном састав-

[1] Shara Monteleone, Privacy regulation in Europe, Developing a harmonized information and comunication law in Europe, Београд 2005. године, страна 185.

[2] Владимир Водинелић, Лична права, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, Том први, Службени лист СФРЈ, Београд 1978. године, страна 911.

[3] Закон о ратификацији проглашен 30. 1. 1971. године, Службени лист СФРЈ, бр. 7/71

ном делу друштва, посебну заштиту мајкама, деци и омладини, и проклamује слободни пристанак на склапање брака.[4]

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода измењена у складу са Протоколом број 11[5] регулисала је право на приватност у чл. 8 и 12, и чланом 5. Протокола број 7.

Чланом 12 Европске конвенције предвиђено је право мушкараца и жена одговарајућег узраста да ступе у брак и заснују породицу у складу са унутрашњим законима који уређују вршење овог права. Према члану 5 Протокола бр. 7, у вези с браком, у току брака и у случају његовог раскида, супружници су равноправни у погледу међусобних грађанских права и обавеза, и у свом односу према деци. Овим чланом државе се не спречавају да предузимају неопходне мере у интересу деце.

Чланови Европске конвенције којима се гарантује право на приватност штите широк круг повезаних права, и то право на приватни и породични живот, дом и преписку, склапање брака, оснивање породице и једнакост супружника. Овај рад ће се бавити заштитом права на приватност предвиђеног Европском конвенцијом, у области породичног права.

ПРАВО НА ПРИВАТНОСТ И ОСНОВИ ЗА ОГРАНИЧЕЊЕ ВРШЕЊА ПРАВА

1. ЧЛАН 8. СТАВ 1. - ОБАВЕЗЕ ДРЖАВЕ

Чланом 8. став 1. Европске конвенције предвиђено је да свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке.

Право на поштовање односи се пре свега на уздржавање државе, односно јавних власти, од мешања у вршење овог права. Међутим, повреда права из члана 8. не мора се састојати само у произвољном мешању од стране јавних власти, будући да и пропуштање чињења некад може довести до повреде права. Државе уговорнице морају обезбедити делотворно

[4] Као под 3.

[5] Закон о ратификацији Конвенције објављен је у Службеном листу Србије и Црне Горе-Међународни уговори бр. 9/03, у даљем тексту Европска конвенција

поштовање права из Европске конвенције[6], на шта их обавезују и чл. 17. и 18. Европске конвенције. [7]

Европски суд за људска права[8] дефинисао је разлику између позитивних и негативних обавеза државе у бројним пресудама, од којих наводимо део пресуде Keegan против Ирске, од 26. маја 1994. године:[9]

"Европски суд подсећа да је основни циљ члана 8. да се појединац заштити од произвољног чињења од стране јавних власти. Поред тога, може постојати и позитивна обавеза неодвојива од делотворног поштовања породичног живота. Међутим, није лако прецизно дефинисати границе између позитивних и негативних обавеза државе.

Упркос томе, начела која се примењују су слична. У оба контекста мора се водити рачуна о правичној равнотежи између супротстављених интереса појединца и заједнице као целине, у чему држава ужива поље слободне процене до одређене границе."

2. ЧЛАН 8. СТАВ 2. - ОСНОВИ ЗА ОГРАНИЧЕЊЕ ВРШЕЊА ПРАВА

Чланом 8. став 2. Европске конвенције предвиђено је да се јавне власти неће мешати у вршење овог права, осим ако то није у складу са законом и неопходно у демократском друштву у интересу националне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље, спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, или заштите права и слобода других.

---

[6] AIRE centre, Key extracts from a selection of judgments of the European Court of Human Rights, decisions and reports of the European Commission of Human Rights, London, публикација

[7] Члан 17: Ништа у овој Конвенцији не може се тумачити тако да подразумева право било које државе, групе или лица да се упусте у неку делатност или изврше неки чин који је усмерен на поништавање било ког од наведених права и слобода, или на њихово ограничавање у већој мери од оне која је предвиђена Конвенцијом.

Члан 18: Ограничења наведених права и слобода која су дозвољена овом Конвенцијом неће се примењивати ни у које друге сврхе осим оних због којих су прописана.

[8] Успостављен је чланом 19. Европске конвенције, у даљем тексту Европски суд

[9] Преузето из публикације AIRE centre - Кључни изводи из праксе Европског суда за људска права

Наведеном одредбом предвиђени су посебни основи и услови по којима држава има овлашћење да ограничи права гарантована ставом 1. члана 8. На овај начин, успоставља се равнотежа између права појединца и ширих интереса демократског друштва у целини, онда када они могу доћи у сукоб.[10] Будући да је клаузула о ограничењима широко постављена, успостављено је правило о стриктном тумачењу свих услова за ограничење права, формулисано у пресуди Sunday Times против Уједињеног Краљевства од 26 априла 1979. године:[11]

"Стриктно тумачење значи да се не могу примењивати као основ за било какво ограничење никаква мерила осим оних поменутих у самој клаузули о ограничењима, а сама мерила морају се протумачити тако да њихов језички израз задржи уобичајено значење."

Да би мешање државе у вршење права било оправдано, оно пре свега мора бити у складу са законом. Објашњење овог израза Европски суд је изнео у поменутој пресуди Sunday Times против Уједињеног Краљевства, где је наведено да се законом сматрају и неписани закони, будући да међу државама уговорницама има и оних у којима се примењује обичајно право. Потребно је да закон буде грађанима доступан на одговарајући начин, да норма буде формулисана довољно прецизно да би грађанину омогућила да прилагоди своје понашање и до разумног степена предвиди последице до којих може да доведе дати поступак. Дакле, да би мешање државе било у складу са законом, потребно је да појединачне мере или прописи буду доступни и предвидљиви за грађане. Поред тога, у пресуди Malone против Уједињеног Краљевства из 1984. године, формулисан је захтев да закон мора довољно јасно дефинисати границе и начин вршења сваког дискреционог права државних органа, да би држава користила дискрециона овлашћења ради постизања законитих циљева, и ради заштите појединца од самовољног поступања државних органа.

Ако Европски суд утврди да је мешање јавних власти у вршење права било у складу са законом, у даљем поступку испитаће да ли је огра-

[10] Donna Gomien, Кратки водич кроз Европску конвенцију о људским правима, Вијеће Европе, Strasbourg 1998. године, страна 57.

[11] Пресуде наведене у овом раду преузете су из књиге Изводи из најзначајнијих одлука Европског суда за људска права, Жил Дитертр, ЈП Службени гласник 2006. године, осим посебно означених случајева.

ничавање права било неопходно у демократском друштву, ради постизања неког од легитимних циљева из става 2. члана 8. Приликом испитивања да ли је ограничење права било у складу са овим мерилом, државама је остављено одређено поље слободне процене, које мора бити тумачено у складу са чл 17. и 18. Европске конвенције. У сваком случају, да би ограничење права одговарало овом стандарду, потребно је да је сам циљ ограничења законит, да одговара хитној друштвеној потреби, и да је начин на који се право ограничава пропорционалан законитом циљу који се жели постићи. Такође, мешање у права појединца треба да буде подвргнуто ефикасној контроли, коју би требало да врше судови, бар у последњој инстанци, ради обезбеђивања независног и непристрасног поступка.[12] Европски суд изнео је своја схватања о овим питањима у више одлука, од којих наводимо пресуде Silver и др. против Уједињеног Краљевства из 1983. године, Klass и др. против Немачке из 1978. године и Handyside против Уједињеног Краљевства из 1976. године.

ОБЛАСТ ПРИМЕНЕ ЧЛ. 8 И 12. ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ

1. ПРАВО НА ПРИВАТНИ ЖИВОТ

Појам приватног живота обухвата сферу непосредне личне аутономије, унутар које свако може слободно да развија сопствену личност. Он обухвата аспекте моралног и физичког интегритета, као и право на развијање односа са другим људима, нарочито у емотивној сфери, укључујући и сексуалне односе.[13] Европски суд је стао на становиште да није могуће дати исцрпну дефиницију овог појма, као ни прецизне границе између подручја јавног и приватног. У предмету Bruggeman и Scheuten против СР Немачке из 1977. године, наведено је да се захтев за поштовање приватног живота ограничава у мери у којој појединац сам доведе свој приватни живот у додир с јавним животом, или у тесну везу с другим заштићеним интересима. У пресуди Niemietz против Немачке из 1992. године, изнет је став да у област приватног живота може бити укључена и професионална делатност, нарочито код лица слободних професија.

[12] Ибид. стр. 274. и 275.

[13] AIRE centre, Кључни појмови и принципи Европске конвенције о људским правима, Београд 2004. године, страна 8.

У бројним одлукама Европског суда разматрана је повреда права на приватност у областима приватног живота, као што су: назначење пола, сексуална опредељеност, сексуални живот, право на име, физичка присмотра лица, присмотра прислушкивањем телефона и постављењем уређаја, прикупљање информација и података, право на увид у личне податке, откривање личних и посебно медицинских података, право на физички, морални и духовни интегритет личности, право на успостављање личних односа са другима ван дефиниције породице. Овде ће бити поменуто неколико одлука из области породичних односа.

У предмету Airey против Ирске из 1979. године, гђа Airey поднела је представку из разлога одбијања владе да јој пружи правну помоћ у поступку за добијање судске одлуке о растави од супруга насилника. Европски суд је заузео следећи став:

"Што се тиче брака, супружници у начелу имају обавезу да живе заједно, али у неким случајевима имају и право да траже решење о растави. То значи да се мора уважити чињеница да заштита њиховог приватног или породичног живота може понекад условити да они буду ослобођени дужности да живе заједно. Стварно поштовање овог права обавезује Ирску да ово средство заштите учини доступним свакоме. То средство није било доступно предлагачу, пошто није имала прилику да се обрати Врховном суду, нити да тражи правно признање свог де факто одвојеног живота од мужа. Она је стога била жртва кршења члана 8."

У предмету Господин Х против Швајцарске из 1986. године,[14] разлог његове представке је била привремена забрана склапања новог брака након трећег развода, и то у трајању од три године, будући да је швајцарски суд приликом развода трећег брака закључио да је г. Х због свог неприхватљивог понашања искључиво одговоран за пропаст брака. Европски суд је закључио да постоји повреда права из члана 12 Европске конвенције, јер овај члан осигурава разведеним лицима право на поновно склапање брака без неразумних ограничења. Суд је нагласио да период чекања више не постоји ни у другим државама.

[14] Проф. Др Олга Цвејић-Јанчић, Усаглашавање породичног права Србије са европским породичним правом, тј. праксом Европског суда за права човека, Зборник радова научне конференције Правни систем Републике Србије-усаглашавање са правом Европске уније, стр. 559-560.

У предмету Микулић против Хрватске,[15] пресуда од 7. 2. 2002. године, подносилац представке је ванбрачно дете и покренула је с мајком судски поступак за утврђивање очинства, а тужени је одбио да се подвргне ДНК тесту. Подносилац представке је тврдила да је повређено њено право из члана 8. јер је због трајања поступка и недоношења одлуке била у неизвесности по питању свог личног идентитета. Европски суд је констатовао да по хрватском закону није могуће приморати туженог да се подвргне испитивању ДНК, па стога, ради поштовања начела пропорционалности и заштите интереса лица које тражи утврђивање очинства, морају бити предвиђена одговарајућа средства која омогућавају суду да брзо утврди очинство. Подносилац представке није имала на располагању такав поступак. Суд је утврдио повреду члана 8. јер је подносилац представке због неделотворности судова била у стању продужене неизвесности по питању личног идентитета.

У предмету Odievre против Француске,[16] пресуда од 13. фебруара 2003. године, приликом рођења подносиоца представке њена мајка је захтевала да рођење буде тајно, и одрекла се родитељског права. Подносилац представке је регистрована као штићеник државе, а касније је усвојена. Она је у представци тврдила да јој држава није обезбедила право на поштовање приватног живота својим правним системом, којим се сасвим онемогућава покретање било каквог поступка за утврђивање материнства ако је биолошка мајка захтевала поверљивост, и стога се спречава приступ подацима о њеном идентитету. Европски суд је потврдио да члан 8. штити право на лични развој, и да околности у којима је особа рођена чине део њеног приватног живота. Констатовано је да у овом случају постоје супротстављени интереси подносиоца представке да сазна своје порекло, интерес мајке да остане анонимна, и потреба заштите трећих лица, односно усвојилаца, оца и других чланова биолошке породице. Присутан је такође и општи интерес избегавања незаконитих абортуса и напуштања деце на неодговарајући начин. Европски суд је навео да је подносилац представке стара 38 година, и да би откривање идентитета биолошке мајке без њене сагласности довело до угрожавања права на приватни и породични живот не само мајке, него и усвојилаца, оца и биолошке породице.

[15] AIRE centre, Одабрани случајеви из праксе Европског суда за људска права, страна 53.

[16] Ибид., страна 59.

Европски суд је нашао да је подносиоцу представке пружен увид у личне податке, без идентификовања мајке, и дата могућност потраге за подацима о биолошком пореклу, и да је француским правом обезбеђена задовољавајућа сразмера између супротстављених интереса, па није дошло до повреде члана 8. Европске конвенције.

У случају Stijerna против Финске, пресуда од 25. новембра 1994. године, предлагач је тврдио да му је повређено право на приватни живот одбијањем финских власти да му се дозволи промена презимена. Европски суд је изнео став да захтев јавног интереса у погледу сталности презимена може бити много важнији од жеље предлагача да промени презиме, будући да у Финској, као и у другим државама уговорницама, имена и даље имају кључну улогу у идентификацији људи. Одбијање финских власти да дозволе предлагачу промену презимена не може се нужно сматрати мешањем у његово право на приватни живот, што би био случај када би му се наметнула обавеза да промени презиме. Европски суд је сматрао да непријатности на које се жалио предлагач, односно тешкоће при писању и изговарању његовог шведског презимена и могућност да се оно претвори у погрдни надимак, не поткрепљују у довољној мери закључак да је поступак финских власти представљао непоштовање његовог приватног живота, па стога нема повреде права из члана 8.

У предмету Guillot против Француске, пресуда од 24. октобра 1996. године, предлагачи су желели да својој ћерки дају лично име које је матичар одбио да упише у књигу рођених, јер се то име не налази ни у једном списку светаца. Европски суд је истакао да лична имена представљају средство за идентификацију особе у оквиру породице и заједнице, па се стога, као и презимена, тичу приватног и породичног живота. Осим тога, родитељски избор имена детета јесте емотивна ствар и стога улази у оквир приватног живота. Међутим, суд је закључио да није повређено право из члана 8. Европске конвенције, јер је дете могло без сметње да се служи датим именом, а француски судови су дозволили предлагачима да жељено име унесу у књигу рођених.

У предмету M. G. против Уједињеног Краљевства,[17] пресуда од 24. септембра 2002. године, подносилац представке био је добровољно дат на јавно старање у периодима када је његова мајка била на психијатријском ле-

[17] Ибид., страна 21.

чењу, а отац је имао тешкоћа да се самостално стара о деци. Током боравка у старатељству, био је у контакту с оба родитеља. Подносилац је од социјалне службе захтевао потпуни увид у свој досије и конкретне податке у вези са злостављањем које је претрпео од стране оца. Он је у представци тврдио да му локалне власти нису омогућиле задовољавајући увид у досије социјалне службе који се односи на време које је провео у њиховом старатељству, што представља повреду његовог права из члана 8. Европске конвенције. Европски суд је сматрао да се досије социјалне службе односи на његов приватни и породични живот. Истакнуто је да је основни разлог за тражење увида у досије било искрено уверење подносиоца представке да га је у детињству отац физички злостављао, па је имао потребу да схвати утицај тог злостављања на сопствено понашање. Суд је установио да није испуњена обавеза државе на заштиту права подносиоца на приватни и породични живот, будући да је подносиоцу 1995. године био омогућен само ограничен увид у лични досије. Осим тога, он није имао законско право на увид у ове податке, нити могућност жалбе независном органу због ускраћивања увида у досије. Потреба за таквом жалбом је постојала, јер је утврђено да су значајни делови личног досијеа избрисани, а неки делови докумената су задржани из разлога обавезе чувања тајне према трећем лицу. Стога је Европски суд закључио да је дошло до повреде члана 8. у погледу увида у досије подносиоца представке закључно са мартом 2000. године. Од тог датума, када је ступио на снагу Закон о заштити личних података, подносилац је могао уложити жалбу независном органу, што он није учинио.

У предмету Guerra и други против Италије, пресуда од 19. фебруара 1998. године, Европски суд је сматрао да непосредно дејство токсичних гасова који су испуштани из фабрике и утицај на право предлагача на приватни и породични живот спада у домен примене члана 8. Европске конвенције. У пресуди је констатована повреда права предлагача из члана 8. будући да им није достављена битна информација која би им омогућила да процене којој би опасности они и њихове породице били изложени ако би и даље живели у граду који је нарочито изложен опасности у случају хаварије у кругу фабрике.

2. ПРАВО НА ПОРОДИЧНИ ЖИВОТ

Породични живот из члана 8. Европске конвенције дефинисан је бројним одлукама Европског суда. Пре свега, треба истаћи да се овим

чланом штити породица која већ постоји, док право на склапање брака и заснивање породице спада у домен члана 12. Европске конвенције. Породични живот свакако укључује однос супружника, који имају право на заједнички живот. Рођењем детета из таквог односа, између њега и родитеља заснива се породични живот, чак и ако родитељи тада не живе заједно. Осим тога, породични живот може се односити и на везе између блиских сродника, као нпр. између унучади, деда и баба, браће и сестара. Иако је крвно сродство основа за доказивање породичног живота, од значаја могу бити и други чиниоци, као што су психолошка и материјална зависност и повезаност лица која траже заштиту. Европски суд не прави разлику између законите и незаконите породице, а за породицу се сматрају и неудата жена и њено дете (пресуда Marckx против Белгије од 13. јуна 1979. године). Питања усвојења, старатељства и наслеђивања између блиских сродника такође улазе у домен примене члана 8. У сваком случају, "постојање или непостојање породичног живота у суштини представља чињенично питање, које почива на стварном постојању блиских личних веза." (пресуда К. и Т. против Финске од 12. јула 2001. године).

У наставку ћемо навести неколико примера примене члана 8. у области породичног живота.

У пресуди Elsholz против Немачке од 13. јула 2000. године[18] подносилац представке је отац ванбрачног детета, са којим је изгубио контакт након исељења мајке и детета из стана. Окружни суд одбио је његов захтев да му се омогући контакт са дететом, сматрајући да то не би било у интересу детета. Суд је утврдио да су односи подносиоца представке и мајке детета тако лоши, да би његов контакт с дететом противно мајчиној вољи имао негативне последице по дете. Обласни суд је изнео овакав став одбијајући жалбу подносиоца представке, закључујући да није било потребно тражити мишљење вештака психолога. Европски суд је сматрао да појам породице није ограничен само на брачне односе, већ и на ванбрачне, а дете рођено у таквој вези део је те породичне заједнице. Судске одлуке којима је подносиоцу ускраћен контакт с дететом представљају мешање у право на поштовање породичног живота. Утврђено је да је то мешање било у складу са немачким законом, те да је имало за циљ заштиту права и слобода детета. Разматрајући да ли је ово мешање било неопходно у демократском друштву,

[18] Ибид., страна 25.

Европски суд је ценио да ли је предлагач имао могућност учешћа у доношењу одлука у степену који би обезбедио заштиту његових интереса. Чињеница да није тражено мишљење психолога, и да пред Обласним судом није одржано рочиште, довела је до закључка да предлагачу није било омогућено довољно учешће у процесу доношења одлуке. Стога је Европски суд утврдио да су домаће власти прекорачиле границу поља слободне процене, па је повређен члан 8. Европске конвенције.

У пресуди Glaser против Уједињеног Краљевства од 19. септембра 2000. године,[19] подносилац представке истицао је повреду права на породични живот, због пропуста домаћих судова да принудно спроведу одлуку о његовом контакту с децом након развода брака и одбијања бивше супруге да се повинује судској одлуци о вићању с децом. Европски суд је поновио став да члан 8. укључује право родитеља на предузимање мера ради поновног сусрета са дететом, и обавезу домаћих власти да предузму такве мере. Међутим, таква обавеза није апсолутна, будући да се морају узети у обзир права и интереси свих страна, а нарочито најбољи интереси детета, па стога домаће власти треба да успоставе правичну сразмеру између ових интереса. Није уважена тврдња предлагача да је, након његовог достављања доказа да мајка детета одбија да се повинује судској одлуци, домаћи суд требало да предузме иницијативу за принудно спровођење његовог права на контакт са децом. Европски суд је испитао фазе поступка за принудно извршење права на контакт с децом и закључио да су домаће власти поштовале своје обавезе у вези права подносиоца на поштовање приватног живота, и успоставиле правичну равнотежу између супротстављених интереса, па није било повреде члана 8. Европске конвенције.

У пресуди Kutzner против Немачке[20] од 26. фебруара 2002. године, подносиоци представке су супружници који имају двоје деце, и похађали су посебну школу за лица са проблемима у учењу. Због тога су њихова деца била под надзором лекара и примала су образовну помоћ. Старатељски суд донео је одлуку да се подносиоци представке лише родитељских права и наредио смештај деце у другу породицу, јер су деца заостала у физичком и менталном развоју, а предлагачи немају интелектуалне способности за одгој деце и не сарађују са социјалним службама. Деца су смештена у разли-

[19] Ибид., страна 27.

[20] Ибид., страна 42.

чите породице, а подносиоцима представке је знатно ограничена могућност контакта с децом, на само два сата месечно, па су истакли повреду права на породични живот. Европски суд је поновио свој став да су домаће власти у оваквим случајевима обично у најбољем положају да процене ситуацију, али одвођење детета од родитеља и строго ограничење сусрета морају бити не само у најбољем интересу детета, већ и неопходни. Начело пропорционалности неће бити поштовано ако је могла бити предузета нека блажа мера, која би такође обезбеђивала интерес детета. Привремено старатељство треба да буде укинуто чим околности то дозволе, јер треба да има за циљ поновно уједињење деце и родитеља. Европски суд је закључио да су, и поред оправдане забринутости за развој деце, њихово раздвајање од родитеља, начин смештаја и ограничење контакта били незадовољавајући. Наиме, током поступка пред домаћим судовима, мишљења психолога нису била усаглашена, будући да су се неки од њих залагали да деца остану са родитељима. У поступку није утврђено да су предлагачи лоше поступали према деци, већ да им је потребна само додатна образовна помоћ. Европски суд је сматрао да у овом случају нису постојали довољни разлози за тако драстично мешање у породични живот подносилаца представке, те да овакво мешање није било у складу са оправданим циљевима којима се тежило, па је повређен члан 8. Европске конвенције.

У пресуди Berrehab против Холандије од 21. јуна 1988. године, подносилац представке је марокански држављанин који је из брака са холандском држављанком имао ћерку, такође подносиоца представке. Након развода брака, холандске власти су одбиле да подносиоцу продуже дозволу за боравак, и он је протеран из земље, иако је ту имао дом и посао. До протеривања, он је био у редовном контакту са својом ћерком. Подносиоци представке су истицали да је протеривање из земље представљало повреду њиховог права на породични живот. Европски суд је изнео став да заједничко становање није услов за постојање породичног живота између родитеља и детета, будући да од рођења детета између њега и родитеља постоји веза која представља породични живот. Иако та веза касније може бити покидана, овде то није био случај, будући да су сусрети предлагача били редовни. Одбијање дозволе за боравак и протеривање оца из земље представљало је стога мешање у породични живот предлагача. Европски суд је утврдио да је мешање било у складу са холандским законима и имиграционом политиком. Оцењујући да ли су ове мере биле неопходне у демократском друштву, испитивано је да ли је мешање одговарало хитној друштвеној потре-

би, и да ли је било сразмерно оправданом циљу коме се тежило, односно заштити економске добробити државе. Европски суд је сматрао да није успостављена одговарајућа равнотежа између релевантних интереса, и да постоји несразмера између спроведених мера и оправданог циља коме се тежило, будући да је подносилац који је протеран био већ запослен и имао је дом у Холандији, па је повређен члан 8.

У предмету Salgeiro da Silva Mouta против Португалије[21], пресуда од 21. децембра 1999. године, подносиоца представке је бивша супруга спречавала да посећује њихову ћерку, противно споразуму постигнутом током поступка развода брака. Подносилац је тражио да се дете њему додели на старање, што је усвојио суд за породична питања, и дете је годину дана живело с оцем, када га је мајка одвела без његове сагласности. У другостепеном поступку, дете је додељено на старање мајци и одређен је начин контакта оца с дететом, који је мајка спречавала. Другостепени суд је навео да се дете додељује на старање мајци јер је то у интересу детета, и због тога што је подносилац представке хомосексуалац који живи с другим мушкарцем. Подносилац представке је тврдио да је дошло до неоправданог мешања у његов приватни и породични живот, и да се ради о дискриминацији, противно члану 14. Европске конвенције.[22] Европски суд је утврдио да је пресуда другостепеног суда представљала мешање у право подносиоца на породични живот, будући да је нижестепеном пресудом дете било додељено њему на старање. Другостепени суд је измену одлуке о поверавању детета образложио интересима детета, али и тиме што је подносилац представке хомосексуалац. Стога је Европски суд констатовао да је постојала разлика у поступању према подносиоцу представке и његовој бившој супрузи, заснована на његовом сексуалном опредељењу, што представља кршење забране дискриминације из члана 14. Конвенције, осим ако је за овакво поступање постојало разумно оправдање, ако је имало оправдан циљ, и ако су средства била сразмерна легитимном циљу. Како је утврђено да је одлука другостепеног суда тежила оправданом ци-

[21] Ибид., страна 74.

[22] Члан 14: Уживање права и слобода предвиђених у овој Конвенцији обезбеђује се без дискриминације по било ком основу, као што су пол, раса, боја коже, језик, вероисповест, политичко или друго мишљење, национално или социјално порекло, веза с неком националном мањином, имовно стање, рођење или други статус.

љу, односно заштити права и интереса детета, Европски суд је испитивао да ли је то што је подносилац представке хомосексуалац била одлучна чињеница при доношењу пресуде. Утврђено је да је другостепени суд закључио да: "... дете мора живети у традиционалној португалској породици, и није неопходно испитивати да ли је хомосексуалност болест, или сексуално опредељење према лицима истог пола. Свакако, реч је о ненормалности, и деца не треба да одрастају у сенци неприродних ситуација." Будући да је хомосексуалност подносиоца представке била одлучујући фактор у доношењу правноснажне одлуке о поверавању детета, Европски суд је закључио да је повређен члан 8. односно право на породични живот између оца и ћерке, у вези са чланом 14. Европске конвенције.

3. ПРАВО НА ДОМ

Органи Европске конвенције дали су у више одлука доста широку дефиницију овог појма, бавећи се повредама члана 8. којим се гарантује право на поштовање дома. Утврђено је да предлагач не мора бити власник куће нити стално боравити у њој да би се она сматрала његовим домом, уколико има законит основ за њено коришћење (пресуда Mentes и др. против Турске из 1997. године). Међутим, може се сматрати да је основан дом у смислу ове одредбе и када је то учињено противно домаћем закону, као у случају Buckley против Уједињеног Краљевства из 1996. године. Право на поштовање дома признавано је и лицима која су некретнину користила током дужег периода сваке године (Mentes и др. против Турске). Појам дома проширен је и на пословне просторије (Niemietz против Турске из 1992. године), посебно код лица који обављају слободне професије, где се не може увек успоставити јасна граница између дома и пословног простора.

У пресуди Connors против Уједињеног Краљевства од 27. маја 2004. године,[23] подносилац представке и његова породица су Роми који су водили свој традиционални начин живота уз сталну селидбу. У округу у коме су и раније живели тринаест година, предлагач је добио дозволу да са супругом заузме једну парцелу, под условом да не узнемиравају остале становнике насеља. Њихова ћерка се настанила на суседној парцели. Након две године, породици предлагача је достављен налог за напуштање обе парцеле и покренут хитан поступак за исељење, из разлога неодгова-

[23] Ибид., страна 12

рајућег понашања и узнемиравања других становника насеља. Подносилац представке и супруга тада су имали четворо малолетне деце. Породица је принудно исељена, а након два дана им је враћен караван у коме су живели. Подносилац је истицао да му није пружена могућност да пред судом оспори тврдње на основу којих је његова породица исељена, и да за разлику од осталих случајева, локалне власти које воде ромска насеља према домаћем закону не морају да доказују тврдње против становника тих насеља. Такође, породици није пружена никаква помоћ и савет где би могли да оду након исељења, нити је узета у обзир њихова повезаност са локалном заједницом у којој су дуго живели. Стога је истакнута повреда права из члана 8. Европске конвенције, као и повреде чл. 14, 6 и 13, и члана 1. Протокола број 1.[24] Европски суд је констатовао да осетљив положај Рома као мањине захтева посвећивање посебне пажње њиховим потребама и другачијем начину живота, те да постоји обавеза државе да омогући ромски начин живота. Пошто је у овом случају подносилац са породицом постао бескућник, овако озбиљно мешање у права из члана 8. морало је имати посебно оправдан разлог заштите јавног интереса. По мишљењу суда, сама чињеница неадекватног понашања није била довољна за исељење по хитном поступку, пошто у насељима која нису ромска локалне власти могу спровести исељења само након преиспитивања неопходности такве мере од стране суда. Европски суд је закључио да исељење подносиоца представке и његове породице није било праћено неопходним процесним јемствима, односно да није утврђено одговарајуће оправдање за овако озбиљно мешање у њихова права, те да стога оно није било оправдано хитном друштвеном потребом, нити сразмерно оправданом циљу, па је повређен члан 8. Европске конвенције.

4. ПРАВО НА ПОШТОВАЊЕ ПРЕПИСКЕ

Већину представки у којима је истицана повреда права на поштовање преписке поднели су затвореници. Када се радило о праву затвореника на преписку са својим адвокатом у вези судског поступка, или о преписци са судом, Европски суд је заузимао став да ово право не трпи скоро никаква ограничења, осим у изузетним случајевима, када се ради о зашти-

[24] Члан 14 - забрана дискриминације; члан 6 - право на правично суђење; члан 13 - право на делотворни правни лек; члан 1. Протокола број 1. - заштита имовине

ти националне безбедности, спречавању насиља или злочина, и да се ради о хитној друштвеној потреби.

Европски суд утврдио је кршење права на поштовање преписке у предмету Margareta и Roger Andersson против Шведске из 1992. године, где је била ограничена телефонска комуникација и преписка између мајке и сина који је био стављен под старање државе. [25]

У предмету Messina против Италије, пресуда од 28. септембра 2000. године, подносилац представке био је подвргнут посебном затворском режиму, по одобрењу суда, због повезаности с мафијом. То је подразумевало ограничавање посета чланова породице, као и цензуру преписке, што се односило и на писма која је подносилац преко супруге слао Европској комисији за људска права. Европски суд је закључио да је ограничавање посета чланова породице представљало мешање у право подносиоца на поштовање породичног живота. Мешање је било у складу са законом и тежило је оправданим циљевима заштите јавне безбедности и спречавања злочина, па је закључено да није повређено право подносиоца на поштовање породичног живота. Утврђено је да је цензура преписке представљала мешање у право подносиоца на поштовање преписке. Међутим, пошто релевантна одредба домаћег закона није дефинисала дужину могућег трајања цензуре, нити прецизирала разлоге из којих се она може дозволити, Европски суд је закључио да мешање у право подносиоца није било у складу са законом, па је дошло до повреде члана 8. Европске конвенције.

ЕВРОПСКИ СТАНДАРДИ У ДОМАЋЕМ ЗАКОНОДАВСТВУ

Устав Републике Србије,[26] у делу II - Слободе, права и дужности човека и грађанина, садржи начела која се односе на заштиту приватног и породичног живота. Чланом 13 Устава прокламовано је начело равноправности полова и забрана дискриминације грађана по овом и другим основама. Чланом 18. гарантована је неповредивост људског достојанства и права на приватни живот. Чланом 19. гарантована је тајност писама и других средстава општења, с тим да се законом може прописати да се на основу одлуке суда

[25] Кратки водич кроз Европску конвенцију о људским правима, Вијеће Европе Strasbourg 1998. страна 75.

[26] "Службени гласник РС", бр. 1/90 од 28. 9. 1990. године

може одступити од овог начела, ако је то неопходно за вођење кривичног поступка или за одбрану Републике Србије. Чланом 20. зајамчена је заштита тајности података о личности, а прикупљање, обрада и коришћење ових података уређују се законом. Члан 29 Устава садржи начело о посебној заштити породице. Овим чланом је такође регулисано да се брак и односи у браку и породици уређују законом, да родитељи имају право и дужност да се старају о подизању и васпитању своје деце, и да деца рођена ван брака имају иста права и дужности као и деца рођена у браку.

Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама[27] у члану 3. прокламовала је забрану сваке непосредне или посредне дискриминације по било ком основу, па и по основу пола, рођења или сличног статуса. Чланом 24. регулисано је право на поштовање приватног и породичног живота, дома и тајности преписке.[28] Члан 25. јамчи право на склапање брака на основу слободно датог пристанка будућих супружника. Склапање, трајање и раскид брака заснивају се на равноправности супружника, а деца рођена ван брака имају једнака права као деца рођена у браку. У члану 39. Повеље прокламовано је да породица, мајка и дете уживају посебну заштиту друштва и држава чланица. Овим чланом зајемчено је и право мајке на подршку и заштиту држава чланица у законом прописаном периоду, пре и после порођаја.

---

[27] Службени лист Србије и Црне Горе бр. 6/03 од 28. 2. 2003. године

[28] Члан 24. Повеље: Свако има право на поштовање приватног и породичног живота, дома и тајности преписке.

Нико не сме ући у туђи стан или друге просторије против воље њиховог држаоца или у њима вршити претрес, осим на основу одлуке суда. Улазак у туђи стан или друге просторије или њихов претрес, без одлуке суда, дозвољени су само ако је то неопходно ради непосредног хапшења учиниоца кривичног дела или ради отклањања непосредне и озбиљне опасности за људе или имовину, на начин предвиђен законом.

Тајност писама и других средстава општења је неповредива. Одступања су дозвољена на одређено време само на основу одлуке суда, ако је то неопходно ради вођења кривичног поступка или одбране земље, на начин предвиђен законом.

Заштита података о личности је зајемчена. Њихово скупљање, држање и коришћење уређује се законом. Забрањена је и кажњива употреба података о личности ван сврхе за коју су прикупљени. Свако има право да буде обавештен о прикупљеним подацима о својој личности, у складу са законом.

Након доношења Закона о браку и породичним односима из 1980. године,[29] ратификовано је више међународних конвенција којима је регулисана област породичних односа. У најважније спадају: Конвенција о правима детета,[30] Конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце,[31] Европска конвенција о признању и извршењу одлука о старању о деци и о поновном успостављању односа старања[32] и Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, измењена у складу са Протоколом број 11.[33] Стога је циљ законских промена био усклађивање законске регулативе са европским законодавством, уважавајући савремени концепт људских права и породичних односа.

У складу с тим, у нови Породични закон[34] унет је низ нових правних института, а неки институти су претрпели значајне измене у односу на ранија решења. У области којом се бави овај рад, од нових института поменућемо: посебно регулисана права детета (чл. 59-66); заједничко вршење родитељског права (чл. 75 и 76); заштита права на лично име (чл. 351 - 356). Значајније промене претрпели су правни институти: усвојење (чл. 90, 91, 311 - 327); утврђивање и оспоравање материнства и очинства (чл 42, 249 - 252); утврђивање и оспоравање материнства и очинства у случају зачећа уз биомедицинску помоћ (чл. 57 и 58)[35]

Начела садржана у чл. 8. и 12. Европске конвенције, унета су у први део Породичног закона - Основне одредбе. Тако је у члану 2. прокламовано да породица ужива посебну заштиту државе, и да свако има право на поштовање свог породичног живота. Члан 3. регулише склапање брака на основу слободног пристанка супружника, који су равноправни. Чланом 4. предвиђено је да ванбрачни партнери имају права и дужности супружника, под условима одређеним овим законом. Посебна заштита мајке и детета прокламована је чланом 5, а у члану 6 наведени су општи принци-

[29] "Службени гласник СРС", бр. 22/80, 11/88, 22/93, 35/94, 29/01

[30] "Службени лист СФРЈ-Међународни уговори", бр. 15/90

[31] Ибид., бр. 7/91

[32] "Службени лист СРЈ-Међународни уговори", бр. 1/01

[33] Опширније: Породични закон, предговор Проф. др Марија Драшкић, ЈП "Службени гласник" 2005.

[34] "Службени гласник РС", бр. 18/05

[35] Опширније: Породични закон, ибид., стр. 12 - 28

пи заштите детета, односно руковођење најбољим интересима детета, заштита од занемаривања, злостављања и експлоатације, унапређивање права детета и једнака права брачне и ванбрачне деце. Равноправност родитеља у вршењу родитељског права предвиђена је у члану 7, као и изједначен положај усвојитеља и родитеља. Чланом 13. предвиђено је да свако има право на лично име, које се стиче рођењем, и може се променити под условима одређеним овим законом.

ЗАКЉУЧАК

Из овог кратког прегледа домаћих законских решења у области којом се бавио овај рад, као и европских стандарда у области заштите приватног и породичног живота, несумњиво следи закључак да је процес усклађивања националног законодавства са европским стандардима узнапредовао. Томе је значајан допринос дало и доношење Породичног закона. Изградња међународних стандарда у овој области резултирала је укључивањем тих норми и стандарда у домаће законске одредбе. Ово представља и обавезу државе, будући да сваки међународни уговор из области људских права обавезује државе потписнице да у устав и законе унесу одговарајуће норме, и да обезбеде делотворне механизме за остваривање ових права. Овај процес усклађивања ће свакако бити настављен, с обзиром на потребу усаглашавања домаћег правног система са правом Европске уније. Оно што представља могућност, која до сада није довољно коришћена, јесте непосредна примена одредаба Европске конвенције и других ратификованих конвенција у судским одлукама. Ово је нарочито значајно у случајевима несагласности домаћих законских одредби са прихваћеним међународним стандардима. Стога треба подсетити да ратификовани међународни документи по нашим конституционалним актима представљају непосредан извор права, односно да се непосредно примењују, те да имају примат над домаћим правом. Ово даје могућност и намеће обавезу судовима и другим државним органима да непосредно примењују одредбе ратификованих конвенција, нарочито када их домаћи прописи нису преузели, или када су у несагласности с њима.

Слободан Дражић,
судија Врховног суда Србије

ВИШАК ЗАПОСЛЕНИХ

УВОД

Један од значајних социјалних проблема у Републици Србији представља настанак вишка запослених услед технолошких, економских или организационих промена у предузећу. До тога долази како би се избегла инсолвентност послодавца (економски вишак у ужем смислу речи) или повећала конкурентска способност послодавца (технолошки или организациони вишак).

Спречавање појаве сиромаштва код потенцијалних вишкова запослених укључује адекватно регулисање заштите запослених за чијим је радом престала потреба.

Закон о раду[36], вишку запослених посвећује посебну главу (XI). Садржана законска решења, као израз имплементираних међународно правних стандарда мотивисаних идејом социјалне правде, настоје да пронађу равнотежу између два легитимна циља - повећања конкурентности или опстанка предузећа у конкуренцији, с једне, и очувања запослености, односно смањења последица вишка запослених, с друге стране.

Да ли тај циљ, који је определио законодавац испуњава решења у Закону о раду, којима је регулисана заштита запослених у случају настанка њихових вишкова? Инсистирање на отклањању дилеме о томе мотивисано је намером да се да суд о самом значају овог вида заштите и усклађености Закона о раду са захтевима заштите запослених у случају колективног отпуштања из међународних извора радног права. У том погледу чини се да је нужно да се осврнемо на ове изворе права.

[36] "Сл. гласник РС" бр. 24/05 и 61/05

Међународни извори заштите запослених у случају колективног отпуштања

Заштита права запослених у вези са престанком радног односа због економских, технолошких, структуралних или сличних разлога, изворно је регулисана одредбама дела III Конвенције Међународне организације рада број 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца[37]. Иако не дефинише вишак запослених, Конвенција је одредила обавезе послодавца, у случају када послодавац намерава да прекине радни однос са радницима из разлога економске, технолошке, структуралне или сличне природе. Ове обавезе се односе на консултације са представницима радника (одељак А, чл. 3) и обавештавање надлежног органа (одељак Б, чл. 4). Примена ових одредаба може се ограничити националним законом (методи примене из чл. 1) или прописом, на случајеве у којима број радника чији се прекид радног односа разматра, достиже најмање један одређени број, односно проценат радне снаге.

Таква одређеност, односно неодређеност овог исказа, може се и прихватити у садржају назначене норме ове Конвенције, с обзиром на њене амбиције да не буде завршни општи акт, већ да својим одредбама обезбеди оно од чега треба поћи у националном пропису. Стога закон мора довољно и јасно означити границе у којима број радника чији се прекид радног односа разматра, достиже најмање један одређени број, односно проценат радне снаге.

Заштита радника у случају колективног отпуштања је на нивоу Европске заједнице, изворно била регулисана Директивом 75/129/ЕЕЗ од 17.02.1975. године[38], о приближавању прописа држава чланица о колективним отпуштањима. Она је измењена Директивом 92/56/ЕЕЗ од 24.06.1992. године.

[37] Ратификовани акт је објављен у "Сл. листу СФРЈ" - међународни уговори, бр. 4/84

[38] Донета је као саставни део Социјално акцијског програма, 1974-1976. година; више: Blanpain, R - Rabour Law ang Industrial Relations of the Europen Kommunity, Kluwer, Deventer 1991.

Наведени комунитарни прописи[39] су стављени ван снаге након што је Савет, поведен разлозима веће јасноће и рационалности у регулисању материје колективних отпуштања, усвојио Директиву 98/59/ЕЗ[40].

Реч је о пропису који треба да обезбеди већу заштиту права радника у случају колективног отпуштања. Правна решења садржана у Директиви 98/59/ЕЗ представљају минималне стандарде заштите у случају колективних отпуштања, те су државе чланице Уније слободне да домаћим прописима, предвиде правна решења која су повољнија за запослене (чл. 5).

Осим Директиве 98/59/ЕЗ, колективно отпуштање регулисано је и Повељом заједнице о основним правима радника из 1989. године, која прокламује начело побољшања одредаба за запослене у погледу поступка колективног отпуштања запослених (наслов I, тач. 7. став 2). Значајан извор права је и Повеља о основним правима у Европској унији из 2000. године, тзв. Повеља из Нице, која садржи одредбе о заштити радника у случају неоправданог отказа у складу са комунитарним правом и националним законодавством и праксом (чл. 30. Повеље)[41].

У даљим излагањима задржаћемо се на правним решењима у Закону о раду, њиховој усклађености са Директивом и могућности њихове примене са становишта судске праксе.

Правна решења у Закону о раду

Остајући у амбијенту заштите запослених од колективног отпуштања, најпре ћемо сагледати у којој мери су одредбе чл.153.-160. Закона

[39] Комунитарно радно право може се сврстати у категорију регионалног међународног радног и социјалног права, с обзиром на то да је настало и развија се у оквиру Европске економске заједнице, потом Европске заједнице, а од 1992. године Европске уније. Комунитарно радно право такође, налази, своју инспирацију у међународним радним стандардима садржаним у више од 180 конвенција и исто толико препорука Међународне организације рада. Види: Бранко Лубарда, професор Правног факултета у Београду, Европско радно право - начела и фазе развоја, Правни живот број 10, Београд 2002. године, том II, страна 765-766

[40] Concil Directive 98/59/EZ of 20. july 1998. on the approximation of the Member States relating to collective redundancies (official Journal 12/08/1998, p.16-21)

[41] Ibidem, стр.28.

о раду, које регулишу ову материју, усклађене са правним решењима Директиве Савета 98/59/ЕЗ.

Према члану 153. став 1. Закона о раду, послодавац је дужан да донесе програм решавања вишка запослених ако утврди да ће, због технолошких, економских или организационих промена, у оквиру периода од 30 дана, доћи до престанка потребе за радом запослених на неодређено време, и то за најмање: 1) десет запослених код послодавца који има у радном односу више од 20 а мање од 100 запослених на неодређено време; 2) 10% запослених код послодавца који има у радном односу најмање 100 а највише 300 запослених на неодређено време; 3) тридесет запослених код послодавца који има у радном односу преко 300 запослених на неодређено време.

У смислу става 2. наведеног члана, програм је дужан да донесе и послодавац који утврди да ће доћи до престанка потребе за радом најмање 20 запослених у оквиру периода од 90 дана из разлога наведених у ставу 1. овог члана, без обзира на укупан број запослених код послодавца.

У погледу прописаних захтева којима је условљен поступак колективног отпуштања који обавезно укључује доношење програма решавања вишка запослених, захтеви се тичу броја запослених и временског периода у коме ће доћи до престанка потребе за радом запослених, као и садржине програма, они одговарају условима за примену Директиве (члан 1. став 1.).

Међутим, закон не дефинише вишак запослених, односно шта се сматра колективним отпуштањем. Директива предвиђа да ће се отказ уговора о раду на иницијативу послодавца (из разлога који се не могу приписати у кривицу запосленог) сматрати колективним отпуштањем, ако је најмање пет радника обухваћено колективним отпуштањем (члан 1. став 2.). Ово је значајно због тога, што се у таквом случају, отказ уподобљава правном режиму индивидуалног отказа, а ни једна Директива општег карактера не односи се на индивидуални отказ.

Нешто о квалитету правног решења. Без обзира што је ово законско решење боље од претходног[42], и оно оставља простор за заобилажење

[42] Члан 114. став 1. Закона о раду "Сл. гласник РС" бр. 70/01 и 73/01, предвиђао је обавезу доношења програма за послодавце који су запошљавали више од 50 рад-

адекватног решавања вишка запослених. Наиме, ако послодавац има мањи број запослених на неодређено време или мање запослених исказаних као технолошки вишак, од "мере" из наведене одредбе, моћи ће да се ослободи вишка и без програма и било какве социјане подршке. До тога је раније пречесто долазило, јер према претходном решењу послодавац који запошљава до педесет радника могао је да се ослободи вишка укидањем послова које запослени обављају према акту о њиховој систематизацији и уговору о раду, који кореспондирају са Одлуком о увођењу технолошких, економских или организационих промена. На тај начин би се идентификовао да је престала потреба за њиховим обављањем.

При томе, треба имати у виду и чињеницу да суд у радном спору за поништај отказа по наведеном основу, не може да цени оправданост и целисходност акта о спровођењу технолошких, економских или организационих промена. На ту тему је и у судској пракси која је показатељ спорних питања, у одлукама највиших судова изражено овакво правно становиште[43]. Када је реч о пословима које запослени обављају, они служе да се одреди позиција коју су вишкови имали у процесу рада и подаци о њима се заснивају на Правилнику о њиховој систематизацији. У хијерархији аката које је у обавези да донесе послодавац, посебно место припада Правилнику о организацији и систематизацији послова (обавеза доношења правилника не односи се на послодавца који има пет и мање запослених). Ради се о јединственом општем акту који представља правни основ организационог, економског и технолошког стања конкретног послодавца. Правилник доноси директор, односно предузетник. Оваквим одређењем отклоњене су непрецизности из претходног решења[44] у коме акт о систематизацији није означен као правилник, нити је одређено који орган послодавца доноси назначени акт, већ су само одређени елементи које такав акт садржи. Оваква несагласност намере законодавца са нормативним исходиштем у погледу претходног решења, отворило је питање правне природе тог акта[45].

ника у радном односу на неодређено време, уколико су намеравали да у календарској години откажу уговор за више од десет процената од укупног броја радника.

[43] Рев. II 236/05 од 19.04.2005. године

[44] Члан 13. Закона о раду из 2001. године

[45] Тако опредељен акт о систематизацији, довео је у питање до тада опште прихваћени став у нашој правној теорији и пракси о овом акту као општем правном

Остаје да констатујемо, ново законско решење овог акта, као Правилника о организацији и систематизацији послова који доноси директор, односно предузетник, отклања наведену дилему.

Остајући у режиму отпуштања вишка запослених када послодавац није дужан да донесе програм решавања вишка, сагледаћемо однос старог и новог законског решења. Очигледно је да се новим решењем изражава битно друкчија супстанца права, обавеза и одговорности. Стога, ово решење привлачи пажњу својом новом садржином. Из одредбе члана 153. став 1. Закона, произилази да социјалну подршку програма немају запослени исказани као вишак у следећим ситуацијама: прва, када би вишак износио од 1-20 запослених; друга, када би вишак износио од 1% - 9% запослених; трећа, када би вишак износио од 1-29 запослених; четврта, ако би вишак износио од 1-19 запослених.

Да ли су сви запослени равноправни у реструктурирању рада? Закону који има овакву одредбу не приличи да запослене у истој невољи дели на оне који имају и на оне који немају социјалну подршку. То није у складу ни са одредбама чл. 3. став 1. Уставне повеље СЦГ, односно члана 13. Устава Србије[46]. То још није све. Приговорити се може разлогом да послодавац који има мање вишка запослених од "мере" из одредбе члана 153., моћи ће да се ослободи вишка не само без програма, него и без обавезе да пре отказа настоји да запосленима обезбеди обављање других послова, односно да их оспособи за рад на другим пословима. Овакву заштиту права запослених предвиђао је претходни закон у одредби члана 101. став 3.[47] Ова одредба се не односи само на послодавца који има у радном односу на неодређено време мање од педесет запослених (члан 101. став 4.).

акту (види: З. Ивошевић - М. Ивошевић, Коментар Закона о радним односима, Београд 1998., страна 42)

[46] Проф. др Зоран Ивошевић, Правни факултет Универзитета Унион, Београд 2005. "Вишак запослених".

[47] Из те одредбе произилази да послодавац није дужан да учини понуду запосленом. Синтагму "обезбеђења обављање других послова" треба шире тумачити и испитати да ли је послодавац у конкретној ситуацији сагледавајући све околности био у могућности да запосленог који је вишак распореди на друго радно место. Доказивање ове чињенице пада на терет послодавца (Рев. II 236/05 од 19.04.2005. године)

С тим у вези, битно је истаћи да Директива број 98/59/ЕЗ, утврђује минималне стандарде, пре свега у погледу колективног отпуштања, што упућује на могућност њеног донормирања прописима матичне државе запосленог у смислу повољније одредбе за раднике (члан 5.). Правна теорија и судска пракса ће свакако на ту тему преузети одговорност за проналажење јаснијих смерница у смислу потпуније заштите вишка запослених и измену решења из постојеће легислативе.

Поштујући правила закона у систематици о вишку запослених, у даљем излагању, осврнућемо се на одредбе које регулишу право представника запослених на обавештавање и консултовање о планираном отпуштању вишка запослених и сам поступак отпуштања. Наиме, Законом о раду је предвиђена обавеза послодавца да, пре доношења програма решавања вишка запослених, у сарадњи са репрезентативним синдикатом код послодавца и Националном агенцијом за запошљавање, предузме одговарајуће мере за ново запошљавање вишка запослених (члан 154.), као и обавеза да синдикату и Националној агенцији за запошљавање достави предлог програма решавања вишка запослених, а ради давања мишљења (члан 155. став 2.). Утврђивање наведених обавеза обезбеђује имплементацију одредаба Директиве о обавези обавештавања представника запослених и надлежног државног органа о свим важнијим аспектима планираног отпуштања, будући да се у програму решавања вишка запослених утврђују разлози престанка потребе за радом запослених и укупан број и структура запослених код послодавца, успостављају критеријуми за утврђивање вишка запослених, предвиђају мере за запошљавање (нпр. премештај на друге послове, рад код другог послодавца, преквалификација или доквалификација или рад са непуним радним временом), одређују средства за решавање социјално-економског положаја вишка запослених и прецизира рок у коме ће им бити отказан уговор о раду[48].

Одредбом члана 156. Закона о раду предвиђена је обавеза послодавца да размотри и узме у обзир мишљење синдиката и предлоге мера које је Национална агенција за запошљавање израдила у циљу спречавања или смањења обима колективног отпуштања, као и мере за ново запошљавање вишка запослених. Наведене одредбе су усклађене са одредбама Ди-

[48] Члан 155. Закона о раду. Пропуштање послодавца да донесе програм решавања вишка запослених је, на основу члана 273. став 1. тач. 6., санкционисано као прекршај.

рективе, које се односе на обавезу консултовања представника запослених о колективном отпуштању у циљу постизања споразума (члан 2. став 1.), односно задатак надлежног државног органа да потражи решења за проблеме својствене планираном колективном отпуштању (члан 4. став 2.).

Одредбе Закона о раду којима је уређено отпуштање вишка запослених, сагласне су и са одредбама дела III Конвенције Међународне организације рада број 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца, који нормира престанак радног односа због економских, технолошких, структуралних и сличних разлога.

Задње одредбе о вишку запослених, односе се на отпремнину (члан 158.-160.).

Према члану 158. став 1. Закона о раду, послодавац је дужан да пре отказа уговора о раду, у смислу члана 179. тач. 9. тог закона, запосленом исплати отпремнину у висини утврђеној општим актом или уговором о раду. Овакво одређење значаја отпремнине, као претходног услова за отказ, доприноси превазилажењу неких недоумица које су се појавиле у примени претходног решења, као и отклањању његових терминолошких недостатака. Наиме, према одредби члана 117. став 1. Закона о раду из 2001. године, у случају отказа уговора о раду у смислу члана 101. став 1. тач. 8., послодавац је дужан да исплати отпремнину. Дакле, није садржан и прилог "пре отказа". Из наведеног произилази да цитирана одредба није тако строга, те ако је исплата отпремнине услов за престанак радног односа због технолошког вишка, изузеци су допуштени, па постоје случајеви да ће отказ бити пуноважан иако је отпремнина исплаћена после датог отказа. На темељу тога, за случај спора на ту тему, судови су дужни само да утврде да ли је запослени примио отпремнину пре подношења тужбе у радном спору за поништај отказа, што је довољан услов за валидност отказа (правно схватање Грађанског одељења Врховног суда Србије утврђено на седници од 30.11.2004. и од 31.01.2005. године).

За разлику од претходног решења које је било спорно у примени, ново законско решење експлиците садржи дужност послодавца да пре отказа уговора о раду по наведеном основу, запосленом исплати отпремнину. Прилог "пре" показује не само временски редослед између исплате отпремнине и отказа, већ и претходни услов отказа. Томе је у прилог и одредба члана 160. која одређује да запослени коме послодавац после исплате отпремнине из члана 158. овог закона откаже уговор о раду због пре-

станка потребе за његовим радом, остварује право на новчану накнаду и право на пензијско и инвалидско осигурање и здравствену заштиту у складу са прописима о запошљавању. Дакле, претходна исплата отпремнине је неопходан услов за ваљаност отказа, а њена неисплата довољан разлог за поништај акта о отказу. Исплатом припадајуће отпремнине након престанка радног односа (нпр. до подношења тужбе суду) послодавац не може отклонити учињену повреду права запосленог и тако конвалидирати раније донето незаконито решење о отказу уговора о раду. Суд, уосталом, законитост акта о отказу цени према стању материјално-правног односа у моменту његовог доношења и поводом спора о томе није овлашћен да уређује те односе, већ само цени његову законитост.

Да судска пракса не би кренула против закона, утврђено правно схватање (о исплати отпремнине до подношења тужбе) не би имало правну вредност у режиму новог Закона о раду. Међутим, не би требало да буду спорни следећи случајеви: 1) кад постоји грешка у обрачуну а код послодавца не постоји намера да запосленог оштети; 2) ако је исплата извршена касније као резултат споразума између послодавца и запосленог. У другом случају је изузетак могућ, зато што је радни однос по дефиницији уговорни однос. Уговор о раду није само акт заснивања и уређивања радног односа, он је и двострано обавезан теретни посао чији је предмет сам рад, а с тим у вези права, обавезе и одговорности у значењу онога што представља предмет воље уговарача. Због саме природе овог правног посла, коме се не може оспорити и уговорна природа, као супсидијарни пропис примењују се одговарајуће одредбе Закона о облигационим односима (у овом случају уговорног права). С тим у вези, уговорне стране се могу поравнати и у складу са начелом аутономије воље могу уговорити исплату отпремнине са различитим роковима и условима. Исто тако, не би смело да произведе ништавост отказа ни у случају када је послодавац пре отказа понудио исплату отпремнине, али је то запослени одбио.

Када је реч о висини отпремнине, критеријуми су одређени у члану 7. став 2. Закона о изменама и допунама Закона о раду[49]. Према овој одредби, отпремнина не може бити нижа од збира трећине зараде запосленог за сваку навршену годину рада у радном односу за првих десет година проведених у радном односу и четвртине зараде запосленог за сваку на-

[49] "Сл. гласник РС" бр. 69/05

редну навршену годину рада у радном односу преко десет година проведених у радном односу.

Из интерпретације норме произилази да је критеријум за висину отпремнине укупан број година проведених у радном односу, без обзира где је (код ког послодавца) запослени стекао стаж.

Да ли се у обрачун отпремнине, узима као обрачунска категорија бруто или нето зарада запосленог? На ово питање је оговорено кроз изражено правно становиште у једној одлуци која је била на евиденцији судске праксе[50]. Према израженом становишту за обрачун отпремнине технолошком вишку, узима се нето зарада, по одбитку пореза и доприноса социјалног осигурања (здравствено, пензијско и осигурање за случај незапослености) који падају на терет запосленог као обвезника плаћања како код зараде, тако и отпремнине.

Мислим да се аргумент за овакво схватање налази у одредби члана 109. Закона о пензијско-инвалидском осигурању[51], према којој се у матичну евиденцију уносе подаци о стажу осигурања, зарадама, накнадама зарада, односно основицама осигурања, уговореним накнадама и другим накнадама које служе за одређивање права. То значи да се на отпремнину исплаћену по основу технолошког вишка плаћају доприноси у складу са Законом о пензијско-инвалидском осигурању, из чега произилази да се подаци о висини исплаћене отпремнине у конкретном случају као и износ доприноса који су на ту отпремнину исплаћени, уносе у образац М-4 за годину у којој је отпремнина исплаћена.[52]

Не предвиђамо ризик пропуста да се осврнемо на отказ од стране послодавца због технолошког вишка и посебну заштиту од отказа, јер без тога обрада насловљене теме не би имала смисла.

Отказ у случају вишка запослених

Одредбом чл. 179. став 1. тач. 9. Закона о раду прописано је да послодавац може запосленом да откаже уговор о раду ако за то постоји

[50] Гзз. 45/05 од 15.09.2005. године

[51] "Сл. гласник РС" бр. 34/03 и 64/04

[52] Подвукао аутор

оправдани разлог који се односи на радну способност запосленог, његово понашање и потребе послодавца, и у случају ако услед технолошких, економских или организационих промена престане потреба за обављањем одређеног посла или да дође до смањења обима посла.

Најпре да укажемо да у процедури давања отказа по основу технолошког вишка, закон не предвиђа обавезу послодавца да донесе и одлуку о престанку потребе за радом конкретног запосленог нити двостепеност у одлучивању. Међутим, послодавац може такве одлуке донети из разлога целисходности, али су оне по својој правној природи декларатoрног карактера. За разлику од њих, одлука о отказу уговора о раду по назначеном основу је конститутивни акт и оцена законитости тог акта је неизбежна, јер је прописана законом, уколико запослени покрене спор пред надженим судом у смислу чл. 195. Закона.

Наведено законско одређење за отказ, подразумева отпуштање запосленог које није у вези са радном способношћу запосленог и његовим понашањем (не приписују се запосленом) већ потребама послодавца (технолошке, економске или организационе промене). Ове промене морају бити утврђене јер оне условљавају престанак потребе за обављањем одређеног посла или смањење обима посла[53].

Исказивање броја запослених који су вишак врши се на основу Правилника о организацији и систематизацији послова, којим се утврђује, који је то број запослених који ће у новонасталим околностима бити довољан за обављање послова код послодавца.

Неиспуњење ових услова производи ништавост акта о отказу по наведеном основу. Уосталом, без овога послодавац не може ни знати да ли је или није у обавези да приступи доношењу програма.

Међутим, у пракси су могуће злоупотребе од стране послодавца. На замку може да наведе промена назива послова у новој систематизацији, који су постојали у истом обиму са једнаким бројем извршилаца исте стручне спреме и у претходној систематизацији. То се може видети на

[53] Закон не предвиђа програм или елаборат који би дефинисали промене, али подразумева. Ове промене закон види само као део програма решавања вишка запослених, који се односи на разлоге престанка потребе за радом запослених

примеру из једне ревизијске одлуке[54]. Из образложења: "Ранијом систематизацијом у наведеној саобраћајној служби, између осталих, били су предвиђени послови "шеф саобраћаја" са једним извршиоцем. Ови послови под другим називом "шеф саобраћајне службе" предвиђени су и новом систематизацијом. Услови у погледу стручне спреме су исти. Тужиоцу је отказан уговор по основу технолошког вишка, а на исте послове под другим називом у новој систематизацији примљен је у радни однос нови радник".

У судској пракси су евидентирани случајеви отказа запосленом "технолошком вишку", а послови на које је био распоређен нису престали, није ни смањен њихов обим нити су спојени са другим пословима, да би у новој систематизацији био распоређен други радник истог предузећа[55].

Треба имати у виду и чињеницу да део организованог процеса рада у оквиру предузећа (радне јединице, погони, филијале и др.) нема својство правног лица, нити се сматра послодавцем у смислу члана 5. став 2. Закона о раду, па се у том оквиру не могу утврђивати вишкови запослених нити доносити одлуке о отказу[56].

За случај спора на ту тему судови су дужни да испитају све околности које фактичка ситуација подразумева и да санкционишу овакве злоупотребе поништајем отказа уговора о раду.

Када послодавац није дужан да донесе програм решавања вишка запослених (којих је мање од "мере" из закона), проблем може настати у примени мерила код персонификације запослених (упоједињење именима и презименима) који раде на истим пословима чији је обим смањен услед чега је исказан вишак. Нпр. на истим пословима ради десет извршилаца. Услед смањења обима посла због промена (технолошких, организационих или економских) довољна је упосленост седам извршилаца. Три извршио-

[54] Рев. II 1025 од 10.12.2003. године

[55] Рев. II 1501/03 од 21.01.2004. године

[56] Рев. II 1678/03 од 03.03.2004. године. Из образложења: "Тужена "Војвођанска банка" је правно лице са правима, обавезама и одговорностима утврђеним Законом о банкама и другим финансијским организацијама, уговором и статутом. Такво правно лице се сматра послодавцем у смислу чл. 4. Закона о раду из 2001. године, који је једини био овлашћен да утврђује технолошки вишак и доноси одлуке о отказу. Филијала банке нема то својство па у оквиру ње се није могао утврђивати технолошки вишак, већ једино на нивоу тужене банке"

ца су у болном статусу "прекобројних". Који ће то бити? Закон не прописује критеријуме[57], они вреде само у програму решавања вишка запослених и тада битно утичу на законитост акта о вишку запослених.

У наведеном примеру свих десет извршилаца су равноправни у реструктурирању рада, али и пред овим законом који, чланом 19. став 1. забрањује да се запослени "ставља у неповољнији положај у односу на друга лица у истој или сличној ситуацији". Зато мислим да се критеријуми морају примењивати увек, јер би у супротном то било продукт волонтаризма и субјективности. Ове критеријуме послодавац може утврдити слободно, уз поштовање законом утврђених ограничења.

Отпуштање вишка запослених у режиму програма решавања вишка, одређује се у односу на укупан број запослених код послодавца[58], који су закључили уговор о раду на неодређено време. Ово произилази из одредбе члана 153. став 1. Закона. Она се не примењује на запослене који су закључили уговор о раду на одређено време или ради извршавања одређених задатака.

Будући да се у програму решавања вишка запослених утврђују разлози престанка потребе за радом запослених и укупан број и структура запослених код послодавца, критеријуми за утврђивање вишка запослених утврђују разлози престанка потребе за радом запослених и укупан број и структура запослених код послодавца, критерујуми за утврђивање вишка и мере за запошљавање, непоштовање ове дужности послодавца одражава се на законитост отказа. С тим у вези је дужност послодавца да претходно достави предлог програма синдикату из члана 154. овог закона и републичкој организацији надлежној за запошљавање, ради давања мишљења.

Међутим, када синдикат не достави мишљење послодавцу, он га на то не може натерати, биће ипак довољно да је предлог програма доста-

[57] У одлуци Рев. II 1395/05 од 27.12.2005. године, изражено је становиште да законом нису прописани критеријуми за утврђивање вишка запослених без доношења програма, већ је то једино условљено престанком потребе за обављањем одређеног посла. Одређивање запослених који су вишак је у надлежности послодавца

[58] Када се ради о зависном друштву, као делу матичног предузећа вишак се утврђује у односу на укупан број радника у том делу, без обзира да ли је менаџмент дела овлашћен да самостално доноси одлуке о колективном отпуштању запослених

вљен синдикату. Ако је то учињено, програму се не може приговорити и кад мишљење није приспело.

Дилему о законитости отказа могу изазвати одредбе члана 182. Закона, о њеној примени. Према овим одредбама, ако откаже уговор о раду запосленом у случају из чл. 179. тач. 9. овог закона, послодавац не може на истим пословима да запосли друго лице у року од шест месеци од дана престанка радног односа (став 1.). Ако пре рока из става 1. овог члана настане потреба за обављањем истих послова, предност за закључење уговора о раду има запослени коме је престао радни однос (став 2).

Истозначне одредбе су садржане и у претходном закону (члан 101. став 5. и 6), с тим што је одређен рок забране од три месеца.

Из наведене одредбе произилази да она није до те мере строга да би у сваком случају њеног непоштовања постојала незаконитост акта о претходно датом отказу запосленом на истим пословима. У њој се не налази изричито прописана санкција као разлог ништавости датог отказа. Наиме, постоје потребе процеса рада које нису константне, оне се мењају у одређеном временском периоду. Овом нормом само је стављено ограничење послодавцу да уколико пре истека наведеног рока настане потреба за обављањем истих послова, бивши запослени има само предност приликом запошљавања. После истека рока он би био у равноправном положају са осталим кандидатима при запошљавању.

У погледу обавеза исплате зараде и накнаде зараде, у смислу члана 186. Закона, послодавац је дужан да запосленом, у случају престанка радног односа, исплати све неисплаћене зараде, накнаде зараде и других примања, које је запослени остварио до дана престанка радног односа у складу са општим актом и уговором о раду (став 1.). Исплату обавезе из става 1. овог члана, послодавац је дужан да изврши најкасније у року од 30 дана од дана престанка радног односа.

Из садржине норме је јасно да престанак радног односа па и у случају технолошког вишка, није условљен овим исплатама. Међутим, спорност је настала у примени решења из претходног закона (члан 106.) по коме, послодавац је дужан да изврши назначене исплате до дана престанка радног односа. Решење у том случају налазимо у једној ревизијској одлу-

ци[59]. Према израженом правном становишту, употреба овог отказног разлога није условљена исплатама зараде и накнада, већ се ради о новчаним потраживањима из радног односа, па даном престанка радног односа послодавац само пада у доцњу у погледу потраживања запосленог.

У погледу заштитних категорија, закон предвиђа посебну заштиту од отказа одређеним лицима за одређени период времена. Ова забрана се односи на запослене за време трудноће, породиљског одсуства, одсуства са рада ради неге детета и одсуства са рада ради посебне неге детета (члан 187. став 1. Закона). Посматрано у светлу посебне заштите забрана отказа је установљена и за представнике запослених за време обављања функције и годину дана по престанку функције, и то: 1) члану савета запослених и представнику запослених у управном и надзорном одбору послодавца; 2) председнику синдиката код послодавца; 3) именованом или изабраном синдикалном представнику (члан 188. став 1. Закона). Одредба става 2. наведеног члана, која се односи на могућност отказа овим лицима ако не поступе у складу са законом, општим актом и уговором о раду, нема значаја за отказ по основу технолошког вишка јер се он по својој природи не односи на разлоге који се могу приписати запосленом.

Међутим, постоји једна могућност отказа овим лицима, уз сагласност министарства ако одбију понуђени посао у смислу члана 171. став 1. тач. 4. овог Закона. Напомена - члан 171. се односи на измену уговорених услова рада (односно разлога за измену) конкретно - 4) ако је запосленом који је вишак обезбедио остваривање права из члана 155. став 1. тач. 5) (мере за запошљавање: премештај на друге послове, рад код другог послодавца, преквалификација или доквалификација, непуно радно време али не краће од половине пуног радног времена и друге мере).

У том случају отказни разлог се налази у одредби члана 179. тач. 7) ако запослени одбије закључење анекса уговора о раду у смислу члана 171. став 1. тач. 1.) - 4) овог закона.

Значајно је истаћи, да посебна заштита наведених лица не утиче на утврђивање вишка и ових запослених нити на доношење програма решавања вишка, већ подразумева забрану отказа по том основу само за временски период одређен законом.

[59] Рев. II 69/06 од 09.12.2006. године

За разлику од ове законске регулативе, претходни Закон о раду није садржао правно решење о посебној заштити од отказа синдикалних представника. Нижестепени судови су се о томе кроз своје одлуке различито изјашњавали. Одговор на то питање био би следећи: синдикални представник ужива посебну заштиту па му не може престати радни однос због "технолошког вишка" нити може бити распоређен на неповољније радно место[60]. Ова заштита се обезбеђује директном применом Конвенције Међународне организације рада број 135 о заштити и олакшицама које се пружају представницима радника у предузећу[61] и Препоруци број 140 о радничким представницима (одељак III тач. 5) по којима раднички представници уживају заштиту од сваког штетног поступка по њих, посебно отпуштања са посла. С обзиром да ратификацијом Конвенција постаје саставни део унутрашњег права, то она у смислу члана 10. и 16. Уставне повеље има примат над домаћим правом.

Поред заштите од отказа установљене законом, послодавац може општим актом и уговором о раду одредити заштиту под одређеним условима и за нека друга лица[62]. Одредбом члана 8. став 2. Закона о раду је прописано да општим актом и уговором о раду могу да се утврде већа права и повољнији услови рада од права и услова утврђених законом, као и друга права која нису утврђена законом, осим ако законом није друкчије одређено. У конкретном случају, Закон о раду у делу нормативног уређења посебне заштите од отказа није искључио могућност заштите и неких других лица под одређеним условима. Аргумент налазимо и у члану 5. Директиве Савета 98/59/ЕЗ по коме су државе чланице Уније слободне да домаћим прописима предвиде правна решења која су повољнија за запослене. Повољнија решења могу, такође, бити предвиђена и колективним уговорима о раду закљученим између социјалних партнера.

---

[60] Рев. II 1087/04 од 17.11.2004. године

[61] Ратификована законом "Сл. лист СФРЈ" бр. 14/82

[62] Рев. II 130/06 од 28.06.2006. године. Из образложења: "У конкретном случају тужени је сам дао већа права запосленима који су у непрекидном радном односу дуже од 20 година (посебни колективни уговор удружења банака и других финансијских организација - члан 47. и Правилник о раду "Комерцијалне банке" А.Д. у Београду из 2003. године - члан 41. став 2., које им није дао Закон о раду из 2001. године, због чега је морао да испоштује процедуру коју је сам предвидео"

Шта је са заштитом запосленог инвалида? Које су обавезе послодавца према запосленом код кога је утврђена инвалидност, одређено је чланом 101. Закона. Наиме, запосленом инвалиду рада послодавац је дужан да обезбеди обављање послова према преосталој радној способности. Ако у складу са прописима о пензијском и инвалидском осигурању буде утврђено да код запосленог постоји опасност од настанка инвалидности на одређеним пословима - послодавац је дужан да обезбеди обављање другог одговарајућег посла. Послодавац може да откаже уговор о раду запосленом који одбије да прихвати посао у смислу члана 101. овог Закона (члан 102.).

Као што се види, закон не предвиђа посебну заштиту запосленом инвалиду рада у случају технолошког вишка и отказа по том основу. Међутим, нема законских сметњи да се и за ову категорију запослених (инвалида рада II и III категорије), општим актом или уговором о раду предвиди посебна заштита, о чему је било речи.

Не би било оправдано да се у контексту овог рада не осврнемо на престанак радног односа прихватањем понуде из социјалног програма.

Одредбом члана 155. став 1. тач. 5) означене су мере за запошљавање али завршни део исказа гласи "и друге мере". Ове друге мере, допуњују законом предвиђене мере запошљавања радника за чијим је радом престала потреба. У друге мере, између осталог, спадају и аутохтоне мере које се од случаја до случаја пројектују у склопу приватизације, разним социјалним програмима. Оне решавају проблем вишка запослених, као и законске, ако је запослени пристао на њихову примену[63]. Ако запослени прихвати понуду из социјалног програма "испада" из правног режима решавања вишка запослених. При томе је неважно да ли је социјални програм повољнији од законског режима или обрнуто. У погледу реченог произилази да се законски режим отказа због технолошког вишка и престанка радног односа прихватањем понуде из социјалног програма, искључују.

Коначно, по неком логичном редоследу излагања, не може остати по страни и оно што би припадало резултату анализе правних решења о технолошком вишку у Закону о раду а то је следећи

[63] Социјални програм се заснива на принципу добровољности. Оно што се њиме нуди не мора бити прихваћено

З А К Љ У Ч А К

Законска решења показују да би њиховом применом могли бити остварени услови, које им је определио законодавац. Тиме је обезбеђен наставак реформе домаћег радног права у правцу даљег афирмисања уговорне и тржишне концепције радних односа и обезбеђивања услова за примену ратификованих конвенција Међународне организације рада, односно за даље усклађивање домаћег законодавства са релевантним правним прописима Европске уније.

Правна решења из закона доприносе превазилажењу неких недоумица које су се појавиле у примени претходног закона, као и отклањању његових структурних недостатака. Међутим, иако су ова решења боља од претходних и она остављају простор за заобилажење адекватног решавања вишка запослених. Правна теорија ће свакако преузети одговорност за проналажење јаснијих смерница којима ће се судска пракса руководити у примени ових решења. Стога је потпуно оправдано веровати да ће, у свом даљем развоју, убрзо разрешити дилеме о којима је у овом раду било речи.

Лидија Ђукић,
судија Окружног суда у Новом Саду

НЕЗАКОНИТ ОТКАЗ

УВОД

Радни однос је правни однос запосленог и послодавца уређен законом, колективним уговором (правилником о раду) и уговором о раду. Запослени по основу радног односа остварује право на рад, а по основу рада право на зараду односно извор материјалне и социјалне сигурности за себе и своју породицу. Стога је престанак радног односа изузетно значајно питање и није случајно да Устав Републике Србије одредбом члана 35. став 4. прописује да запосленима може престати радни однос против њихове воље под условима и на начин утврђен законом и колективним уговором. Колективни уговори (општи, посебни и колективни уговор код послодавца), правилник о раду и уговор о раду морају бити у сагласности са законом.

Уговором о раду закљученим између запосленог и послодавца заснива се и уређује радни однос запосленог. Током трајања радног односа на иницијативу запосленог или послодавца може доћи до престанка радног односа запосленог. Престанак радног односа на иницијативу запосленог ретко, а на иницијативу послодавца врло често је споран правни однос који се разрешава у поступку пред судом. Ако запослени поводом престанка радног односа затражи судску заштиту, суд ће одлучити да ли је престанак радног односа био законит или незаконит. Кад суд утврди да је престанак радног односа био незаконит, правне последице незаконитости одређене су одредбом члана 191. Закона о раду[1] која има управо такав наслов: незаконит отказ.

Правне последице незаконитог отказа

Утврђена незаконитост отказа (поништај акта о отказу или престанку радног односа) значи да је послодавац повредио право запосленог.

[1] "Службени гласник РС" број 24/05 и 61/05

Повреда права запосленог постоји кад послодавац донесе одлуку или предузме радњу која није у складу са законом или општим актом.[2] Стога послодавац мора да отклони последице незаконитог отказа у поступку реинтеграције запосленог. Реинтеграција запосленог подразумева не само поновно укључивање запосленог у процес рада и успостављање прекинутог радног односа, већ и друга његова права и с тим у вези обавезе послодавца чија садржина је одређена чланом 191. Закона о раду.

Одредбом члана 191. Закона о раду је прописано да ако суд донесе правоснажну одлуку којом је утврђено да је запосленом незаконито престао радни однос, суд ће одлучити да се запослени врати на рад, ако запослени то захтева (став 1).

Поред враћања на рад, послодавац је дужан да запосленом исплати накнаду штете у висини изгубљене зараде и других примања која му припадају по закону, општем акту и уговору о раду и уплати доприноса за обавезно социјално осигурање (став 2).

Накнада штете умањује се за износ прихода које је запослени остварио по основу рада, по престанку радног односа (став 3).

Ако суд утврди да је запосленом незаконито престао радни однос, а запослени не захтева да се врати на рад, суд ће на његов захтев обавезати послодавца да запосленом исплати накнаду штете у износу од највише 18 зарада које би запослени остварио да ради, и то зависно од времена проведеног у радном односу и година живота запосленог, као и броја издржаваних чланова породице (став 4).

Одлуку из става 4. овог члана суд може донети и на захтев послодавца, ако постоје околности које оправдано указују да наставак радног односа, уз уважавање свих околности и интереса обе уговорне стране, није могућ, с тим да се накнада штете запосленом досуђује у двоструком износу од износа који се утврђује у складу са ставом 4. овог члана (став 5).

Послодавац и запослени могу поднети захтев из ст. 4. и 5. овог члана до окончања главне расправе пред судом (став 6).

[2] Проф. др Зоран Ивошевић, Милан Ивошевић, Коментар Закона о раду, ЈП "Службени гласник", 2006. година, страна 312

Наведена норма је до сада најпотпуније законско уређивање правних последица незаконитог отказа. У дугом периоду прописи[3] из области рада нису посебном нормом одређивали правне последице незаконитог престанка радног односа. Тек је претходни Закон о раду[4], чланом 108, посебно одредио правне последице незаконитог отказа, а члан 191. важећег Закона о раду у свом основном тексту[5] је био незнатно измењени члан 108. ранијег Закона о раду. Чланом 10. Закона о изменама и допунама Закона о раду[6], измењен је став 1. члана 191. и исти је допуњен додавањем ставова 4, 5. и 6, тако да одредба члана 191. важећег Закона о раду у напред наведеном интегралном тексту је на снази од 19. јула 2005. године.

Враћање на рад, накнада штете и уплата доприноса су права која има запослени коме је незаконито престао радни однос (ставови 1. и 2. члана 191). То су правне последице незаконитог отказа. Од овог правила постоји изузетак који се тиче права на враћање на рад, јер, и кад је утврђена незаконитост отказа, да ли ће запослени остварити право на враћање на рад зависи од њега, али и од послодавца и коначно од одлуке суда. Наиме, право запосленог на враћање на рад одлуком суда може бити супституисано (замењено) правом на накнаду штете, по захтеву запосленог или послодавца (ставови 4. и 5. члана 191). Прописано ставовима 4. и 5. члана 191. је новина нашег радног законодавства са ослонцем у Конвенцији Међународне организације рада број 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца, која је усвојена 22. јуна 1983. године. Наша земља је ратификовала ову Конвенцију[7] чиме је постала део унутрашњег права. Чланом 10. Конвенције је предвиђено да ако тела из члана 8.[8] ове конвенције оцене да је престанак радног односа неоправдан и ако нису овлашће-

[3] Закон о удруженом раду ("Сл. лист СФРЈ" број 53/76); Закон о основним правима из радног односа ("Сл. лист СФРЈ" број 60/89); Закон о радним односима (("Сл. гласник РС" број 45/91); Закон о основама радних односа ("Сл. лист СРЈ" број 29/96); Закон о радним односима ("Сл. гласник РС" број 55/96).

[4] "Службени гласник РС" број 70/01 и 73/01

[5] "Службени гласник РС" број 24/05

[6] "Службени гласник РС" број 61/05

[7] "Службени лист СФРЈ" - Међународни уговори број 4/84

[8] Члан 8. став 1. Конвенције - тела која одлучују о оправданости престанка радног односа (суд, раднички суд, арбитражни комитет или арбитар).

на или сматрају да је неспроводљиво да, у складу са националним законодавством и праксом, прогласе престанак радног односа неважећим, односно наређе или предложе враћање радника на посао, она ће бити овлашћена да наређе исплату одговарајуће накнаде или неког другог давања које се може сматрати одговарајућим.

Враћање на рад и супституисање враћања на рад (накнада штете)

Кад у поступку за оцену законитости отказа суд утврди да је исти био незаконит има релативно једноставан задатак да одреди враћање запосленог на рад уколико је запослени такав захтев поставио (став 1. члана 191) и уколико послодавац није поставио захтев за супституисање враћања на рад накнадом штете (став 5. члана 191).

Међутим, право је запосленог да уместо захтева за враћање на рад стави захтев за накнаду штете у складу са ставом 4. члана 191. Закона о раду. Ова одредба даје могућност запосленом да бира између враћања на рад и накнаде штете. Суд у овом случају нема овлашћење да улази у избор запосленог тј. разлоге (мотиве) којима се руководио да постави један или други захтев. Реч је о томе да се захтеви за враћање на рад и накнаду штете искључују, јер је јасно прописано да ако запослени не захтева да се врати на рад, суд ће на његов захтев обавезати послодавца да запосленом исплати накнаду штете. Дакле, суд одлуком о накнади штете супституише одлуку о враћању на рад и не расправља посебно о основу ове накнаде штете, јер је основ незаконит отказ. Заправо, захтевом из става 4. запослени своје право на враћање на рад по основу незаконитог отказа замењује правом на накнаду штете[9].

Постављени захтев за накнаду штете у смислу става 4. члана 191. одлуку суда о накнади штете своди на одлучивање о висини штете. Критеријуми о којима суд мора да води рачуна при одређивању висине штете прописа-

[9] У предмету Општинског суда у Новом Саду, посл. бр. П. 6495/05, у току је поступак у којем је тужилац (запослени) уместо враћања на рад поставио захтев за накнаду штете у смислу става 4. (18 зарада: 997.602, 00 динара), поред захтева за накнаду штете у смислу става 2. (ван радног односа тужилац је био 22 дана). Време проведено у радном односу је 18 година и 4 месеца, 44 године живота, издржава двоје малолетне деце.

ни су предметном одредбом: време које је запослени провео у радном односу, године живота запосленог и број издржаваних чланова породице. Осим критеријума, одређен је и максималан износ ове штете и основица за обрачун: највише 18 зарада које би запослени остварио да ради.

Друга могућност за супституисање враћања на рад накнадом штете је предвиђена ставом 5. члана 191. У примени ове одредбе задатак суда је сложенији него у примени става 4. члана 191.

Одредба става 5. члана 191. гласи: одлуку из става 4. овог члана суд може донети и на захтев послодавца, ако постоје околности које оправдано указују да наставак радног односа, уз уважавање свих околности и интереса обе уговорне стране, није могућ, с тим да се накнада штете запосленом досуђује у двоструком износу од износа који се утврђује у складу са ставом 4. овог члана.

И у овом случају суд има утврђену незаконитост отказа и, с једне стране, захтев запосленог за враћање на рад, а с друге стране, захтев послодавца да се враћање запосленог на рад супституише накнадом штете из става 4. О захтеву послодавца суд мора да расправља пре одлуке о супституисању. Расправљање значи утврђивање постојања "околности које оправдано указују да наставак радног односа, уз уважавање свих околности и интереса запосленог и послодавца, није могућ". Послодавац мора уз захтев да истакне околности које указују да наставак радног односа запосленог није могућ. За очекивати је да ће се запослени противити захтеву послодавца, с обзиром да је ставио захтев за враћање на рад, а није тражио накнаду штете из става 4, што значи да је његов избор (жеља) да настави радни однос код послодавца. Стога суд има задатак да цени оправданост утврђених околности у смислу да ли исте воде закључку да наставак радног односа запосленог није могућ с тим да истовремено води рачуна о интересима и запосленог и послодавца. Наглашавање сложености задатка суда је због чињенице широког одређења "околности које оправдано указују" и "околности и интереси запосленог и послодавца", а и због тога што је право запосленог на враћање на рад у случају незаконитог отказа правило. Супституисање права на враћање на рад накнадом штете по захтеву послодавца је изузетак од правила па би суд при разрешавању оваквих спорних односа морао да има у виду и начело рестриктивног тумачења изузетака.

Након што суд закључи да по захтеву послодавца има места супституисању враћања на рад накнадом штете доноси одлуку о накнади

штете с тим што је сада реч о двоструком износу из става 4. односно максималан износ је 36 зарада. Одлучујући о висини штете у смислу става 5. суд води рачуна о критеријумима из става 4, јер став 5. започиње речима "одлуку из става 4. овог члана", дакле, одлуку о висини штете према критеријумима из става 4. Критеријуми су исти и основица за обрачун је иста, само је максималан износ различит.

У вези са напред реченим поставља се питање процесне форме захтева из става 5. и одлуке суда. У суштини захтевом из става 5. послодавац тражи да суд уместо враћања на рад одреди накнаду штете на његов терет, а у корист запосленог, тј. да једно право запосленог буде замењено другим. Стога одредница из става 5. "захтев" значи тражење које послодавац може учинити и простом, али јасном и образложеном изјавом којом иницира расправљање по одредби става 5. Правни закључак суда о неоснованости захтева послодавца води усвајању већ постављеног захтева запосленог за враћање на рад. Али, уколико суд нађе да послодавац основано захтева супституцију то ће водити одбијању захтева запосленог за враћање на рад[10] и досуђивању накнаде штете запосленом у складу са ставовима 4. и 5. члана 191. Запослени и послодавац могу поднети захтев за супституцију до окончања главне расправе (став 6. члана 191).

Ставовима 4. и 5. члана 191. Закона о раду одређени су максимални износи накнаде штете: по захтеву запосленог највише 18 зарада, а по захтеву послодавца највише 36 зарада. Кад запослени у смислу става 4. определи висину накнаде штете у максималном или нижем износу суд одлучује у границама постављеног (тужбеног) захтева[11]. Међутим, могуће је и врло вероватно, да послодавац определи висину штете у износу нижем, чак много нижем од максималног, а да суд нађе да има основа за супституцију односно досуђивање накнаде штете запосленом. Значи, питање је да ли је суд у погледу висине везан евентуалним предлогом послодавца. Другим речима, ако послодавац предлаже одлуку о накнади штете у висини нпр. 10 зарада да ли суд може досудити штету у висини нпр. 20 зарада. С обзиром на правно дејство захтева послодавца (иницирање расправљања о супституцији), суд није везан његовим евентуалним предлогом о ви-

[10] Члан 330. став 1. Закона о парничном поступку ("Службени гласник РС" број 125/04)

[11] Члан 3. став 1. Закона о парничном поступку

сини штете. Захтев послодавца за супституцију је специфичан захтев који свој основ има у материјалном пропису, а исти материјални пропис даје овлашћење суду да донесе одлуку којом једно право запосленог супституише другим, и поред чињеница да је отказ незаконит и да се запослени противи супституцији. Такође, материјални пропис одређује максималан износ штете, критеријуме за одмеравање висине у оквиру максимума и основицу за обрачун па нема оправдања за релевантност евентуалног предлога послодавца о висини штете. Осим овога, расправљање суда о основаности захтева послодавца може знатно продужити поступак, па ако суд закључи да има места супституцији било би нерационално и нецелисходно не одредити исту само због ниско (нереално) опредељеног предлога послодавца у погледу висине. Стога послодавци који се определе на постављање захтева у смислу става 5. члана 191. морају бити свесни ризика да њихов евентуални предлог суду у погледу висине ове штете не везује суд и да је могуће да суд одреди највиши законом прописани износ.

Накнада штете

Запослени коме је незаконито престао радни однос има право на накнаду штете у смислу става 2. члана 191. Закона о раду који прописује да поред враћања на рад, послодавац је дужан да запосленом исплати накнаду штете у висини изгубљене зараде и других примања која му припадају по закону, општем акту и уговору о раду. Послодавац је дужан да ову штету надокнади по општим начелима о одговорности за штету, значи, релевантним одредбама Закона о облигационим односима.

Одговорност послодавца за накнаду штете проузроковане незаконитим престанком радног односа, по својој правној природи, је субјективна одговорност, дакле, одговорност по основу кривице послодавца[12]. Правило о субјективној одговорности садржи члан 154. став 1. ЗОО који прописује да ко другоме проузрокује штету дужан је накнадити је, уколико не докаже да је штета настала без његове кривице. У случају незаконитог престанка радног односа постоје општи услови за одговорност послодавца по основу кривице: штетна радња је незаконити акт о престанку радног

[12] Милева Гајинов, Накнада штете проузроковане незаконитим престанком радног односа и професионалном болешћу, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, број 2/1998

односа, штета је изгубљена зарада и друга примања, узрочна веза између штетне радње и штете је у томе да је због незаконитог акта послодавца запослени био онемогућен да ради и остварује зараду и друга примања из радног односа. Због незаконитог престанка радног односа запослени у периоду од дана престанка радног односа до дана враћања на рад није радио и трпео је штету у виду неостварене зараде и других примања.

Према садржини става 2. члана 191. Закона о раду послодавац је дужан да исплати само материјалну штету. На ово упућује одредница "у висини изгубљене зараде и других примања" из које се даље може закључити да се материјална штета накнађује по правилима о потпуној накнади из члана 190. ЗОО која треба да обезбеде да се материјална ситуација запосленог доведе у оно стање у коме би се налазила да није било незаконитог престанка радног односа.

Износ неостварене зараде и других примања опредељује висину штете. Изгубљена зарада коју је послодавац дужан да надокнади је основна зарада, али и увећана зарада (рад у време празника, рад ноћу и у сменама, прековремени рад). Јер, ако је запослени по природи послова које је обављао пре престанка радног односа остваривао право на увећану зараду, основана је претпоставка да би и у преиоду када је био ван радног односа због незаконитог отказа, остваривао право на увећану зараду. Друга примања су она која су предвиђена законом (отпремнина при одласку у пензију, трошкови погребних услуга у случају смрти члана уже породице, регрес за коришћење годишњег одмора, накнада за исхрану у току рада)[13] или предвиђена општим актом и уговором о раду (поклон деци, премије за добровољно додатно пензијско осигурање[14], јубиларна награда, солидарна помоћ[15] или друга давања).

Кривица, као основ одговорности послодавца за материјалну штету због незаконитог престанка радног односа, се претпоставља. Али, послодавац се може ослободити од одговорности за штету ако докаже да је штета настала без његове кривице, јер претпоставка кривице послодавца је оборива. Реч је о томе да, иако је утврђена незаконитост престанка радног односа, постоји околност на страни запосленог која прекида узрочну

[13] Члан 119. став 1, тач. 1 и 2, члан 118. тач. 5. и 6. Закона о раду (дужност исплате)

[14] Члан 119. став 2. и 5. Закона о раду (могућност исплате)

[15] Члан 120. тач. 1. Закона о раду (могућност исплате)

везу између акта о престанку радног односа и проузроковане штете. Пример таквих околности на страни запосленог су душевна болест и правоснажна осуђујућа кривична пресуда.

Предузеће које није знало нити је могло знати да радник због душевне болести није у стању да схвати значај својих радњи и управља својим поступцима није одговорно за штету коју он претрпи због престанка радног односа[16].

Послодавац није одговоран за накнаду материјалне штете запосленом који је правоснажном пресудом осуђен за кривично дело крађе имовине послодавца због које је против њега вођен дисциплински поступак, када је због застарелости тог поступка поништена дисциплинска мера престанка радног односа[17].

Послодавац није одговоран за накнаду материјалне штете запосленом који је правоснажном пресудом осуђен за кривично дело због којег му је одлуком послодавца престао радни однос, када је због повреде правила поступка одлука о престанку радног односа поништена[18].

Према правним закључцима израженим у наведеним одлукама запослени неће остварити право на накнаду материјалне штете због одсуства општег услова који се тиче узрочне везе између штетне радње (незаконите одлуке) и штете, због околности која је ту везу прекинула. С овим у вези може се констатовати да за право на накнаду материјалне штете због незаконитог отказа могу бити релевантне чињенице у погледу разлога због којих је дошло до престанка радног односа, као и разлога због којих је утврђена његова незаконитост.

Правило одштетног права да накнада штете не може бити већа од штете, у случају накнаде материјалне штете због незаконитог престанка радног односа изражено је одредбом става 3. члана 191. Закона о раду, која прописује да се накнада штете умањује за износ прихода које је запослени остварио по основу рада, по престанку радног односа. Док траје поступак пред судом ради оцене законитости отказа запослени је ван радног

[16] Решење Врховног суда Србије, Рев. 2128/93 од 24. јуна 1993. године, пресуда истог суда, Рев. II 274/05 од 21. јула 2005. године

[17] Пресуда Врховног суда Србије, Рев. II 408/01 од 13. марта 2002. године

[18] Решење Врховног суда Србије, Рев. 311/03 од 16. априла 2003. године

односа. Али, ако заснује радни однос код другог послодавца оствариваће зараду и друга примања. Износ ове остварене зараде и других примања је износ за који ће суд умањити укупну материјалну штету проузроковану незаконитим престанком радног односа.

Везано за умањење метеријалне штете у пракси судова се јавља проблем утврђивања висине остварених прихода од стране запосленог када су приходи остварени тзв. радом на црно. За такав рад нема писмених доказа и тешко је доћи до егзактног износа оствареног прихода, јер је рад обављан повремено, а исплата накнаде вршена "на руке" или је било давање у натури (истовар или утовар на пијацама, рад на бензинским станицама, грађевинама, чување објеката, спремање станова, чување деце, сезонски пољопривредни послови и друго). У неколико одлука Општинског суда у Новом Саду висина овако остваривaних прихода је одмерена применом начела о слободној оцени суда, тако да је иста (висина) изражена процентом у односу на укупну материјалну штету и за тај проценат штета је умањена. Окружни суд у Новом Саду је ово подржао нашавши да има места примени процесне одредбе (члан 223. ранијег, односно истоветан члан 224. садашњег Закона о парничном поступку), јер право на накнаду штете стоји, спорна је висина тј. износ умањења који би се могао утврдити само са несразмерним тешкоћама, односно супротно начелу процесне економије.

Одредбом члана 191. Закона о раду није предвиђено право запосленог на накнаду нематеријалне штете због незаконитог отказа, нити је исто било предвиђено одредбом ранијим прописима из области рада. Међутим, због незаконитог отказа запослени су, поред захтева за накнаду материјалне штете, истицали (ређе) захтев за накнаду нематеријалне штете (члан 200. ЗОО) о чему су се судови изјашњавали у одлукама. С обзиром да и даље нема посебне норме која овакву штету регулише, за одлучивање ће, као и раније, бити релевантна општа норма о праву запосленог на накнаду штете. У Закону о раду то је одредба члана 164. којом је прописано да ако запослени претрпи повреду или штету на раду или у вези са радом, послодавац је дужан да му надокнади штету, у складу са законом и општим актом. Закон је Закон о облигационим односима.

Одсуство посебне законске регулативе и колебљивост судске праксе[19] изазвали су позорност и потребу аутора да овом питању посвете посебну пажњу[20].

Запослени има право на накнаду нематеријалне штете у смислу члана 200. ЗОО ако је дисциплински поступак покренут и вођен злонамерно и шиканозно у циљу повреде части, угледа и права запосленог и ако је такав поступак изазвао душевни бол јаког интензитета[21].

Из наведеног правног закључка (новије) ревизијске одлуке произлази да запослени може остварити право на накнаду нематеријалне штете због незаконитог престанка радног односа под условом постојања квалификаторних околности на страни запосленог и на страни послодавца. Дакле, подржава се став да сама чињеница о утврђеној незаконитости отказа не може бити довољна да запослени оствари ово право. Међутим, даље из образложења одлуке се може закључити да за ово право запосленог нису релевантни прописи радног права, већ ЗОО (члан 200), тј. да није релевантна ни општа норма о накнади штете, сада наведеног члана 164. Закона о раду. Овим је доведена у питање досадашња константа судске праксе о полазној норми за одлучивање о праву запосленог на нематеријалну штету поводом незаконитог отказа. Време (нове одлуке) ће показати да ли је ово даље колебање или учвршћивање судске праксе о овом питању.

---

[19] Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 4514/92 од 14. јануара 1993. године: Радник коме је незаконитом одлуком повређено право из радног односа, може, под одређеним условима, поред накнаде материјалне штете, остварити и накнаду нематеријалне штете (члан 200. ЗОО), уколико је одлука којом је повређено право изазвала код радника озбиљнији поремећај психичке и емоционалне равнотеже, који би оправдавао досуђивање новчане накнаде, а нарочито ако је тај поремећај продукт шикане. Супротно одлука истог суда, Рев. 4765/99 од 27. октобра 1999. године: Радник нема право на накнаду нематеријалне штете за претрпљене душевне болове због незаконитог удаљења са посла, јер има сатисфакцију у томе што је правоснажном одлуком враћен на рад и што је остварио право на накнаду материјалне штете.

[20] Снежана Андрејевић, Одговорност послодавца за нематеријалну штету због незаконитог престанка радног односа, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, број 3/2002

[21] Пресуда Врховног суда Србије, Рев. II 532/02 од 26. септембра 2002. године

Уплата доприноса за обавезно социјално осигурање

Законом о доприносима за обавезно социјално осигурање[22] уређени су доприноси за обавезно социјално осигурање, обвезници доприноса, основице доприноса, стопе доприноса, начин обрачунавања и плаћања доприноса, као и друга питања од значаја за утврђивање и плаћање доприноса (члан 1).

Право запосленог на уплату доприноса је право из радног односа и везано је за зараду, јер се доприноси плаћају на исплаћену зараду. Ако зарада није исплаћена ни доприноси нису уплаћени. Без уплаћених доприноса запослени нема стаж осигурања, а стаж осигурања је основ за остваривање права из пензијског и инвалидског осигурања. Стога је питање доприноса врло значајно за запослене, наглашено и одредбом става 2. члана 191. Закона о раду која изричито прописује да запослени коме је незаконито престао радни однос има право на уплату доприноса за обавезно социјално осигурање. У смислу члана 2. наведеног Закона, доприносима се обезбеђују средства за финансирање обавезног социјалног осигурања, и то: 1) пензијског и инвалидског осигурања; 2) здравственог осигурања; 3) осигурања за случај незапослености. Уплатом доприноса за обавезно социјално осигурање у корист запосленог који је био ван радног односа због незаконите одлуке, послодавац окончава поступак реинтеграције запосленог и отклања последњу правну последицу незаконитог отказа.

УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

I. Правне последице незаконитог отказа (престанка радног односа) прописане чланом 191. Закона о раду меродавне су за сваки незаконити престанак радног односа: на иницијативу запосленог или послодавца, као опште или супсидијарно правило.

II. Примена прописаног ставовима 1, 2. и 3. члана 191. Закона о раду, судовима неће представљати посебне тешкоће због богатства судске праксе која је, може се рећи, донекле верификована садржином ових одредаба.

[22] "Службени гласник РС" број 84/04 и 61/05

III. Новине прописане ставовима 4, 5. и 6. члана 191. Закона о раду су на снази мање од годину дана и судске праксе још нема (по сазнању аутора). Због овога је аутор реферата изнео само сопствено схватање значења предметних одредаба руководећи се начелним опредељењем у погледу правног дејства захтева запосленог и послодавца, односно природе ове накнаде штете. Кратко речено, правно дејство захтева запосленог је да иницира одлуку о супституцији, а захтева послодавца расправљање о супституцији. Накнада штете је специфична по томе што је потпуно независна од накнаде штете из става 2. истог члана па могућа и у њеном одсуству; паушална је; максимална висина, критеријуми за одмеравање и основица за обрачун су прописани; њен искључиви циљ је да супституише враћање на рад; по захтеву запосленог представља практично накнаду за одустанак запосленог од враћања на рад; по захтеву послодавца у суштини га ослобађа дела одговорности за незаконито поступање (отказ), јер је враћање запосленог на рад прва или основна правна последица незаконитог престанка радног односа.

Снежана Андрејевић,
судија Врховног суда Србије

ПРИВРЕМЕНЕ МЕРЕ

Привремене мере обезбеђења представљају правна средства којима овлашћено лице у парничном, ванпарничном и извршном поступку осигурава остварење свог захтева.

Правно дејство и циљ привремене мере је обезбеђење а не испуњење обавезе.

Одлуку о привременој мери обезбеђења суд је овлашћен да донесе на основу тзв. сумарног (когниционог) поступка у свим фазама поступка и ван расправе - кад су за то испуњени законски услови, све док извршење не буде спроведено, што налаже стриктну примену закона у односу на дозвољеност и дејство привремене мере којом се успоставља привремено фактичко стање ограниченог временског трајања.

Нужно је, стога, да суд, на основу овог сумарног поступка, стекне уверење о вероватноћи постојања потраживања повериоца, односно о постојању чињеница од којих зависи оцена о вероватноћи постојања неког права, пажљиво испитујући све околности и водећи рачуна о начелу спречавања злоупотребе права[1].

Закон о парничном поступку прописује да у свим споровима суд може изузетно, ако то захтевају посебне околности појединог случаја, а посебно ако је то потребно ради одлучивања о предлогу за одређивање привремених мера, одмах заказати рочиште и наредити да се примерак тужбе достави туженом[2], а овлашћен је да, у смислу члана 313 Закона о парничном поступку, донесе решење о привременим мерама обезбеђења и ван рочишта за главну расправу.

---

[1] Видети "Привремене мере обезбеђења: општа разматрања - критички осврт", *Снежана Андрејевић*, Билтен Окружног суда у Београду број 44, стр. 11 - 23

[2] Члан 283 Закона о парничном поступку ("Службени гласник РС", бр. 125/2004)

ОПШТА ПРАВИЛА О ОБЕЗБЕЂЕЊУ

Закон о извршном поступку[3] у члану 291 прописује да се привремена мера може одредити пре покретања и у току судског или управног поступка, као и по окончању тих поступака, све док извршење не буде спроведено.

Привремена мера није допуштена ако се обезбеђење може остварити другим средством обезбеђења којим се може постићи иста сврха.

Иначе, поступак обезбеђења покреће се - предлогом странке, а предлогом других лица, односно органа само кад је то законом одређено. У предлогу за обезбеђење наводе се: потраживање чије се обезбеђење тражи, законски разлози за обезбеђење, чињенице и докази из којих суд утврђује да је постојање законских разлога за обезбеђење вероватно и врста средства обезбеђења, под условом да суд усвоји предлог и изрекне обезбеђење. Као средства обезбеђења могу се одредити само заложно право на непокретним и покретним стварима на основу споразума странака, заложно право на непокретности на основу извршне исправе, претходне мере и привремене мере.

Обезбеђење није допуштено на стварима и правима која по закону не могу бити предмет извршења.

У поступку расправљања и одлучивања о предлогу за обезбеђење сходно се примењују одредбе Закона о парничном поступку, а у поступку извршења решења о обезбеђењу, сходно се примењују одредбе Закона о извршном поступку.

Ако је поступак обезбеђења покренут пре покретања парничног поступка, односно другог поступка у коме се одлучује о основаности потраживања чије се обезбеђење тражи, у првом степену надлежан је суд који је надлежан за одлучивање о основаности потраживања.

У поступку обезбеђења, према општим правилима поступка обезбеђења, поступа и одлуке доноси судија појединац, независно од тога у ком саставу треба да одлучује суд о основаности потраживања. То се наравно односи на поступак код извршног суда, односно на поступак обез-

[3] *Закон о извршном поступку* ("Службени гласник РС", бр. 125/04)

беђења пре покретања поступка по општим правилима парничног поступка, кад посебним законом није другачије одређено.

Ако је поступак обезбеђења покренут истовремено или по покретању парничног, односно другог поступка у коме се одлучује о основаности потраживања чије се обезбеђење тражи, у поступку обезбеђења поступа и одлуке доноси суд, односно други орган који одлучује о потраживању.

Ако је предлог за обезбеђење поднесен пред судом пред којим се води поступак по жалби против одлуке о главној ствари, односно у поступку по ванредном правном леку, тај суд ће одлучити о предложеном средству обезбеђења и о томе без одлагања обавестити првостепени суд. Ова одредба члана 264 став 4 Закона о извршном поступку може изазвати недоумице у погледу трајања привремене мере. Одговор на ово спорно питање, ако се ради о привременој мери, налази се у одредби члана 291 овог закона, који прописује да се привремена мера може одредити све док извршење не буде спроведено.

Ако је предлог за обезбеђење поднет у току поступка извршења, по њему поступа и одлуке доноси суд пред којим се води извршни поступак.

За обезбеђење на стварима и правима о којима се воде јавне књиге или други регистри, искључиво је надлежан суд на чијем подручју се налази седиште органа или организације која води ту књигу односно регистар.

Посебна правила поступка обезбеђења - из члана 265. Закона о извршном поступку - односе се на овлашћења суда да одреди средство обезбеђења пре достављања предлога противној странци и пре него што је противној странци омогућио да се о предлогу изјасни и то ***само*** у случају:

- ако би предлагач обезбеђења, због одлагања, могао претрпети ненадокнадиву или тешко надокнадиву штету

- ради отклањања непосредне опасности противправног оштећења ствари или губитка односно тешког угрожавања права

- ради спречавања насиља.

У поступку обезбеђења суд ће размотрити само оне чињенице и извести само оне доказе које странке предложе, а које суд сматра битним за одлучивање о предлогу за обезбеђење. Доказ саслушањем странака суд ће извести искључиво ради утврђења постојања законских разлога за

обезбеђење, који се у датим околностима не могу утврдити другим доказним средствима.

За утврђивање постојања законских разлога за обезбеђење ***довољна је вероватноћа да чињенице од којих зависи оцена тих разлога постоје***, осим кад је другачије изричито прописано.

У поступку обезбеђења потраживања из брачних и породичних односа, искључена је јавност.

Решење о обезбеђењу - садржи одлуку суда о средству обезбеђења, кратко образложење законских разлога за усвајање предлога о обезбеђењу и поуку о томе да ли жалба задржава извршење решења, у ком року и ком суду се жалба може изјавити.

Правни лекови у поступку обезбеђења су: жалба против решења о обезбеђењу, као и жалба против решења којим се предлог за обезбеђење одбацује или одбија. Жалба се подноси у року од три дана од дана достављања решења. Жалба против решења о обезбеђењу задржава извршење решења само кад је то законом одређено. Жалба се, заједно са списима, доставља без одлагања суду надлежном за одлучивање о жалби, који о њој одлучује у року од осам дана од дана пријема списа. Прекорачење ових рокова - сматра се одуговлачењем поступка од стране судије, у смислу одредаба Закона о судијама.

У поступку обезбеђења нису допуштени ни ревизија ни предлог за понављање поступка.

ПРИВРЕМЕНЕ МЕРЕ ОБЕЗБЕЂЕЊА

Извршни поверилац може, у предлогу за одређивање привремене мере или накнадно, изјавити да се, уместо привремене мере, задовољава полагањем одређеног износа на име јемства. Полагање јемства, уместо привремене мере може се одредити и на предлог извршног дужника. Ако извршни дужник положи јемство, суд ће обуставити поступак и укинути већ спроведене радње.

Суд може, на предлог извршног повериоца, одредити привремену меру и кад није учинио вероватним постојање потраживања и опасност, ако претходно положи, у остављеном му року, износ који суд одреди као

јемство за штету, која би извршном дужнику могла бити нанесена одређивањем и спровођењем привремене мере.

На предлог извршног повериоца суд може, с обзиром на околности случаја, одредити и више привремених мера, ако је то потребно, а у решењу којим се одређује привремена мера одређује се и време трајања те привремене мере. Ако је привремена мера одређена пре подношења тужбе или пре покретања другог поступка одређује се и рок у коме поверилац мора поднети тужбу, односно предлог за покретање другог поступка ради оправдања мере.

Суд ће, на предлог извршног повериоца, продужити време трајања привремене мере, под условом да се нису промениле околности под којима је та мера одређена, али само пре него што истекне време за које је привремена мера одређена.

Ако извршни поверилац у одређеном року није поднео тужбу, односно није покренуо други поступак ради оправдања привремене мере, или је време за које је одређена привремена мера истекло, суд ће, на предлог извршног дужника, обуставити поступак и укинути спроведене радње.

На предлог извршног дужника, поступак ће се обуставити и укинути спроведене радње, ако су се околности због којих је привремена мера одређена доцније промениле, тако да она више није потребна.

Извршни дужник има према извршном повериоцу право на накнаду штете[4] која му је нанесена привременом мером за коју је утврђено да је била неоснована или коју извршни поверилац није оправдао.

УСЛОВИ ЗА ОДРЕЂИВАЊЕ ПРИВРЕМЕНЕ МЕРЕ

Привремена мера за обезбеђење новчаног потраживања - може се одредити ако је извршни поверилац учинио вероватним постојање потраживања и опасност да ће без такве мере извршни дужник осујетити или знатно отежати наплату потраживања, тиме што ће своју имовину, односно своја средства отуђити, прикрити или на други начин њима располагати.

[4] Члан 298 Закона о извршном поступку

Извршни поверилац не мора доказивати опасност ако учини вероватним да би предложеном мером извршни дужник могао претрпети само незнатну штету.

Сматра се да опасност постоји нарочито:

- ако би се потраживање требало остварити у иностранству

- ако се због неиспуњења доспелих оброка издржавања против извршног дужника већ водио извршни поступак

- ако су законске обавезе извршног дужника, као и његове обавезе утврђене правоснажном одлуком суда и другог органа веће од његових редовних прихода

- ако је против извршног дужника безуспешно покушавано извршење које није успело зато што је он одбио да пружи податке о томе где му се налази имовина, као и да је у току раније вођених извршних поступака давао нетачне податке о својој имовини.

Ради обезбеђења неновчаног потраживања - може се одредити привремена мера, ако је извршни поверилац учинио вероватним постојање потраживања и опасност да ће се остварење потраживања осујетити или знатно отежати.

Привремена мера може се одредити и кад извршни поверилац учини вероватним да је мера потребна да би се спречила употреба силе или настанак ненадокнадиве штете.

Извршни поверилац и за ову привремену меру не мора доказивати опасност ако учини вероватним да би предложеном мером извршни дужник могао претрпети само незнатну штету, а сматра се и да опасност постоји ако би се потраживање остваривало у иностранству.

ВРСТЕ ПРИВРЕМЕНИХ МЕРА

Ради обезбеђења новчаног потраживања - може се одредити свака мера којом се постиже сврха таквог обезбеђења, а нарочито:

- забрана извршном дужнику да располаже покретним стварима, као и одузимање тих ствари од извршног дужника и поверавање на чување извршном повериоцу или трећем лицу, односно чување у судском депозиту

- забрана извршном дужнику да отуђи или оптерети своје непокретности или стварна права на непокретности уписана у јавну књигу у његову корист, уз упис те забране у јавну књигу

- забрана дужнику извршног дужника да му исплати потраживање или преда ствари, као и забрана извршном дужнику да прими ствари, да наплати потраживање и да примљеним стварима односно наплаћеним износом располаже

- налог банци или другој финансијској организацији, код које извршни дужник има рачун, да извршном дужнику или трећем лицу, по налогу извршног дужника ускрати са рачуна извршног дужника исплату новчаног износа за који је одређена привремена мера

- одузимање од извршног дужника и полагање у депозит готовог новца или хартија од вредности.

Ове забране и налози се сматрају извршним када решење буде достављено лицу на које се односи.

Налог банци или другој финансијској организацији доставља се организацији за принудну наплату, која га без одлагања доставља свим банкама и финансијским организацијама код којих извршни дужник има рачун и истовремено забрањује другим банкама и финансијским организацијама да отворе рачун извршном дужнику.

Извршни поверилац у чију је корист привремена мера изречена има право да од лица које је било дужно да поштује забрану или налог захтева накнаду штете коју је претрпео због њиховог непоштовања.

Извршни дужник, односно треће лице коме је издата забрана или налог из члана 300 став 1 тач. 1 до 4 Закона о извршном поступку, који не поступе по забрани односно налогу, казниће се по одредбама члана 45 овог закона[5].

[5] Члан 45 Закона о извршном поступку прописује:

"Новчана казна се може изрећи физичким лицима у износу од 3.000 динара до 150.000 динара, а правним лицима у износу од 30.000 динара до 1.500.000 динара.

Новчана казна из става 1. овог члана, може се поновно изрећи, у повећаном износу, уз решење о спровођењу извршења претходне казне, ако извршни дужник не поступи по поновљеном налогу суда или настави да поступа

Ради обезбеђења неновчаног потраживања - може се одредити свака мера којом се постиже сврха таквог обезбеђења, а нарочито:

- забрана отуђења и оптерећења покретних ствари на које је управљено потраживање, одузимање тих ствари и поверавање на чување извршном повериоцу или трећем лицу, односно чување у судском депозиту

- забрана отуђења и оптерећења непокретности на коју је управљено потраживање, уз упис забране у јавну књигу

- забрана извршном дужнику да предузима радње које могу нанети штету извршном повериоцу, као и забрана да се изврше промене на стварима на које је управљено потраживање

противно забрани. Изрицање и извршење казне ће се понављати све док лице на које се односи не поступи у складу са одлукама суда, а највише до десетоструког износа прве изречене новчане казне.

Пре изрицања новчане казне суд ће омогућити извршном дужнику да се изјасни, а по потреби одржаће и рочиште ради извођења доказа.

Новчану казну изриче судија решењем, водећи рачуна при одмеравању висине казне о економској снази односно материјалним приликама извршног дужника, значају радње коју је морао обавити, као и о другим околностима случаја. Решењем се одређује и рок плаћања. Лице коме је изречена новчана казна може изјавити жалбу против решења о изрицању казне у року од три дана од пријема решења.

Лице коме је казна изречена односно извршена сноси све трошкове настале изрицањем односно извршењем казне.

Новчану казну наплаћује суд по службеној дужности, ако је извршни дужник не плати добровољно. Трошкови принудног извршења новчане казне принудно ће се наплатити истовремено са принудним извршењем казне.

Новчана казна, по одредбама овога члана, може се изрећи и извршити и према извршном дужнику, извршном дужнику извршног дужника, банци и другим физичким и правним лицима, као и одговорним лицима у правном лицу у случају да не поступе по налогу или забрани изреченим у извршном поступку, када је то овим законом предвиђено"

- забрана дужнику извршног дужника да извршном дужнику преда ствари на које је управљено потраживање

- забрана отуђења и оптерећења акција или удела у друштву на које је управљено потраживање и забележба ове забране у Централном регистру хартија од вредности, односно књизи уделничара и јавном регистру друштава са ограниченом одговорношћу, забрана коришћења и располагања правима из акција и удела и поверавање акција или удела на управљање трећем лицу, укључујући постављање привремене управе друштвом;

- налог извршном дужнику да обави одређене радње потребне да би се сачувала покретна или непокретна ствар, спречила њена физичка промена, оштећење или уништење;

- овлашћење извршном повериоцу да сам или преко трећег лица учини неку радњу или прибави одређену ствар о трошку извршног дужника, нарочито ако је то неопходно да би се успоставило пређашње стање;

- плаћање накнаде зараде запосленом у току спора о незаконитости одлуке о престанку радног односа, ако је то неопходно за његово издржавање и издржавање лица која је по закону дужан да издржава, уз истовремено одређивање средстава извршења за принудну наплату накнаде зараде или привремено враћање запосленог на рад

- привремено уређење спорног односа, да би се отклонила опасност од насиља или веће ненадокнадиве штете.

Извршни поверилац у чију је корист привремена мера изречена има право да, од лица које је било дужно да поштује забрану или налог, захтева накнаду штете коју је претрпео због њиховог непоштовања.

Ове забране и налози се сматрају извршним када решење буде достављено лицу на које се односи.

Извршни дужник, односно треће лице коме је издата забрана или налог из члана 303 став 1 тач. 1 до 4 Закона о извршном поступку који не поступе по забрани, односно налогу, казниће се по одредбама члана 45. овог закона.

ДЕЈСТВО ПРИВРЕМЕНИХ МЕРА

Привремене мере, "услед одсуства заложноправних ефеката, немају такву снагу да могу да спрече да се на стварима и правима захваћеним

привременом мером одреди или спроведе принудно извршење за намирење потраживања другог повериоца, или да се поводом њих другом судском одлуком односно управним актом одреди неко располагање. Ствари и права захваћени привременом мером... и даље су у правном промету и могу бити предмет располагања правним пословима и актима дужника и трећих лица. Међутим, нека дејства привремених мера распростиру се и на трећа лица, на њихова права стечена на стварима и правима дужника поводом којих су одређене привремене мере"[6].

Трећа лица која су правним радњама дужника стекла одређена права на стварима и правима која су предмет обезбеђења привременом мером, "излажу се ризику да се то стицање прогласи без дејства према повериоцу и у мери која је потребна да се намири њему доцније досуђено потраживање (члан 284 ЗОО; видети и остала правила о побијању дужникових правних радњи из чл. 280 до 285 ЗОО). Ти ефекти су били прописани у нашем ранијем праву... (правила параграфа 331 Закона о извршењу и обезбеђењу 1930, *С. Цуља..., И. Матијевић, Ф. Чулиновић. ., С. Трива, В. Бјелајац, М. Дика...)*... Постоји мишљење да стечено право трећег лица на непокретности вољним располагањем дужника, поред забележбе забране отуђења и оптерећења непокретности уписане у земљишну књигу па тим сигурно познате трећем лицу, даје право повериоцу да предложи извршење ради намирења непосредно према трећем лицу (*Б. Познић.. ., Ј. Јерковић...*)"[7].

ДОСАДАШЊА СУДСКА ПРАКСА

Према досадашњој судској пракси:

"***одлука парничног суда о одређивању привремене мере може се побијати само оним правним средством, на начин и под условима прописаним одредбама Закона о парничном поступку***. "

Ово правно схватање Врховног суда Србије утврђено на седници Грађанског одељења 30. 6. 2003. године није измењено, обзиром да и нови

[6] *Др Боривоје Старовић,* Коментар закона о извршном поступку, Научна књига Београд 1987, страна 639

[7] Исто

Закон о парничном поступку задржава идентичан начин одлучивања о привременим мерама.

У образложењу овог правног схватања наведено је под алинејом четири да:

"Правно становиште о недопуштености жалбе као правног лека против првостепеног решења парничног суда о привременој мери не може се прихватити ни са разлога неспорног одређења ЗПП да се у парничном поступку могу одредити привремене мере обезбеђења, односно привремене мере које се примењују у извршном поступку. Чињеница да су такве одредбе садржане у Закону о парничном поступку не значи да се и у поступку одлучивања у предлогу за издавање привремене мере у парници преносе процесна правила ЗИП о врсти и допуштености правног лека против таквог решења парничног суда. Том закључку нема места, пре свега, са разлога што ЗПП не прописује могућност такве примене процесних решења одређених одредбама ЗИП. Осим тога, преношење одредби ЗИП у парнични поступак није правно могуће ни са разлога, што је правно допуштена само примена одредаба ЗПП у поступку извршења и обезбеђења, а не и примена одредаба ЗИП у парници. Зато се и наведене одредбе ЗПП морају уско тумачити. Конкретно, то би значило да је примена одредаба ЗИП у доношењу парничног решења о привременој мери ограничена само на материјално - правне услове за одређивање привремене мере, док је примена процесних правила о дозвољености и врсти правног лека прописаних Законом о извршном посупку искључена. Стога се и правни учинак таквог законског решења исцрпљује у могућности парничног суда да у поступку издавања привремене мере примени само оне одредбе ЗИП којима је прописано када је недопуштено издавање привремене мере, који услови за њено одређење, које су врсте привремених мера обезбеђења новчаног и неновчаног потраживања, када постоји могућност одређивања више привремених мера и време за које се одређује и када се укида привремена мера."

Према Закључку са Саветовања грађанских и грађанско-привредних одељења Савезног суда, врховних судова република и аутономних покрајина и Врховног војног суда, Београд 1. и 2. јун 1988. године:

"Суд може усвојити предлог за издавање привремене мере ради обезбеђења новчаног потраживања само ако утврди да дужник конкретним радњама, односно пропустима, настоји да осујети или

знатно отежа наплату потраживања повериоца. За овакво утврђење није довољна сама околност да је дужник презадужен односно трајније неликвидан или да извршење захтева више поверилаца".

У образложењу овог закључка наведено је између осталог да се:

"ради обезбеђења новчаног потраживања може одредити свака мера којом се постиже сврха таквог обезбеђења, а у тач. 1. до 4. наведене су, примера ради, карактеристичне мере које се најчешће примењују у судској пракси. Чланом 265. став 1. Закона о извршном поступку прописано је да се привремена мера за обезбеђење новчаног потраживања може одредити ако је поверилац учинио вероватним постојање потраживања и опасност да ће без такве мере дужник осујетити или знатно отежати наплату потраживања тиме што ће своју имовину односно своја средства отуђити, прикрити или на други начин њом располагати. Запажено је да се у судској пракси неправилно примењују одредбе члана 265. став 1. Закона о извршном поступку тако што судови нпр. доносе привремене мере из члана 266. став 1. Закона о извршном поступку чим утврде да је дужник презадужен или трајније неликвидан, а ово стање често утврђују само на основу чињенице да се ради о потраживању већег обима или зато што одређивање мере тражи више поверилаца. Овако се поступа посебно код доношења привремене мере из члана 266. став 1. тачка 4. Закона о извршном поступку (налог Служби друштвеног књиговодства да дужнику или трећем лицу, по налогу дужника, ускрати са дужниковог рачуна исплату новчаног износа за који је одређена привремена мера), што доводи и до блокирања рачуна дужника за дуже време и ремети његово редовно пословање. Опасност да ће дужник осујетити или знатно отежати наплату потраживања мора, међутим, бити субјективне природе, што значи да поверилац мора указати на конкретне радње, односно пропуштања дужника, свесно предузета ради угрожавања намирења повериоца, која стварно угрожавају будућу наплату повериочевог потраживања, као нпр. распродаја робе по ниским ценама, занемаривање чувања или одржавања ствари, сакривање ствари и слично, а суд мора утврдити постојање таквих радњи, односно пропуштања дужника и субјективни однос дужника према њима. Не може се сматрати да је та опасност учињена вероватном већ због саме објективно постојеће чињенице да је дужник презадужен, трајније неликвидан, те да извршење захтева више поверилаца и слично. Да је напред изложени став основан

може се закључити и из одредбе члана 265. став 2. Закона о извршном поступку, по којој поверилац не мора доказивати опасност једино ако учини вероватним да би предложеном мером дужник претрпео само незнатну штету. Да би се отклониле неправилности у судској пракси и ова правилно усмерила, на саветовању усвојен је наведени закључак".

Према правном схватању утврђеном на седници Грађанског одељења Врховног суда Србије од 22. јуна 1983. године:

"суд неће усвојити предлог за изрицање привремене мере за обезбеђење неновчаног потраживања који је по свом дејству и правним последицама идентичан са тужбеним захтевом, осим када се тужбени захтев односи на заштиту државине, станарско право или неновчано издржавање".

Из образложења овог правног схватања произилази да:

"Привремене мере као средство обезбеђења могу бити предложене пре покретања парнице, у току парнице, по правоснажности пресуде или у извршном поступку. Суштина привремених мера зависи од природе захтева који треба обезбедити, а оне се одређују по одредбама извршног поступка. Одредбом чл. 267. Закона о извршном поступку прописано је да се ради обезбеђења неновчаног потраживања може одредити привремена мера ако је поверилац учинио вероватним постојање потраживања и опасност да ће се иначе остваривање потраживања осујетити или знатно отежати. Привремена мера се може одредити и кад поверилац учини вероватним да је мера потребна да би се спречила употреба силе или настанак ненадокнадиве штете.

Решење о усвајању привремене мере по свом дејству и правним последицама не сме да буде идентично са тужбеним захтевом, јер би се у таквом случају привременом мером прејудицирала одлука о тужбеном захтеву, а спровођење овакве привремене мере имало за последицу коначно извршење судске одлуке."

У бројним одлукама судови су изражавали и становиште да:

- Нису испуњени услови за одређивање привремене мере само због тога што дужник није платио утужени износ до дана расправљања, већ је потребно да постоји субјективна опасност која потиче од самог дужника, да ће он своју имовину отуђити, прикрити или на други начин

њоме располагати а све у циљу осујећења или отежавања наплате повериочевог потраживања.[8]

- Ако суд одбаци тужбу као недозвољену, логично је да одбаци и предлог за одређивање привремене мере[9]

- Ако поверилац предложи више предмета обезбеђења, суд ће по службеној дужности или на предлог дужника ограничити обезбеђење само на оне предмете који су зависно од висине потраживања довољни за његово обезбеђење[10]

- Да би се по предлогу странке могла издати привремена наредба ради обезбеђења новчане тражбине, нужно је да предлагач учини вероватним постојање те тражбине као и постојање активних делатности противника предлагача уперених на осујећење или знатно отежавање наплате. Поред тога потребно је да предлагач о постојању те тражбине већ води парницу или је намерава повести и да је тужбени захтев у тој парници усмерен на исплату новчане тражбине чије се обезбеђење тражи[11]

- На одлуку по предлогу брачног друга за одређивање привремене мере ради давања издржавања нема утицаја што је други брачни друг истакао захтев за утврђивање околности које искључују право брачног друга на издржавање из члана 288. став 4. Закона о браку и породичним односима, ако није учинио вероватним постојање тих околности. Одлуком о тужбеном захтеву за развод брака одлучиће се и о захтеву брачног друга за издржавање, као и о захтеву брачног друга да његов брачни друг нема право на издржавање, јер одређена привремена мера траје до правоснажног окончања брачног спора[12]

- Привремену меру забране отуђења и оптерећења непокретности, уколико је покренут парнични поступак, може одредити само парнични суд пред којим тече парница, а не извршни суд[13]

---

[8] Решење Вишег привредног суда у Београду, Пж2. 926/94 од 20. октобра 1994. године

[9] Решење Вишег трговинског суда Пж. 1177/03 од 6. марта 2003. године

[10] Решење Вишег привредног суда у Београду, Пж. 3268/95 од 2. јуна 1995. године

[11] Решење Савезног суда, Београд, Гзс. 13/77 од 24. марта 1977. године

[12] Решење Врховног суда Србије, Гж. 124/85

[13] Решење Окружног суда у Н. Саду, Гж. 2526/99 од 22. 12. 1999. године

- За одлучивање о одређивању привремене мере ради заштите и смештаја деце у брачним споровима или у посебним споровима ради поверавања деце на чување и васпитавање у првостепеном поступку, увек је надлежно веће састављено од једног судије и двојице судија поротника[14]

- За усвајање привремене мере у смислу члана 267. Закона о извршном поступку, довољно је да поверилац учини вероватним да је мера потребна да би се спречила употреба силе и настанак ненакнадиве штете, тако да у тој фази поступка није потребно коначно утврђивање чињеница, од којих зависи основаност тужбеног захтева[15]

- Суд ће изузетно усвојити предлог за одређивање привремене мере ради обезбеђења неновчаног потраживања који је по свом дејству и правним последицама идентичан са тужбеним захтевом, у случају када се тужбени захтев односи на заштиту државине и када се на други начин не може спречити употреба силе или настанак ненакнадиве штете[16]

- Привремена мера забране отуђења и оптерећења непокретности одређена и забележена у земљишним књигама... ради обезбеђења новчаног потраживања не може бити препрека за промет непокретности и укњижбу права својине. Уговор о купопродаји закључен у погледу забележбом обухваћене непокретности није неважећи. Она има само тај значај да купац-стицалац зна да потраживање за чије је обезбеђење привремена мера забележена може бити наплаћено из некретнине која је предмет промета, односно да... повериоцу припада право на намирење из те непокретности и у случају да треће лице доцније стекне на истој непокретности право својине или право располагања [17].

[14] Решење Врховног суда Србије Гж 1091/88

[15] Решење Окружног суда у Крагујевцу, Гж. 509/92

[16] Решење Савезног суда Гзс. 54/97 од 13. новембра 1997. године

[17] Пресуда Врховног суда Војводине Рев 825/82 од 4. 3. 1983. године, наведена у Коментару закона о извршном поступку, *Др Боривоја Старовића*, Научна књига Београд 1987, страна 655

ПРИВРЕМЕНЕ МЕРЕ ОБЕЗБЕЂЕЊА У НЕКИМ ПОСЕБНИМ ПОСТУПЦИМА

1. Привремене мере у споровима због сметања државине

Расправљање о тужби због сметања државине ограничено је само на претресање и доказивање чињеница последњег стања државине и насталог сметања. Искључено је претресање о праву на државину, о правном основу, савесности или несавесности државине или о захтевима за накнаду штете, а одлуку о захтеву суд мора донети у року до 90 дана[18].

Сумарност и хитност овог поступка не искључују могућност да и у току тог поступка суд по службеној дужности и без саслушања противне странке одреди привремене мере које се примењују у извршном поступку ради отклањања хитне опасности противправног оштећења или спречавања насиља или отклањања ненакнадиве штете.

Одлуку о одређивању привремене мере по предлогу странке суд мора донети у року до осам дана од дана предаје предлога, а против решења о одређивању привремене мере није дозвољена посебна жалба (члан 449 ЗПП), без обзира да ли је привремена мера одређена по службеној дужности или на предлог странке. Жалба је допуштена против одлуке о одбијању предлога за одређивање привремене мере.

2. Привремене мере у радним споровима

У поступку у парницама из радних односа, а нарочито приликом одређивања рокова и рочишта, суд је увек дужан да обрати нарочиту пажњу на потребу хитног решавања радних спорова[19]. Без обзира на начело хитности, суд је овлашћен да (не само на предлог странке) већ и по службеној дужности одреди привремене мере које се примењују у извршном поступку ради спречавања насилног поступања или ради отклањања ненакнадиве штете. Одлуку о одређивању привремене мере по предлогу странке суд је дужан да донесе у року до осам дана од дана предаје предлога.

---

[18] Члан 448 Закона о парничном поступку

[19] Члан 435, исто

Против решења о одређивању привремене мере није дозвољена посебна жалба (члан 436 ЗПП), без обзира да ли се она доноси по службеној дужности или по предлогу странке, а против одлуке о одбијању предлога за одређивање привремене мере - жалба је допуштена.

3. Привремене мере због повреде ауторских и сродних права

Носилац ауторског права, интерпретатор, произвођач фонограма, произвођач видеограма, произвођач емисије, произвођач базе података и стицалац искључивих овлашћења на ауторска и сродна права може тужбом да захтева нарочито: утврђење повреде права; престанак повреде права; уништење или преиначење предмета којима је извршена повреда права, укључујући и примерке предмета заштите, њихове амбалаже, матрице, негативе и слично; уништење или преиначење алата и опреме уз помоћ којих су произведени предмети којима је извршена повреда права, ако је то неопходно за заштиту права; накнаду имовинске штете; објављивање пресуде о трошку туженог. Аутор, односно интерпретатор има право на тужбу за накнаду неимовинске штете због повреде својих моралних права. Ово се не односи на грађевински реализована дела архитектуре или на раздвојиве делове предмета којим је извршена повреда права, ако производња тих делова и њихово стављање у промет нису противзаконити. Уместо захтева за уништење или преиначење предмета којима је извршена повреда права тужилац може захтевати да му се предају ти предмети.

На захтев носиоца права који учини вероватним да је његово ауторско или сродно право повређено, или да ће бити повређено, суд може да одреди привремену меру одузимања или искључења из промета предмета којима се врши повреда, односно меру забране настављања започетих радњи којима би се могла извршити повреда[20].

4. Привремене мере у споровима због повреде права на патент

Носилац патента или стицалац искључиве лиценце имају право на тужбу против сваког лица које повреди њихово право неовлашћеним

[20] *Закон ауторским и сродним правима*, члан 182, ("Службени лист СЦГ", бр. 61/04)

предузимањем било које радње из чл. 52 и 53. Закона о патентима[21]. Након објаве пријаве патента, право на тужбу има подносилац објављене пријаве или стицалац искључиве лиценце.

Тужбом се, у смислу члана 93 став 1 овог закона, може захтевати: утврђење постојања повреде патента; забрана радњи којима се повређује патент; накнада штете због повреде права; објављивање пресуде о трошку туженог; одузимање, односно уништење, без било какве накнаде, производа који су настали или стечени повредом патента; одузимање, односно уништење, без било какве накнаде, материјала и предмета (прибор, алат) који су претежно употребљени у стварању производа којима се повређује патент.

На захтев тужиоца који учини вероватним да је његово право повређено или да ће бити повређено, суд може, ***по правноснажности пресуде, одредити привремену меру***:

- одузимања, односно искључења из промета производа насталих или стечених повредом патента

- одузимања, односно искључења из промета предмета (прибор, алат) претежно употребљених у стварању производа којима се повређује патент

- забране настављања започетих радњи којима се повређује патент.

Предлог за одређивање привремене мере ***може се поднети и пре подношења тужбе***, под условом да се тужба поднесе у року од 30 дана од дана извршења мере а жалба против решења којим је суд одредио привремену меру из става 1. овог члана не одлаже извршење решења.

На питања у вези с одређивањем привремених мера, која нису уређена овим законом, примењују се одговарајуће одредбе закона којим се уређује извршни поступак.

Имајући у виду оваква овлашћења суда за одређивање привремених мера обезбеђења, чини се значајним становиште еминентног стручњака у овој области Др Слободана М. Марковића да "странке и суд имају ваљаних разлога да буду уздржани према овом средству обезбеђења. Разлог томе је чињеница да утврђење повреде патента, малог патента или права из пријаве подразумева расправљање компликованих техничких чињеница у вези са предметом заштите, односно предметом којим је право навод-

[21] *Закон о патентима* ("Службени лист СЦГ", бр. 32/04, 35/04)

но повређено, али и правних питања која се односе на тумачење патентних захтева. Стога, у тренутку постављања захтева за одређивање привремене мере, ни подносилац захтева ни суд често немају довољно чврсто уверење да је тужбени захтев основан. Суд посебно нема могућности да оцени да ли ће, у случају да туженик покрене поступак пред Заводом за оглашавање ништавим решења о признавању права, право бити поништено, што ће тужбу учинити неоснованом"[22].

5. Привремене мере у породичним споровима

Посебни парнични поступци у вези са породичним односима, уређени Породичним законом[23] примењују се у брачном спору (за утврђење постојања или непостојања брака, развода или поништења брака), спору о материнству и очинству, спору за заштиту права детета (у погледу свих права која су детету призната овим законом, као што су имовински односи детета и родитеља, право становања или право на заштиту личног имена, а нису заштићена неким другим поступком), спору за вршење односно лишење родитељског права, у спору за поништење усвојења и у спору за издржавање (у коме се одлучује о праву на издржавање супружника, ванбрачног партнера, мајке детета, детета, родитеља и других сродника, престанку издржавања, продужењу права на издржавање и измену висине утврђеног износа издржавања), као и у спору за заштиту од насиља у породици.

Заједничка начела ових парничних поступака односе се на поступак суда, који поред њих примењује и одредбе закона којим се уређује парнични поступак ако није другачије одређено, а поступак карактерише:

- ***зборност у одлучивању***, обзиром да у првом степену суди веће састављено од једног судије и двоје судија поротника, а у поступку по жалби веће састављено од троје судија,

- ***специјализованост већа,*** састављених од судија који имају посебна знања из области права детета и судија поротника, као стручних лица који имају искуство у раду са децом и младима,

---

[22] *Др Слободан М. Марковић,* Патентно право, ИП "Номос" Београд 1997, страна 344

[23] *Породични закон* ("Службени гласник РС", бр. 18/2005, објављен 24. 2. 2005. године, ступио је на снагу осмог дана од дана објављивања, примењује се од 1. 7. 2005. године, осим одредаба члана 203 ст. 2 и 3 које се примењују од 1. 7. 2006. године), уређује посебне поступке одредбама чл. 201 до 289

- ***хитност поступка,*** ако се односи на дете или родитеља који врши родитељско право јер се: тужба не доставља туженом на одговор; прво рочиште заказује тако да се одржи у року од 15 дана од дана када су тужба или предлог примљени у суду; првостепени поступак, по правилу, спроводи на највише два рочишта; другостепени поступак мора окончати доношењем одлуке у року од 30 дана од дана достављања жалбе; и ***нарочита хитност поступка*** - кад је прописано да се прво рочиште заказује у року од осам дана од дана када је тужба примљена у суду или другостепени суд обавезује да о жалби одлучи у року од 15 дана од дана када му је жалба достављена[24]

- ***истражно начело,*** које суду даје овлашћења да утврђује чињенице и кад оне нису међу странкама спорне и да самостално истражује чињенице које ниједна странка није изнела

- ***искључење јавности***, у поступку у вези са породичним односима,

- ***тајност података из судских списа,*** који спадају у службену тајну и обавеза свих учесника, којима су ти подаци доступни, да је чувају

- ***битно ограничење начела диспозиције,*** у погледу повлачења тужбе, закључења поравнања или доношења пресуде због пропуштања, на основу одрицања или на основу признања, и ***одступање од начела диспозиције,*** кад суд није везан границама захтева за издржавање или захтева за заштиту од насиља у породици, а може одредити и меру заштите од насиља у породици која није тражена ако оцени да се таквом мером најбоље постиже заштита. Суд може пресудом у спору за заштиту права детета и у спору за вршење односно лишење родитељског права одредити једну или више мера заштите од насиља у породици.[25]

- ***несуспензивност жалбе,*** кад је изјављена против пресуде о одређивању или продужењу мере заштите од насиља у породици,

- ***право детета на слободно изражавање мишљења,*** које се заснива на праву детета да благовремено добије сва обавештења која су му потребна за формирање свог мишљења[26]

---

[24] Види чл. 204, 269, 280, 285 Породичног закона

[25] Види чл. 222, 223, 224, 258, 271, 273 став 3, 281, 287 Породичног закона

[26] Види члан 65 Породичног закона

- ***обавеза суда да се руководи најбољим интересом детета***, у спору за заштиту права детета и у спору за вршење односно лишење родитељског права[27].

Имовински односи супружника, ванбрачних партнера или чланова породичне заједнице (чл. 168 до 191 и 195 Породичног закона), расправљају се по општим правилима парничног поступка, као и спорови за заштиту права на лично име (чл. 355 и 356 Породичног закона), осим ако је дете - лице чије је право на лично име повређено, јер се тада о заштити овог права одлучује по правилима посебног парничног поступка за заштиту права детета прописаних чл. 261 - 273 Породичног закона.

У парници за заштиту права на лично име лице чије је право на лично име повређено може у парничном поступку захтевати од суда да се утврди постојање права да се оно служи својим личним именом, нареди уклањање, уништење или преиначење предмета којима је извршена повреда права, повлачење тврдње којом се оспорава имаоцу право на лично име или нешто друго што је потребно за уклањање стања повреде права, забрани даљег вршења или понављања радње којом се повређује право, под претњом плаћања одређене своте новца повређеном ако се радња повреде не обустави или ако се понови, досуди накнада материјалне и нематеријалне штете или досуди део добити остварене употребом личног имена, сразмерно томе колико је употреба личног имена допринела остварењу добити.

Породични закон прописује хитност поступка, односно нарочиту хитност поступка у решавању ових спорова и супсидијарну примену правила парничног поступка за посебне поступке, међутим то не искључује могућност одређивања привремених мера обезбеђења у овим поступцима по правилима извршног поступка без обзира што супсидијарна примена овог закона није прописана, под условом да се у свему поштује посебност ових поступака у вези са породичним односима, заштити најбољи интерес детета или спречи насиље у породици.

Мешање у приватни живот појединца које се сматра потребним у демократском друштву, које карактерише плурализам, толеранција и ширина погледа, допуштено је само из легитимних разлога и сразмерно леги-

[27] Види чл. **6** став 1, **60** став 2, **61** став 2, **75** став 2, **76** став 1, **77** ст. 4 и 5, **89**, **99** став 2, **100** став 1, **103** став 3, **111**, **117** став 1, **122** став 3, **225** став 1, **243** став 4, **266** ст. 1 и 3 тачка 3, **267** став 1 тачка 3, **272** ст. 1 и 2, **317** став 3 Породичног закона

тимном циљу, обзиром да мора постојати правична равнотежа између супротних интереса појединаца и заједнице као целине.

Забрана мешања у нечији живот, као обавеза да нешто не чинимо намеће кадкад обавезу да нешто учинимо - како бисмо обезбедили поштовање приватног живота. Релевантна ограничења тичу се најинтимније области приватног живота појединца и за то морају постојати нарочито озбиљни разлози да би били задовољени захтеви из члана 8 став 2 Европске конвенције о људским правима[28].

Спречавање насиља, предузимање мера за смештај детета, привремено уређење имовинских односа или обезбеђење минимума егзистенције издржаваних лица су ***услов за одређивање привремених мера у породичним споровима***, али је обзиром на природу ових односа, неопходан опрез и брижљиво испитивање релевантних околности, уз поштовање начела контрадикторности и пропорционалности, ради постизања правичне равнотеже супротстављених интереса и увек у најбољем интересу детета.

Кад се привремена мера одређује у породичним споровима примењују се правила парничног поступка, односно правила извршног поступка, уз поштовање одредаба о посебним парничним поступцима, обзиром да Породични закон не садржи одредбе о одређивању привремених мера обезбеђења.

УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Привремена мера као средство обезбеђења не може бити идентична тужбеном захтеву, али се од овог правила може одустати ако се тужбени захтев односи на заштиту државине, право становања, неновчано издржавање, или када се на други начин не може спречити губитак или тешко угрожавање права, спречити насиље, односно настанак ненакнадиве или тешко накнадиве штете.

[28] *Жил Дитертр*, Изводи из најзначајнијих одлука Европског суда за људска права, ЈП Службени гласник Београд 2005, страна 237

Младен Николић,
судија Трговинског суда у Београду

СПОРНА ПИТАЊА У ПРИМЕНИ НОВОГ ЗАКОНА О ИЗВРШНОМ ПОСТУПКУ

Закон о извршном поступку који је објављен у "Службеном гласнику Републике Србије" број 125 од 22. новембра 2004. године, а ступио на снагу 23. фебруара 2005. године је четврти закон којим се на овим просторима уређују поступак извршења и обезбеђења. Први закон који уређује ову област донет је у Краљевини Југославији 1929. године, затим је у тадашњој СФРЈ 1978. године донет други потпуно нов закон о извршном поступку (објављен у "Службеном листу СФРЈ", бр. 20/78), док је трећи потпуно нов закон о извршном поступку донет у тадашној СРЈ (објављен у "Службеном листу СРЈ" бр. 28/2000), а истовремено сада важећи Закон о извршном поступку је први који је донела Република Србија. По својој структури и садржају овај закон је у суштини задржао она решења која су установљена законом о извршном поступку из 1978. године, а коју структуру и садржину је био преузео и закон о извршном поступку из 2000. год.

Након годину ипо дана примене, у поступању судова појавила су се и одређена спорна питања која су последица, како изостанка детаљне редакције текста закона, тако и различитог тумачења појединих одредби закона од стране судија првостепених судова и другостепених судова.

У овом реферату биће указано на поједина спорна питања са покушајем да се и дају одговори на та питања.

ИЗВРШЕЊЕ ПО СЛУЖБЕНОЈ ДУЖНОСТИ

Поступак извршења по службеној дужности, а нарочито само покретање тог поступка је изазивало различита правна становишта још од ступања на снагу ЗИП из 1978. г. и она су се задржала све до данас.

Питања која се постављају и у вези којих постоје различити правни ставови су:

- Да ли је реч о једностраначком поступку?

- Ко је овлашћен, да се појави у улози извршног повериоца?

- Да ли се поступак покреће формалним предлогом за извршење (ако се прихвата становиште да ипак постоје две странке у овој врсти поступка), или се само од стране доносиоца извршне исправе иста доставља извршном суду на даљи поступак?

Постоји у пракси низ случајева када се извршни поступак покреће по службеној дужности а у складу са чл. 2. ст. 2. сада важећег ЗИП. То је изузетак од начела диспозиције у складу са којим се поступак извршења покреће на предлог извршног повериоца.

Случајеви у којима се извршни поступак покреће су:

- извршења ради наплате новчане казне изречене у кривичном поступку,

- наплата новчане казне изречене према одредбама ЗПП, током парничног поступка (кршење процесне дисциплине од стране пуномоћника и странака, нарушавање реда и ометање рочишта за главну расправу, ометање поступка доставе),

- наплата новчаних казни које изричу Трговински судови у поступку привредних преступа,

- наплата новчаних потраживања по решењима управних органа.

ЗИП у чл. 2. ст. 2. не говори ништа о томе ко има положај извршног повериоца у поступку извршења који је покренут по службеној дужности. ЗИП из 1978. г. је садржавао одредбу чл. 4. која је прописивала ко има положај повериоца у овој врсти извршења.

Поставља се питање, да ли у овим поступцима треба поднети формални предлог за извршење уз извршну исправу, или је довољно да орган који је донео извршну исправу исту само достави надлежном извршном суду, како би овај спровео на даљи поступак извршење.

Имајући у виду да су у највећем броју случајева извршења по службеној дужности, новчана средства наплаћена од извршног дужника, уплаћују се на посебан рачун Републике Србије и представљају приход у

републичком буџету, могао би се извести закључак да би Република Србија била та која би се појављивала у улози извршног повериоца, да би њен законски заступник формално предлагао извршење и уопште суделовао у извршном поступку. Међутим, сматрамо да је овакво решење неприхватљиво и непримерено поступку извршења по службеној дужности. Ово из разлога јер је смисао ове врсте поступка, да га иницира орган који је донео извршну исправу. У супротном поступак би изгубио своју официјелност и пре свега ефикасност.

Теоретски гледано поступак извршења по службеној дужности јесте једностраначки, јер је у њему једина странка извршни дужник, али практично је најбоље решење које се и иначе најчешће користи у поступању наших судова, а то је, да улогу извршног повериоца има орган који је донео извршну исправу. То је дакле најчешће суд, односно орган управе и они могу бити странка у поступку јер им се на основу закона, а у смислу одредбе чл. 2. ст. 2. ЗИП признаје страначка способност иако немају својство правног лица (немају правну способност). Наравно да ова страначка способност има дејство само у конкретном извршном поступку. Ово решење је најпримереније у циљу ефикаснијег вођења поступка, те омогућавања извршном дужнику да користи правни лек против решења о извршењу које се у овом случају и формално доноси. Овакав приступ подразумева да орган који је донео извршну исправу подноси формали предлог за извршење у коме су поред осталих елемената назначени извршни поверилац (нпр. Општински суд…, Трговински суд…), средство извршења које ипак треба да определи извршни поверилац, а не суд који спроводи извршење. На овај начин суд ће стављањем печата дозволе решењем одредити извршење, извршни дужник стиче могућност да у жалби изнесе све разлоге који спречавају извршење. Уколико би се у пракси прихватила поменута једностраначка концепција поступка извршења по службеној дужности, тада бисмо имали ситуацију да извршни суд сам мора, да када добије извршну исправу од надлежног органа (чиме се иницира поступак), одреди средство извршења, а у једностраначком поступку то би онда практично морао да ради извршни суд који се уједно појављује као суд који одређује и спроводи извршење, што је неприхватљиво за суд који спроводи поступак.

САСТАВ СУДА

Састав суда који прописује одредба чл. 4. ст. 1. ЗИП односи се на састав суда у поступку пред првостепеним и пред другостепеним судом. За разлику од закона из 2000. г. овај закон је увео класичну двостепеност у поступку. Циљ законодавца је био увођење делотворног правног лека (жалбе), већа сигурност странака, те уједначавање судске праксе. Ово све није било могуће у примени Закона из 2000. г. јер је у другом степену о приговору на решење одлучивало веће од троје судија истог првостепеног суда. Проблеми у пракси су били различити:

- немогућност у појединим судовима са малим бројем судија да се формира веће,

- различите (супротне) одлуке у истим чињенично-правним ситуацијама,

- сумња странака у објективност чланова већа истог суда који је донео решење о извршењу.

Садашњи ЗИП има специјалне одредбе у чл. 97. ст. 3. и 258. ст. 1. које прописују да поводом приговора на решење судије донето у првом степену одлучује веће од троје судија истог првостепеног суда. То су једини изузеци укључујући и одредбу чл. 21. ст. 1. ЗИП, обзиром да о приговору на решења о извршењу на основу веродостојне исправе одлучује судија појединац који је донео решење о извршењу. На овакво тумачење упућује како поменута одредба чл. 4. ст. 1. ЗИП (треба разликовати поступање у првом и другом степену а у смислу да је то првостепени и другостепени суд) тако и одредба чл. 21. ст. 1.: "да ће суд коме је приговор поднесен (дакле првостепени суд) ставити ван снаге решење о извршењу у делу у којем је одређено извршење а поступак ће се наставити као поводом приговора против платног налога".

Против решења судије појединца донетог у смислу чл. 21. ст. 1. ЗИП, сходно чл. 12. ст. 2. Закона дозвољена је жалба првостепеном суду.

ПОСТУПАК ПО ЖАЛБИ НА РЕШЕЊЕ О ИЗВРШЕЊУ

Обзиром да садашњи ЗИП као и закон из 2000. г. није предвидео одредбе о упуту извршног дужника на парницу ради проглашења (утврђења) да је извршење недопуштено, то је остало као обавеза судова да у по-

стуку извршења решавају и спорне чињенице које се односе на само потраживање. То су углавном чињенице које ако су доказане, својим постојањем гасе делимично или у целини потраживање извршног повериоца. Имајући наведено у виду неопходно је да првостепени судови у поступку поводом изјављене жалбе извршног дужника на решење о извршењу, у случају када се појаве као спорне наведене чињенице, детаљно се упознају са садржином (наводима) жалбе, те у смислу чл. 18. ст. 3. ЗИП одрже рочиште и изведу доказе за које сматрају да су битни у поступку одлучивања по жалби. На овај начин омогућиће се да другостепени суд одлучујући о основаности жалбе има пред собом изведене доказе (саслушање сведока, странака, читањем писмених доказа, вештачење) који иако их није оценио првостепени суд (осим у случају из чл. 19. ст. 1. и ст. 2. ЗИП када сам првостепени суд одлучује о жалби) лакше и правилније одлучи о основаности жалбе. Морамо признати да у овом другом случају другостепени суд уствари сам оцењује доказе које је извео првостепени суд поводом изјављене жалбе, што није у складу са начелом непосредности, али имајући у виду изостанак упућивања извршног дужника на парницу, те начелом писмености које се сматра претежним у извршном поступку, ово је било најцелисходније решење у циљу избегавања поновног увођења поред жалбе и приговора, као правног лека као што је био случај у ЗИП-у из 1978. г.

САДРЖИНА ПРЕДЛОГА И ПРИЛОЗИ (УРЕДНОСТ ПРЕДЛОГА ЗА ИЗВРШЕЊЕ)

У примени чл. 49. и чл. 50 ст. 1, ЗИП појавила су се различита поступања, нарочито другостепених судова. Највећи број првостепених судова у ситуацији када извршни поверилац преко пуномоћника адвоката подноси предлог за извршење суду који је одлучивао о потраживању у првом степену, а уз предлог не приложи извршну исправу у оригиналу или овереној копији, такав предлог одбацује као неуредан позивајући се на одредбу чл. 49. ЗИП у вези чл. 103. ст. 6. ЗПП у вези чл. 27. ЗИП, ово из разлога јер према чл. 49. ст. 2. ЗИП уз предлог извршни поверилац је дужан да приложи извршну исправу у оригиналу или овереној копији.

Поједини другостепени судови када укидају наведена решења првостепеног суда позивају се на одредбу чл. 50. ст. 1. ЗИП која прописује, да ако се предлог за извршење подноси суду који о потраживању није одлучивао у првом степену, уз предлог се подноси извршна исправа у извор-

нику или овереном препису **на који је стављена потврда о извршности.** Примењујући супротно тумачење ове одредбе, поједини другостепени судови закључују да извршни поверилац који се обраћа суду **који је одлучивао о потраживању у првом степену**, није уопште дужан да приложи извршну исправу.

Ради правилније примене одредби чл. 49. ст. 2. и чл. 50. ст. 1. ЗИП треба анализирати и наслове наведених одредби, а такође и одредбе чл. 36. и чл. 37. раније важећег закона (објављен у Службеном листу СРЈ, бр. 28/00), те наслов одредбе чл. 36.

Наслов чл. 49. сада важећег закона гласи: "Садржина предлога и **прилози",** а чл. 36. раније важећег закона: "Садржина предлога", те наведена одредба чл. 36. у своја три става није уопште помињала прилоге уз предлог, него само прописивала садржину предлога за извршење. Имајући у виду такво законско решење, било је места примени правила о супротном тумачењу одредби чл. 37. ст. 1. која је идентична одредби чл. 50. ст. 1. сада важећег Закона.

Оно што је одлучујуће у правилној примени одредбе чл. 49. ЗИП јесте доследна примена ст. 2. овог члана који сада наводи обавезни прилог који се доставља уз предлог за извршење, не правећи разлику у погледу чињенице да ли се извршни поверилац обраћа суду који је о потраживању одлучивао у првом степену или суду који о потраживању није одлучивао у првом степену. Дакле ст. 2. и сам наслов чл. 49. не праве разлику и стављају у исти положај све извршне повериоце без обзира ком суду се обраћају предлогом за извршење.

Разлика постоји само у погледу потврде о извршности (чл. 50. ЗИП) и сада се може применити правило о супротном тумачењу, али само у погледу ослобађања извршног повериоца дужности, да ако се обраћа суду који је одлучивао о потраживању у првом степену, снабдева извршну исправу потврдом извршности.

Закључак би био: да је предлог за извршење на основу извршне исправе уредан само у ситуацији када се уз предлог за извршење који садржи све што прописује чл. 49. ст. 1. ЗИП приложи и извршна исправа у изворнику (оригиналу) или препису (овереној фотокопији), без обзира да ли се предлог подноси суду који је одлучивао о потраживању у првом степену или другом суду. Додатни услов је да у случају када се предлог под-

носи суду који није одлучивао о потраживању у првом степену, извршна исправа која се прилаже мора бити снабдевена потврдом о извршности.

ПРОТИВИЗВРШЕЊЕ - КОЈИ ЗАКОН ПРИМЕНИТИ

Према одредби чл. 304. ЗИП поступци извршења и обезбеђења започети до дана ступања на снагу овог закона окончаће се по одредбама Закона о извршном поступку (Сл. лист СРЈ, бр. 28/00, 73/00 и 71/01). У вези примене наведене одредбе поставило се као спорно питање: који закон треба применити у поступку противизвршења, када је извршење спроведено по одредбама Закона из 2000. г., а предлог за противизвршење је поднет након ступања на снагу новог ЗИП. Ради правилног одговора на ово питање, треба имати у виду да је противизвршење поступак који се спроводи (у једној фази) у оквиру већ постојећег извршног поступка, с тим да странке у поступку противизвршења мењају процесни положај. Сам поступак се састоји из две фазе:

- Прва је одлучивање о основаности предлога за противизвршење и подразумева испитивање благовремености, дозвољености и испуњености прописаних разлога, а

- Друга је (ако је суд усвојио предлог за противизвршење), класичан поступак извршења на предлог ранијег дужника, на основу решења којим је суд усвојио предлог за противизвршење, а које решење мора да постане правноснажно и извршно.

Обзиром да у фази одлучивања о основаноси предлога за противизвршења, не постоји извршна исправа и не ради се о класичном поступку извршења, него о одлучивању о захтеву ранијег дужника да му поверилац врати оно што је извршењем добио, то због чињенице да је ова фаза поступка на одређени начин саставни део ранијег започетог поступка извршења (на основу извршне исправе донете у корист ранијег повериоца), те примене одредби закона које говоре о разлозима, роковима, самом поступку, праву на камату код новчаних потраживања, треба у фази одлучивања о основаноси предлога за противизвршење примењивати одредбе закона из 2000. г. У супротном била би нарушена равноправност странака.

Једном започети поступак извршења подразумева да се у том истом поступку одлучује и о евентуалном предлогу за противизвршење и у том смислу примењују одредбе истог закона. Све наведено и из разлога

јер одредбе ЗИП у делу који регулише поступак противизвршења садрже и одредбе материјално правне природе.

У другој фази, поступка када ранији дужник стекне извршну исправу (решење суда којим се налаже ранијем повериоцу да врати дужнику оно што је извршењем добио) поступак се сада спроводи као класичан поступак извршења, а по предлогу ранијег дужника и имају се применити одредбе сада важећег закона (види чл. 61. ЗИП).

У склопу наведеног треба указати да се о предлогу за противизвршење (о основаности) одлучује у истом предмету (исти спис, под истим бројем) у коме је извршење спроведено, а након што суд усвоји предлог за противизвршење и ранији дужник стекне извршну исправу, по његовом предлогу за извршење формира се нов предмет (нов број) и спроводи поступак извршења. То даље значи, да је за одлучивање о предлогу за противизвршење увек надлежан суд који је донео решење о извршењу, док за сам поступак дозволе и спровођења противизвршења надлежност (месна) зависи од предложеног средства извршења.

ОДЛАГАЊЕ ИЗВРШЕЊА НА ПРЕДЛОГ ИЗВРШНОГ ДУЖНИКА

У примени одредбе чл. 64. ст. 1. ЗИП који треба тумачити у смислу обавезног одлагања извршења на предлог извршног дужника, али само у случају када су кумулативно испуњени услови из ове одредбе (тешко надокнадива штета + неправноснажна одлука која укида постојање перфектне извршне исправе) не би требало да буде дилема. Законодавац је са разлогом у наведеној одредби употребио израз "суд ће" што упућује на обавезу суда да у случају испуњености наведених услова одложи извршење.

Одредбе из чл. 64. ст. 2. ЗИП треба тумачити у смислу факултативног одлагања (употребљен је израз "суд може") и оно што се у пракси појавило као проблем јесте рочиште које се заказује поводом предлога извршног дужника за одлагање који је стављен на основу ове одредбе (тешко надокнадива штета + оправдани разлози). Рочиште у овом случају је обавезно и одржава се пре одлуке суда о стављеном предлогу за одлагање, а на шта упућује сама одредба: "о овом предлогу суд одлучује након одржаног рочишта". Саму одредбу можемо с правом критиковати и сугерисати законодавцу да се иста измени, тако да рочиште не буде обавезно,

него да га суд заказује по потреби. Док се одредба евентуално не измени, да би се обезбедила ефикасност поступка и да би се спречиле злоупотребе од стране извршног дужника, излаз је у примени чл. 64. ст. 4. који гласи: "подношење предлога за одлагање извршења од стране извршног дужника као и изјављивање жалбе којим је тај предлог одбијен не спречава даље спровођење извршења". Наведена одредба даје овлашћење суду да спроведе извршење и поред чињенице да је поднет предлог за одлагање о коме није одлучено.

НЕПОКРЕТНОСТ У СУСВОЈИНИ ИЗВРШНОГ ДУЖНИКА

Одредба чл. 101. ЗИП која се налази у склопу главе II (извршење на непокретности) изазвала је у стручним круговима много дискусија и различитих тумачења. Као спорно поставило се питање, да ли је намера законодавца била да услови одређивање извршења на идеалном уделу извршног дужника на непокретности сагласношћу свих других сувласника, или само да наведени услов буде испуњен када извршни поверилац предлаже извршење на целој непокретности, иако је на њој извршни дужник сувласник на идеалном уделу.

Простим језичким тумачењем како наслова чл. 101., као и саме садржине става 1. ове одредбе, могао би се извући закључак да је потребна сагласност и свих других сувласника иако је извршни поверилац предложио извршење на идеалном сувласничком уделу извршног дужника. Сматрамо да не треба прибећи оваквом тумачењу у примени става 1. наведене одредбе.

Намера законодавца је била, да одредбом чл. 101. као новином у извршном поступку, омогући извршном повериоцу, да ради наплате свог новчаног потраживања предложи извршење на целој непокретности на којој је извршни дужник сувласник на идеалном уделу. Разлог је већа атрактивност непокретности, већа продајна цена, те разваргнуће сувласничке заједнице, без посебног вођења ванпарничног поступка - физичке деобе. Наравно, све под условом постојања изричите сагласности свих преосталих сувласника на непокретности. То би било циљно тумачење одредбе чл. 101. ЗИП.

У горе наведеном смислу и шире језичко тумачење може довести до истог закључка. Наиме, став 1. чл. 101. гласи: "Суд ће одредити извр-

шење **на непокретности** на којој је извршни дужник сувласник ако постоји сагласност других сувласника.", те сматрамо да коришћење израза "**на непокретности**" упућује на целу непокретност, а не на сувласнички удео. Очигледно је проблем у изостанку редакције ове одредбе, јер при постојању одредбе ст. 2. истог чл. која гласи: "Уз сагласност свих сувласника суд ће одредити извршење продајом целе сувласничке непокретности трећем лицу или неком од сувласника.", став 1. се у суштини, појављује као сувишан. Требало је само испред речи "непокретности" у ставу 1. додати "целој", чиме би се избегла различита тумачења.

Супротно становиште које су изнели поједини судови како кроз првостепене тако и кроз другостепене одлуке сматрамо да није правилно.

Намера законодавца није била да лиши извршног повериоца могућности да намири своје новчано потраживање у ситуацији када нпр. извршни дужник од имовине поседује само идеални сувласнички удео на непокретности, тиме што би условио извршење на том сувласничком уделу, сагласношћу преосталих сувласника.

Намера законодавца је била да се пружи нова могућност, тј. да се продаји изложи цела непокретност на којој је извршни дужник само један од сувласника, али наравно уз сагласност преосталих сувласника.

У наведеном смислу у одредбе Закона о основама својинско-правних односа (чл. 14. ст. 2. "сувласник може располагати својим уделом без сагласности осталих сувласника и чл. 15. ст. 4. који говори о отуђењу целе ствари), прописују које послове један од сувласника на ствари може да предузима без сагласности осталих, а које са сагласношћу осталих сувласника.

Не би било логично да ЗИП, поводом односа који постоји између извршног повериоца и извршног дужника, условљава могућност остварења потраживања извршног повериоца продајом сувласничког удела извршног дужника, сагласношћу преосталих сувласника, као лица која са односом извршног повериоца и извршног дужника немају ништа, а у исто време Закон о основама својинско правних односа, не ограничава сувласника да у свакој ситуацији без сагласности осталих сувласника располаже својим уделом.

Оно што се мора испоштовати и у случају продаје целе сувласничке непокретности и у случају продаје само идеалног удела, јесте право прече куповине осталих сувласника.

ВРАЋАЊЕ ЈЕМСТВА КОД ПРОДАЈЕ НЕПОКРЕТНОСТИ

Несагласност између одредби чл. 122. ст. 5. и чл. 128. ст. 5. ЗИП довела је до спорног питања, да ли је суд у обавези када је било више од једног понудиоца на усменом јавном надметању за продају непокретности, врати јемство свим понудиоцима осим једног чија је понуда прихваћена (види чл. 122. ст. 5.) или да задржи и јемства другог и трећег по реду понудиоца (види чл. 128. ст. 5.). Проблем је поново у изостанку редакције текста закона**,** због чега је изостало усаглашавање појединих одредби. Проблем се може превазићи тако што ће суд у закључку који садржи услове продаје назначити, да ће се у случају постојања више понудилаца цене, јемство, осим најповољнијем понуђачу, задржати и другом, евентуално и трећем понуђачу по реду. Ово за случај да најповољнији понуђач у року који је закључком одређен за полагање цене не испоштује рок и не положи цену, те ће суд у складу са чл. 128. ст. 3. досудити непокретност другом односно трећем по реду понуђачу уз поштовање истог рока за полагање цене.

На наведени начин сви учесници у поступку продаје би кроз закључак били упознати са условима продаје и последицама из чл. 128. ст. 3, 4. и 5. ЗИП.

ИЗВРШЕЊЕ У ТРГОВИНСКИМ И СА ТРГОВИНСКИ ПОВЕЗАНИМ СТВАРИМА

Једно од спорних питања које се појавило у примени новог ЗИП-а везано је за одредбе дела V Закона. Поставља се питање да ли се правила из овог дела Закона примењују у поступку само пред трговинским судом или и у поступку пред судом опште надлежности.

Потпуно нове одредбе унете су у ЗИП у циљу да се извршење пред Трговинским судом учини ефикаснијим, али и да се поступци које воде судови опште надлежности а који у себи имају елементе трговинске ствари (тиме је реч о трговински повезаној ствари) учине ефикаснијим.

Пред судом опште надлежности то ће бити они поступци у којима се поред извршног повериоца физичког лица, као извршни дужник појављује привредно друштво или друго правно лице, а средство извршења ради наплате новчаног потраживања је пренос средстава која се воде на рачуну код банке, или су као средства извршења предложени продаја акција или удела, а нема места надлежности Трговинског суда у смислу чл. 15. ст. 2. тач. в. Закона о судовима. Исти је случај и када се предлаже спровођење скраћеног извршног поступка, а извршни дужник је физичко лице на основу веродостојне исправе проистекле из Уговора о комерцијалном кредиту.

ЗИП као процесни Закон (иако садржи одређени број материјалноправних одредби) не прописује стварну надлежност него је она, наравно, регулисана Законом о судовима, а од 01. 01. 2007. г. примењиваће се одредбе Закона у уређењу судова. Зато се у извршном поступку стварна надлежност цени према одредбама чл. 12. односно 15. Закона о судовима и да би био надлежан Трговински суд потребно је да буду испуњени услови из чл. 15. ст. 2. тач. в. поменутог закона. Извршна исправа мора бити одлука Трговинског суда и мора се односити на лица из тач. а, б и в. ст. 1. истог члана (предузећа, правна лица, предузетници, имаоци радњи, страна физичка и привредна лица и физичка лица али само супарничар из чл. 199. ст. 1. тач. 1 ЗПП, поред лица из тач. а и б у поступку пред Трговинским судом из ког потиче извршна исправа).

Због наведеног одредба чл. 242. ЗИП која говори о својству извршног дужника и упућује на примену **правила** овог дела Закона, не треба да доводи у недоумицу судије који поступају у поступку извршења. Наведена одредба није, нити може бити у функцији одређивања стварне надлежности у извршном поступку.

Истовремено треба указати да наведена одредба чл. 242., те одредба чл. 248. ЗИП упућује на примену одредби из дела V Закона само у случајевима када се у поступку извршења остварује новчано потраживање.

Треба обратити пажњу на садржину одредбе чл. 243. ЗИП обзиром да је ово посебна одредба у односу на чл. 49. Закона и прописује додатне податке које предлог за извршење у трговинским и трговински повезаним стварима (дакле и одређеним врстама извршења пред судом опште надлежности) мора да садржи. Реч је о подацима (матични број, ПИБ број, име банке, број рачуна извршног дужника те име банке и број рачуна извр-

шног повериоца - од овог последњег изузета су физичка лица као извршни повериоци) који су неопходни да би се уопште могло спроводити извршење преносом новчаних средстава са рачуна извршног дужника код банке, а у складу одредбама чл. 198. и 199. ЗИП, те закона о платном промету. Без ових података одсек за принудну наплату НБС не може поступати по решењу о извршењу.

Али ако је предлог за извршење поднет суду и без додатних података из чл. 243. ст. 1. Закона, исти неће бити неуредан, ако је уз предлог извршни поверилац доставио доказ да је те податке затражио од извршног дужника. Ако је то учинио суд не може предлог одбацити или га враћати на уређење (зависно од тога да ли странке заступа пуномоћник адвокат), него ће пре доношења решења о извршењу од одсека за принудну наплату затражити наведене податке за извршног дужника. Подразумева се да је извршни поверилац у обавези да за себе, сам достави податке.

У контексту стварне надлежности је питање, да ли је увек за извршење на акцијама и уделима надлежан Трговински суд. Одговор поново треба потражити у одредбама чл. 12. и 15. Закона о судовима и у том смислу опет указати да се код извршења на акцијама и уделима у Д. О. О. само у поступку (било пред Трговинским судом, било пред судом опште надлежности) **примењују правила** из чл. 245. -252. ЗИП. Не може се засновати надлежност трговинског суда у случају извршења на акцијама и уделима, када се као странке појављују физичка лица, када је основ за дозволу извршења извршна исправа коју је донео суд опште надлежности. То што је извршни поверилац за остварење свог новчаног потраживања у наведеном случају определио као средство извршења: акције или уделе, не може променити стварну надлежност установљену Законом о судовима. Извршни поступак је неспоран поступак (ванпарнични) и продаја акција или удела у извршном поступку нема елементе спора о статусним променама у привредним друштвима (види чл. 15. ст. 1. тач. е Закона о судовима).

У прилог наведеном кроз одређени број одлука поводом решавања сукоба надлежности између судова опште надлежности и Трговинског, у парницама где су обе странке физичка лица а предмет спора је захтев за утврђење власништва на акцијама одређеног А. Д., изјаснио се Врховни суд Србије заступајући правно становиште да је реч о имовинско правном

захтеву између два физичка лица, те да нема елемената статусног односно привредног спора.

Зато и извршење на акцијама и уделима где су обе странке физичка лица, извршна исправа је одлука суда опште надлежности, не може бити извршење за које је надлежан Трговински суд. Због тога што се извршење спроводи на акцијама или уделима у питању је са трговинском повезана ствар, али није реч о трговинској ствари.

Још једно питање које се као спорно наметнуло из овог дела Закона јесте круг веродостојних исправа које у смислу чл. 253. ст. 1. ЗИП могу бити основ за скраћени извршни поступак. Питање се оправдано поставља с обзиром на генералну одредницу става 1. наведеног члана која гласи: "Скраћени извршни поступак се може спровести на основу **сваке веродостојне исправе** којом се на несумњив начин доказује постојање, износ и доспелост повериочевог потраживања, а нарочито":. То што Закон касније нарочито набраја поједине веродостојне исправе и што у ставу 3. искључује као основ за скраћени извршни поступак страну исправу, није дало прави одговор на спорно питање, али је дало смерницу у ком правцу треба размишљати и тражити одговор.

Чл. 36. ст. 2. и 3. ЗИП прописује које су то веродостојне исправе у смислу овог закона и сем наведених ни једна друга (осим и оних из чл. 253. ст. 1.) нема својство веродостојне исправе. Додатни услов да веродостојна исправа мора бити и подобна за извршење.

Како је циљ законодавца да увођењем скраћеног извршног поступка убрза наплату доспелог новчаног потраживања, због чега су разлози за приговор ограничени и таксативно набројани, те је осим образложеног приговора извршни дужник у обавези да уз приговор поднесе и доказе (писмене) који су једнаке снаге (у смислу доказног средства) као и исправе које је приложио извршни поверилац, то сматрамо да се скраћени извршни поступак не би могао спроводити на основу следећих веродостојних исправа: фактуре, извода из пословних књига за цену комуналних услуга, испоруку воде, топлотне енергије, одвоз смећа и сл. услуге, банкарске гаранције, акредитива и обрачуна камате.

Ово из разлога јер се из наведених исправа не може на несумњив начин доказати постојање потраживања, а што се показало у судској пракси, посебно код фактуре, извода из пословних књига, те обрачуна камате,

обзиром да је реч о једностраним актима извршног повериоца, а како је законодавац у чл. 253. ст. ЗИП за скраћени извршни поступак предвидео доспелу безусловну банкарску гаранцију и доспели безусловни акредитив, тиме је направио јасну разлику од банкарске гаранције и акредитива из чл. 36. ст. 2. ЗИП и на тај начин им дао већу доказну снагу у односу на поменуте исправе из чл. 36. ст. 1. ЗИП.

Треба имати у виду да је циљ да скраћени извршни поступак буде ефикасан и из тога разлога су ограничени разлози за приговор, те из истог разлога када веће из чл. 258. ст. 1. ЗИП одбије или одбаци приговор извршног дужника жалба нема суспензивно дејство.

У прилог наведеном говори и садржина одредби чл. 254. ст. 2., чл. 256. ст. 2. и 257. ст. 1., 2. и 3. ЗИП.

Одредба чл. 254. ст. 2. ЗИП упућује на то да су средства плаћања основ за спровођење скраћеног извршног поступка и тиме сужава круг веродостојних исправа за ову врсту поступка.

То што Закон у чл. 256. ст. 2. и 257. ст. 1., 2. и 3. извршном дужнику дозвољава да истакне у приговору само разлоге који су таксативно набројани, те га обавезује да за разлоге из приговора поднесе таксативно набројане (предвиђене) доказе, указује на потребу да се и круг исправа из чл. 253. ст. 1. рестриктивно тумачи и сведе на оне који су у тој одредби таксативно набројане. Наведеном у прилог иде и чињеница да ЗИП у чл. 21. не прописује таксативне разлоге за приговор против решења о извршењу на основу веродостојне исправе (довољно га је побијати у целини), као и околност да би странке и у скраћеном извршном поступку имале равноправан положај (таксативно набројан круг извршних исправа који подноси извршни поверилац, такође таксативно набројани разлози за приговор и докази уз приговор што подноси извршни дужник). Због наведеног сматрамо да веродостојне исправе треба свести на оне из тач. 1-7 ст. 1. у вези става 2. чл. 253. ЗИП.

Стојан Јокић,
судија Врховног суда Србије

ПРИВРЕМЕНЕ МЕРЕ У ТРГОВИНСКИМ СУДОВИМА

- У стечајном поступку -

Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији - ЗППСЛ ("Службени лист СФРЈ", бр. 84/89 и "Службени лист СРЈ" бр. 32/93 и 28/96), престао је да важи ступањем на правну снагу Закона о стечајном поступку ("Службени гласник РС" бр. 84/2004 и 85/2005). Изузетно се још примењују у по његовим нормама отвореним и у претежном делу проведеним поступцима стечаја у смислу уновчења имовине у обиму већем од 50%. Примењује се и у неким раније започетим поступцима стечаја и ликвидације банака.

ЗППСЛ је само изузетно и рестриктивно прописао могућност одређивања привремених мера. Оне су прописане у законским одредбама које цитирам:

- члан 28. став 5:

"***Изузетно, веће поравнање, може по доношењу решења о отварању принудног поравнања, одредити као привремену меру обезбеђења обуставу исплате са рачуна дужника."***

- члан 76. став 1:

"Стечајно веће може по доношењу решења о спровођењу претходног поступка ограничити права овлашћених лица дужника за обављање правних послова и као примену мере обезбеђења одредити обуставу исплата са рачуна дужника или својом претходном сагласношћу условити пуноважност одлука органа дужника које се односе на располагање његовим средствима."

Друге привремене мере нису законом прописане.

Виши трговински суд се у том смислу за време важења овог закона изражавао кроз одговоре на постављана питања и објављене сентенце и правна схватања на начин који наводим:

- Врсте привремених мера у претходном стечајном поступку -

Стечајно веће током спровођења претходног поступка може да донесе само привремене мере предвиђене у члану 76. став 1. Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији.

(Одговор утврђен на седници Одељења за привредне спорове Вишег привредног суда у Београду, 22. јуна 1993. године)

- Одређивање привремене мере по службеној дужности -

Стечајно веће може у смислу члана 76. Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији да одреди привремену меру и по службеној дужности, а не само на предлог овлашћеног субјекта за отварање стечајног поступка.

(Одговор утврђен на седници Одељења за привредне спорове Вишег привредног суда у Београду 27. јуна 1994. године)

- Привремена мера против стечајног дужника -

Од дана отварања стечајног поступка, против стечајног дужника може се одредити привремена мера само ако је реч о излучним повериоцима, који су право одвојеног намирења стекли 60 дана пре отварања стечајног поступка.

(Из решења Вишег привредног суда у Београду Пж. 6943/95 од 8. новембра 1995. године)

- Упис у судски регистар привремене мере забране располагања имовином стечајног дужника -

Стечајно веће је овлашћено да одреди привремену меру дужника над којим је отворен претходни стечајни поступак, тако што ће му забранити располагање покретном и непокретном имовином без његове претходне сагласности. Ова ограничења ће се уписати у судски регистар, а о истима ће стечајно веће обавестити и организацију која за дужника обавља послове платног промета.

(Из решења Вишег привредног суда у Београду Пж. 4653/96 од 18. јуна 1996. године)

- Условљавање располагања имовином сагласношћу стечајног већа -

Када је покренут претходни стечајни поступак над предузећем, стечајно веће може одредити привремену меру обезбеђења ограничењем располагања имовином дужника, те обуставу исплата са његовог жиро рачуна, ако постоји опасност да ће дужник својим радњама умањити имовину предузећа. Располагање имовином може се условити претходном сагласношћу стечајног већа.

(Из решења Вишег привредног суда у Београду Пж. 4659/96 од 18. јуна 1996. године)

- Немогућност одређивања привременог заступника привременом мером у претходном поступку и жалба као правни лек -

Одлуком о одређивању привременог заступника, односно привременог органа пословођења дужника суд прекорачује овлашћења о одређивању привремених мера из члана 76. став 1. Закона о привредном поравнању, стечају и ликвидацији, а против решења донетог на основу наведеног члана правни лек је само жалба, јер је тако прописано чланом 10. став 1. истог Закона.

(Правно схватање Одељења за привредне спорове Вишег привредног суда у Београду од 6. јуна 2001. године)

Судска пракса трговинских судова осим поменутих привремених мера познаје и друге. Те друге су и спорне. Споран је правни основ њихова одређивања. Законитост њихова одређивања била је преиспитивана по ванредним правним лековима пред Врховним судом Србије. Одређивање привремених мера које не прописују специјални закони који се примењују у поступку ликвидације банака је још увек актуелно пред трговинским судовима. Отуда налазим за потребно да укажем на исте:

- Одлагање отварања поступка ликвидације над банком -

Ликвидација над банком проводи се на основу још увек и за поједине поступке важећем Закону о санацији, стечају и ликвидацији банака ("Службени лист СФРЈ" бр. 84/89, 63/90, "Службени лист СРЈ" бр. 31/93, 26/93,

28/96, 16/99, 44/99, 33/2001) и по одредбама Закона о стечају и ликвидацији банака и друштава за осигурање ("Службени гласник РС" бр. 61/2000). Закон о стечају и ликвидацији банака и друштава за осигурање ступио је на правну снагу 26. 7. 2005. године. Са даном његова ступања на правну снагу, престао је да важи Закон о санацији, стечају и ликвидацији банака.

Поступак ликвидације над банком проводи се у смислу члана 4. став 1. Закона о санацији, стечају и ликвидацији банака над банком којој је Народна банка решењем одузела дозволу за рад у складу са савезним законом. У смислу члана 21. истог закона решење о ликвидацији банке гувернер банке доноси на основу одлуке о престанку рада банке, као и на основу коначног решења гувернера о одузимању дозволе за рад банке. Решење о ликвидацији банке је коначно и доставља се надлежном суду ради спровођења поступка ликвидације. Надлежни суд је дужан да у року од три дана од дана пријема решења о ликвидацији банке донесе решење о отварању поступка ликвидације над банком. Даном доношења решења о ликвидацији Народна банка врши блокаду свих рачуна банке и забрањује банци располагање свим новчаним средствима.

Закон о стечају и ликвидацији банака и друштва за осигурање је у члану 20. став 1. прописао да Народна банка Србије на основу решења о одузимању дозволе за рад одмах доноси решење о ликвидацији банке. Чланом 6. истог Закона прописано је да се решење о испуњености услова за покретање ликвидационог поступка доставља банци, агенцији и надлежном суду, који је дужан да најкасније првог наредног радног дана од дана пријема овог решења, донесе решење о покретању ликвидационог поступка над банком као ликвидационим дужником.

Законодавац је у члану 28. прелазних и завршних одредби Закона о стечају и ликвидацији банака и друштва за осигурање прописао да ће се поступци ликвидације банака започетих по Закону о санацији, стечају и ликвидацији банака и Законом о принудном поравнању, стечају и ликвидацији наставити по одредбама тих закона.

У смислу поменутих законских норми, Народна банка доставља трговинском суду решење о одузимању дозволе за рад банци и на основу тог решења донето решење о ликвидацији банке. Поступање трговинског суда по решењу о ликвидацији банке јасно је прописано законским нормама. То поступање, подразумева обавезу првостепеног суда да у року од три дана или првог наредног радног дана од дана пријема решења, донесе

решење о отварању поступка ликвидације над банком као ликвидационим дужником. Законске норме су потпуно јасне. Оне су императивне природе. Обавезују поступајући трговински суд. То даље подразумева да трговински суд мора да примењује законске норме онако како су прописане. Примена императивних законских норми, налаже првостепеном суду да по решењу Народне банке о ликвидацији банке, у законом прописаном року отвори поступак ликвидације над банком и за ликвидационог дужника одреди Агенцију за санацију, стечај и ликвидацију банака.

Трговински судови у поступцима ликвидације банака одлучују и тако што не поступају по напред поменутим законским нормама. Решењем о одређивању привремене мере, одлажу отварање поступка ликвидације над банком. Отварање поступка ликвидације одлажу до доношења одлуке Врховног суда Србије по тужби ликвидационог дужника у управном спору за поништај решења гувернера Народне банке о одузимању дозволе за рад и ликвидацији банке.

Законитост таквог одлучивања испитивана је пред Врховним судом Србије у поступку по подигнутом захтеву за заштиту законитости Народне банке Србије против првостепеног и другостепеног решења трговинских судова. Врховни суд Србије је решењем Спзз. 61/05 од 8. 2. 2006. године, преиначио захтевом за заштиту законитости побијана решења и одбио предлог ликвидационог дужника за одлагање извршења, отварањем поступка ликвидације банке до доношења одлуке Врховног суда по тужби у управном спору банке и њених акционара. У преиначујућем решењу Врховни суд изражава правни став да не постоје законски услови за одлагање отварања поступка ликвидације. Могућност одлагања отварања поступка ликвидације није прописана Законом о санацији, стечају и ликвидацији банака, нити ЗППСЛ. Оба закона су специјална закона и само на основу њихових норми може се одлучивати о одлагању отварања поступка ликвидације. Како законским нормама није прописана могућност одлагања отварања поступка ликвидације, првостепени суд мора да примени императивну норму и да на основу решења гувернера Народне банке о ликвидацији банке, отвори поступак ликвидације над том банком у законом прописаном року. Решењем се не може одложити отварање поступка ликвидације банке. Таква могућност законом није прописана. У поступку ликвидације банке примењују се само два закона. Оба као lex specialis. Први специјални закон је Закон о санацији, стечају и ликвидацији банака.

Овај закон не потписује у својим нормама могућност одлагања отварања поступка ликвидације банке. Чланом 24. тог Закона прописано је да се на поступак ликвидације сходно примењују одредбе савезног закона којим се уређује ликвидација, ако тим законом није другачије прописано. Поменута законска норма подразумева примену другог специјалног закона као општијег, а он је Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији. Како први специјални закон не прописује могућност одлагања отварања поступка ликвидације, онда ту могућност треба тражити у другом општијем специјалном закону који се примењује на поступак ликвидације банке. Тај закон је у члану 157. прописао да се одредбе тог закона које се односе на стечајни поступак сходно примењују и на поступак ликвидације, ако тим законом није друкчије одређено. Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији је само у одредби члана 85. прописао могућност одлагања отварања стечајног поступка и ниједном другом одредбом. Поменутом законском нормом је прописано:

"Стечајно веће може одложити отварање стечајног поступка али не дуже од три месеца од дана пријема предлога за отварање стечајног поступка на предлог повериоца који је предложио покретање стечајног поступка чије се потраживање ни принудним путем није могло наплатити на основу правног акта који има својство извршне исправе."

Законске норме у оба поменута специјална закона су јасне. Оне не прописују могућност одлагања отварања поступка ликвидације над банком. То подразумева обавезу првостепеног суда да поступи на начин прописан чланом 21. поменутог Закона и да по решењу Народне банке о ликвидацији банке у року од три дана од дана пријема решења донесе решење о отварању поступка ликвидације над банком. Отварање поступка ликвидације не може да се одлаже. Не може јер то није прописано императивним нормама специјалних закона који се примењују у поступку ликвидације банке.

- Одлагање спровођења отвореног поступка ликвидације-

Трговински судови одлучују и тако што решењем о одређивању привремене мере, одлажу извршење отвореног поступка ликвидације, следствено томе и провођења поступка ликвидације над банком. Одлагање провођења поступка ликвидације над банком врши се до доношења од-

луке Врховног суда по тужби у управном спору ради поништаја решења гувернера Народне банке, о одузимању дозволе за рад и ликвидацију банке. Трговински судови решење о одређивању привремених мера којима се одлаже отварање поступка ликвидације над банком или провођења тог поступка до доношења одлуке Врховног суда по тужби у управном спору заснивају на одредби члана 16. тачка 2. Закона о управним споровима ("Службени лист СРЈ" бр. 46/96). Том законском норном је прописано:

"По захтеву тужиоца орган чији се акт извршава, односно орган надлежан за извршење, ако је у питању акт организације која није овлашћења за извршење, одложиће извршење до правноснажности судске одлуке, ако би извршење нанело тужиоцу штету која би се тешко могла поправити, а одлагање није противно јавном интересу, нити би се одлагањем нанела већа ненакнадива штета противној страни. Уз захтев за одлагање мора се приложити доказ о поднесеној тужби. По сваком захтеву надлежни орган мора донети решење најдоцније у року од три дана од пријема захтева."

У претходном излагању речено је због чега не постоје законски услови за одлагање отварања поступка ликвидације. Исти разлози важе и за примену закона код одлучивања о одлагању провођења отвореног поступка ликвидације. То подразумева да се и на ову правну ситуацију примењују одредбе оба поменута специјална закона која не прописују могућност одлагања провођења отвореног поступка ликвидације.

Заснивањем поменутих решења о одређивању привремених мера на одредби члана 16. став 2. Закона о управним споровима, трговински судови уствари не прихватају изражено правно мишљење у већ поменутом решењу Врховног суда Спзз. 61/05. Супротно томе изражавам мишљење да се одредбе других закона који не прописују поступак отварања и провођења ликвидације над банком не могу примењивати, нити њихове норме могу представљати било какав основ за одлагање отварања или одлагања провођења отвореног поступка ликвидације над банком. То подразумева да је искључена примена тачке 2. члана 16. Закона о управним споровима као правног основа за одређивање поменутих привремених мера.

Под претпоставком прихватања правног резона трговинских судова за одређивање поменутих привремених мера, спорност представља да ли се оне могу одредити и са разлога са којих их одређују трговински судови. Трговински судови изражавају правни став да поступак ликвидације

штети и да његовим отварањем и провођењем за банку може настати штета која би се тешко могла поправити. У претпостављеној ситуацији дозвољене примене тачке 2. члана 16. Закона о управним споровима, решења о одређивању поменутих привремених мера не могу бити заснована само на једном законом прописаном разлогу одлагања. За одлагања отварања или провођења отвореног поступка ликвидације над банком потребно је да су испуњена кумулативно сва три законом прописана разлога:

-извршењем наношење штете тужиоцу која би се тешко могла поправити;

- да одлагање није противно јавном интересу, и

- да се одлагањем не би нанела већа ненакнадива штета противној странци.

Ако се претпостави да стоје разлози трговинских судова за настанак непоправљиве штете коју ће дужник отварањем поступка или спровођењем отвореног поступка ликвидације претрпети није испуњен други кумулативни услов везан за јавни интерес. Одлагање извршења је противно јавном интересу. Право увек мора да штити јавни интерес који има приоритет над приватним интересом. Приватни интереси се штите када су изричито одређени правом и прописани законом, док се јавни интерес штити увек. Приватни интерес се штити само ако је у складу са јавним интересом. Штити се, када се поклапа приватни и јавни интерес. Јавни интерес као правни појам је саставни део позитивног правног поретка сваке земље. Законом о Народној банци и Законом о банкама и другим финансијским организацијама јасно је прописано у којим случајевима Народна банка штити јавни интерес. Јавни интерес је угрожен ако се банци која крши когентне правне норме дозволи да ради. Једино је Народна банка Србије овлашћена да цени које мере треба предузети ради заштите тог јавног интереса.

Трговински судови могућност настанка непоправљиве штете, отварањем и провођењем отвореног поступка ликвидације као разлога за одлагање тих поступака не образлажу. Напомињу је само као један од законских разлога за одлагање. Не наводе у чему се она то састоји. Постојање непоправљиве штете као разлога за одлагање отварања поступка и провођења отвореног поступка ликвидације мора бити образложено. Мора се тачно и јасно означити у чему се та непоправљива штета састоји. Решење које то не садржи је нејасно. Нема разлоге о одлучној чињеници на

основу које је донето. Због тог недостатка решења се не могу испитати и тиме су захваћене битном повредом сада из члана 361. став 2. тачка 12. важећег Закона о парничном поступку.

Када је по среди претпостављена непоправљива штета на коју необразложено указују трговински судови и на њој заснивају поменута решења о одређивању привремених мера налазим за потребно да укажем на њено постојање или боље речено на непостојање.

Решење о одузимању дозволе за рад претходи решењу гувернера Народне банке којим налаже банци да обустави предузимање радњи у редовном пословању попут одобравања нових и пуштању у течај већ одобрених кредита, издавања акредитива, авала и других инструмената плаћања и обезбеђења плаћања, полагања депозита код других банака, вршења исплата и свако располагање својом имовином. Све ово указује да штета за банку и њено пословање настаје управо одлагањем отварања поступка ликвидације или њеног провођења, а не и отварањем поступка ликвидације. Штета настаје немогућношћу банке да обавља своју редовну делатност. Немогућношћу комитената банке да располажу својим новчаним средствима на рачуну банке. Немогућношћу корисника сефова код банке да располажу имовином депонованом у сефовима. Настанак штете за банку се у оваквим чињеничним ситуацијама отклања само отварањем поступка ликвидације и провођењем отвореног поступка ликвицаје.

Одлагањем отварања поступка ликвидације над банком се банци не враћа одузета дозвола за рад. Решење гувернера Народне банке којим је одузета дозвола за рад банке остаје на правној снази све до доношења одлуке по тужби у управном спору пред Врховним судом. Са даном доношења решења о ликвидацији банке врши се блокада свих рачуна банке и забрана банци располагањем свим новчаним средствима.

Указано је на последицу одузимања дозволе за рад, а следом тога и на могућу штету услед одузете дозволе за рад банке. Та штета се ни у ком случају не може повећати у обиму отварањем поступка ликвидације јер ће се функција и делатност банке обављати од стране Агенције као ликвидационог управника у складу са овлашћењима из закона. При том ликвидационо веће контролише законитост рада Агенције као ликвидационог управника. И тиме се онемогућава настанак непоправљиве штете за банку као ликвидационог дужника, у сваком случају настанак веће штете

од штете која настаје одлагањима отварања поступка ликвидације и потпуном забраном рада банке.

- Деблокада рачуна ликвидационог дужника привременом мером -

У отвореним поступцима ликвидације над банком, трговински судови одлучују и тако што на основу првостепеног решења о отварању поступка ликвидације као извршне исправе, усвајају предложену привремену меру повериоца, тако што налажу дужнику Народној банци Србије да одмах изврши деблокаду девизних и динарских рачуна банке и одмах дозволи располагање свим банчиним новчаним средствима.

Врховни суд Србије је законитост овако одређене привремене мере преиспитао у поступку по захтеву за заштиту законитости подигнутом од стране Народне банке Србије. Захтев за заштиту законитости је усвојен, преиначена су захтевом побијана решења првостепеног трговинског суда и решењем Врховног суда Спзз. 39/05 од 3. новембра 2005. године, усвојен приговор дужника, предлог за одређивање предложене привремене мере одбијен, обустављено одређено извршење и укинуте спроведене извршне радње.

У решењу Врховног суд Србије изражен је правни став:

Захтевом за заштиту законитости побијана решења трговинског суда захваћена су битном повредом из члана 361. став 2. тачка 5. Закона о парничном поступку и оба решења донета су противно члану 3. став 3. истог процесног закона. Трговински суд није испунио своју посебну дужност и обавезу да у случају када странке у поступцима врше располагања захтевима која су у супротности са принудним прописима, јавним поретком и правилима морала, таква располагања и не дозволи. Располагања странака захтевима често су ограничена принудним прописима који регулишу настанак, садржину и престанак извесних субјективних права. Императивне законске норме су обавезујуће за странке и оне их не могу својом вољом мењати, па је суд дужан да спречи кршење принудних прописа. Одредба члана 3. став 3. Закона о парничном поступку је фундаментална за читав парнични поступак који се у складу са чланом 14. Закона о извршном поступку сходно примењује у поступку извршења и обезбеђења ако тим или другим законом није другачије одређено. Том одредбом се обезбеђује јачање уставности и законитости и заштита државног и правног поретка. Управо у примени ове норме оцењује се законитост рада су-

дова у парници и другим поступцима у којима се сходно примењују одредбе процесног закона. Ако се у обавезујућим нормама које су садржане у било ком законском или подзаконском акту нешто предвиђа, суд не може усвојити захтев странака ако је он супротан закону или подзаконском акту. То подразумева да је суд дужан да одлучује о располагањима странака у поступку, да цени да ли је тај захтев правно дозвољен, па ако утврди да је реч о недозвољеном располагању странака, односно да странка злоупотребљава право у поступку, дужан је да одбије захтев и одбијајућом одлуком не уважи располагање странака која су у супротности са принудним прописима. Зато предлог банке као ликвидационог дужника да се не изврши првостепено решење о провођењу поступка ликвидације представља злоупотребу права у поступку. Ту злоупотребу је првостепени суд био дужан да спречи. Спречавање се постиже само одбијањем предлога за одређивање привремене мере, јер је предлогом прекорачена диспозиција странака утврђена прописом. Том диспозицијом су повређени принудни прописи материјалног права и то члана 21. став 6. Закона о санацији, стечају и ликвидацији банака којом одредбом је прописано да даном доношења решења о ликвидацији Народна банка Србије врши блокаду свих рачуна банке и забрањује јој располагање свим новчаним средствима. Исто је повређена и одредба члана 57. Закона о банкама и другим финансијским организацијама. Банка која не поседује дозволу за рад не испуњава услове за обављање платног промета и искључује се из овог система. Решење о ликвидацији банке и решење о одузимању дозволе за рад банке су и даље у правном промету, а захтевом побијана решења о извршењу омогућују банци да фактички настави рад иако је коначним решењима Народне банке Србије одузета дозвола за рад.

Сматрам да постоје и други разлози за одбијање предлога ликвидационог дужника да се привременом мером наложи Народној банци Србије да изврши деблокаду рачуна банке као ликвидационог дужника и дозволи располагање на свим новчаним средствима и рачунима ликвидационог дужника. Ти разлози су следећи:

Решење првостепеног суда којим је отворен поступак ликвидације над банком, није и извршна исправа из члана 16. и 17. раније важећег савезног Закона о извршном поступку и члана 30. и 31. сада важећег републичког Закона о извршном поступку, на основу које се може одредити деблокада рачуна ликвидационог дужника и дозволити располагање сред-

ствима са тих рачуна. У овој извршној исправи ликвидациони дужник није и поверилац из извршне исправе. Народна банка Србије није у извршној исправи дужник по Закону о извршном поступку. Својства извршног повериоца и извршног дужника немају у поступку одређивања привремене мере на основу решења о ликвидацији банке ни ликвидациони дужник нити Народна банка Србије. Стога, не постоји ни активна ни пасивна легитимација странака у поступку за одређивање привремене мере. Решењем којим се отвара поступак ликвидације над банком као ликвидационим дужником је решење sui generis. Решење донето на основу императивних норми специјалних закона. Његовим доношењем наступају законом прописане правне последице. У те последице спада и блокада рачуна банке и престанак права пословног органа, заступника, као и органа управљања дужника преласком тих функција на ликвидационог управника. Даном отварања ликвидационог поступка у смислу члана 92. Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији престала су права пословодног органа, заступника, као и органа управљања код банке као ликвидационог дужника. Право располагања новчаним средствима банке као ликвидационог дужника припада само ликвидационом управнику - законом овлашћеној агенцији. Само је она по закону овлашћена да располаже новчаним средствима банке на законом прописани начин. Не може се одређивањем предложене привремене мере суспендовати законска норма која прописује располагање новчаним средствима банке као ликвидационог дужника. То значи да се никоме не може дати веће право располагања новчаним средствима од права прописаног законом.

Одређивање привремене мере којом се налаже деблокада рачуна и располагање новчаним средствима са тих рачуна противна је императивној норми из члана 97. Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији. Том законском нормом је прописано:

"Даном отварања стечајног поступка, гасе се рачуни дужника и престају права лица која су била овлашћена да располажу имовином дужника.

Организација која за дужника обавља послове платног промета, на захтев стечајног управника, отвориће нов рачун преко ког ће се вршити пословање дужника.

Новчана средства са угашених рачуна дужника преносе се на нов рачун.

Идентичну норму садржи и сада важећи Закон о стечајном поступку у члану 65.

Примена специјалних закона у поступку спровођења извршења отвореног поступка ликвидације над банком јасно подразумева немогућност одлагања провођења извршења поступка ликвидације, јер је то противно њиховим одредбама, а то даље значи да се искључује примена Закона о извршном поступку и сходних одредби Закона о парничном поступку на поступак одређивања привремене мере на начин како ју је одредио првостепени суд. То јасно произилази и из већ поменутог члана 21. став 5. Закона о санацији, стечају и ликвидацији банака којом законском нормом је прописано да даном доношења решења о ликвидацији Народна банка врши блокаду свих рачуна банке и забрањује банци располагање свим новчаним средствима.

У прилог ставу против привремених мера још и ово:

У прилог до сада изнетог да се поменуте привремене мере не могу заснивати на одредби тачке 2. члана 16. Закона о управним споровима истичем и следеће: Народна банка Србије, као орган Републике Србије из члана 107. Устава ради остваривања јавног интереса одређеног у члану 3. и 4. Закона о Народној банци Србије, је овлашћена да издаје и одузима дозволе за рад банкама, врши контролу бонитета и законитости пословања банака. На основу овлашћења из члана 63. Закона о Народној банци овлашћена је да доноси решење о одузимању дозволе за рад банке.

Народна банка Србије, на основу члана 57. став 5. Закона о банкама и другим финансијским организацијама је овлашћена да даном доношења решења о одузимању дозволе за рад изврши блокаду свих рачуна банке и одреди меру забране располагања имовином банке.

Поступак ликвидације банке, раније према члану 21. Закона о санацији, стечају и ликвидацији банака, а сада према члану 6. у вези члана 21. Закона о стечају и ликвидацији банака и друштава за осигурање, је судски поступак. Иницира се правном чињеницом, да је од стране законом одређеног органа одузета дозвола за рад банци, што за последицу има ликвидацију банке.

Из изнетог следи, да јавно правни карактер на основу Законом о Народној банци Србије установљеног јавног интереса и положај Народне банке Србије као републичког органа, подразумева да контролу законито-

сти управних аката може да врши само суд одређен Законом, а то је према Закону о управним споровима и Закону о судовима у конкретном случају само ***Врховни суд у управном спору.***

У прилог истог становишта наводим и:

- да трговински суд према члану 15. став 2. тачка б) Закона о судовима спроводи поступак ликвидације, што представља законом установљену судску надлежност, а не надлежност за извршење управног акта у смислу одредаба Закона о општем управном поступку;

- да одредбе члана 261. до 283. Закона о општем управном поступку прописују поступак принудног извршења управних аката, тако да је за извршење неновчаних захтева одређено административно извршење, односно поступак по одредбама управног поступка (општег и посебног), а за новчано извршење судски поступак, и да се код новчаног извршења примењује Закон о извршном поступку који је раније у члану 1. став 2. ранијег савезног закона, предвиђао да се одредбе тог закона примењују на принудно извршење одлуке донесене у управном и прекршајном поступку која гласи на испуњење новчане обавезе, као и у међувремену на принудно извршење одлуке донесене у управном и прекршајном поступку која гласи на испуњење новчане обавезе, као и на обезбеђење новчаног потраживања у коме се одлучује у управном или прекршајном поступку, осим ако је за то извршење или обезбеђење одређена надлежност другог органа, а важећи Закон о извршном поступку прописује у члану 1. став 1. да се овим законом уређује поступак по коме судови спроводе принудно остварење потраживања на основу извршне или веродостојне исправе и спроводе обезбеђење потраживања, ако посебним законом није другачије одређено, и да је према члану 30. став 2. Закона извршна исправа, извршна одлука донесена у управном и прекршајном поступку и поравнање у управном поступку, ако гласи на испуњење новчане обавезе и ако посебним законом није другачије одређено;

- да се ликвидација према одредби члана 3. став 2. и члана 4. Закона о стечају и ликвидацији банака и друштава за осигурање, које су према члану 21. Закона сходно примењују и на поступак ликвидације, спроводи када је Народна банка Србије донела решење о одузимању дозволе за рад и решење о испуњености услова за покретање поступка које је извршено моментом достављања надлежном суду.

Из наведеног несумњиво следи:

- да се спровођење поступка ликвидације банке, не може изједначити са појмом извршења управног акта према одредбама управног поступка;

- да у ликвидационом поступку нема места примени члана 16. став 2. Закона о управним споровима, јер трговински суд, поред изнетог није орган из члана 5. овог Закона;

- да се у ликвидационом поступку пред судом не примењују одредбе о принудном извршењу Закона о општем управном поступку;

- да могућност да трговински суд у ликвидационом поступку одређује привремене мере према доносиоцу управног акта као извршном дужнику са налогом мера у односу на сам садржај управног акта, ***представља прекорачење законом датог овлашћења трговинском суду за спровођење поступка ликвидације и представља без овлашћења у закону контролу управног акта, ван управног спора.***

У јавно-правном односу Народна банка Србије, као орган Републике Србије којем је законом поверено вршење послова управне делатности: издавање дозволе за рад банке, одузимање дозволе, контрола пословања и забрана рада банке, као доносилац акта, не може бити извршни дужник за испуњење обавезе, јер су и садржинске компоненте решавајућег управног акта непосредно правно дејство и ауторитативност.

У управном поступку орган као издавалац акта: према члану 4. Закона о општем управном поступку није странка у поступку, а положај странке подносилац акта може добити само у управном спору покренутом ради оцене законитости донетог акта сагласно члану 14. Закона о управним споровима. ***Из тога следи да се према доносиоцу управног акта, у односу на садржину диспозитива управног акта не могу одредити мере ван управног спора.***

Изнето упућује да трговински судови погрешним тумачењем изједначују поступак ликвидације с поступком принудног извршења управног акта, третирајући суд као орган из члана 16. став 2. Закона о управним споровима, иако је према члану 5. истог Закона надлежни орган у смислу тог Закона, државни орган и предузеће или друга организација кад у вршењу јавних овлашћења решава о управним стварима. Тиме што је трговински суд применом члана 261. до 267. Закона о општем управном по-

ступку и члана 16. став 2. Закона о управним споровима одложио извршење решења о ликвидацији банке до окончања управних спорова покренутих против решења о одузимању дозволе за рад и решења о ликвидацији банке, а истовремено привременим мерама одложио отварање поступка ликвидације банке, спровођења отвореног поступка ликвидације банке и наложио деблокаду рачуна и слободно располагање на жиро рачуну банке, која блокада је извршена на основу дејства о одузимању дозволе за рад: ***трговински суд је прекорачио границе своје надлежности и донео решење из надлежности управног органа. Таквим одлучивањем без овлашћења у закону, трговински судови врше доследну контролу законитости коначних аката које доноси Народна банка Србије као управни орган.***

- Привремена мера у спору за раскид уговора о продаји друштвеног капитала методом јавне аукције -

У споровима по тужбама Агенције за приватизацију у којима се тужбом тражи да се раскине уговор о продаји друштвеног капитала методом јавне аукције, тужилац Агенција за приватизацију уз тужбу често предлаже и доношење решења о одређивању привремене мере обезбеђења забране располагања имовином субјекта приватизације од стране купца субјекта приватизације.

У овим споровима се тужбеним захтевом тражи да се утврди, декларише, констатује да је уговор о продаји друштвеног капитала методом јавне аукције раскинут (на основу члана 41-а) Закона о приватизацији, члана 125. Закона о облигационим односима, а све у вези са чланом 187. став 1. и 2. Закона о парничном поступку. То су декларативне утврђујуће тужбе. На основу њих суд доноси утврђујућу пресуду уколико усваја тужбени захтев.

Тужилац петитом тужбеног захтева тражи и да суд изрекне раскид уговора о продаји друштвеног капитала методом јавне аукције, због неизвршења једне или више уговорних обавеза једне од уговорних страна као раскидног уговора. То су тзв. "преображајне тужбе".

У пракси трговинских судова био је заступљен правни став да се код тако поднетих тужби утврђујућих и преображајних не могу одредити привремене мере, које се могу одредити по израженим правним схватањи-

ма трговинских судова само у споровима у којима је предмет тужбеног захтева чинидба - кондемнација.

Изражена правна схватања промењена су кроз бројне одлуке трговинских судова у којима се и по овим тужбама у којима је истовремено поднет и предлог за одређивање привремених мера, ти предлози усвајају и одређују предложене привремене мере.

Усвајањем тужбеног захтева за утврђење да је уговор раскинут или изрицањем раскида уговора о продаји друштвеног капитала наступају правне последице прописане чланом 132. Закона о облигационим односима и долази до враћања датог. При том је Агенција за приватизацију и поверилац јер од купца очекује, а то се у највећем броју тужбених захтева и тражи повраћај до 70% капитала и имовине субјекта приватизације коју је тужени купио или пак повраћаја акција субјекта приватизације које је купац стекао правним послом који је раскинут или утврђен раскинутим. Повраћај датог представља чинидбу, па су неосновани приговори да се привремена мера не може одредити код утврђујућих тужбених захтева код којих се не тражи чинидба дужника. По среди је неновчано потраживање Агенције за приватизацију усмерено према купцу субјекта приватизације.

За одређивање предложене привремене мере нужно је да тужилац - предлагач Агенција учини вероватним своје право на раскид уговора о продаји друштвеног капитала методом јавне аукције и на околности да ће купац осујетити право Агенције на повраћај имовине субјекта приватизације по раскиду уговора. То подразумева да за одређивање привремене мере морају бити испуњени законски услови прописани чланом 254. и 255. Закона о извршном поступку.

Чести случајеви неизвршења уговорних обавеза од стране купаца субјеката приватизације узроковали су нужност за покретање судских поступака за раскид истих. Неизвршењем уговора онемогућава се сврха и циљ закона. Сврха и циљ приватизације. То има за последицу прекидање делатности субјекта приватизације, престанак његова рада, отпуштање запослених, непоштовање уговора и позитивних прописа за исплату зарада запосленима. Све то подразумева основаност предлога за одређивање привремених мера по предлогу предлагача - тужиоца у спору којима се најчешће тражи забрана располагања имовином субјекта приватизације до правоснажног окончања парничног поступка за раскид уговора о продаји друштвеног капитала методом јавне аукције.

- Привремене мере у поступку по закону раскинутом уговору -

До ступању на снагу Закона о изменама и допунама Закона о приватизацији ("Службени гласник РС" бр. 45/05) примењиван је судски раскид уговора о продаји капитала. Постојећа законска решења и с тим у вези покренути судски поступци, резултирали су настанком штете за субјект приватизације, његову имовину, запослене као и пословне активности субјекта приватизације. У циљу спречавања низа негативних последица за време трајања спора око раскида уговора о продаји капитала, законодавац је Законом о изменама и допунама Закона о приватизацији прописао вансудски раскид уговора. Чланом 19. Закона о изменама и допунама Закона о приватизацији измењен је постојећи члан 41-а у том смислу што је уведено опште правило по којем се уговор о продаји капитала сматра раскинутим по сили закона, ако купац, ни у накнадно остављеном року за испуњење, не испуни уговорну обавезу која представља битан састојак уговора.

Уговор се раскида по сили закона ако купац:

1) не плати уговорну цену, односно било коју од доспелих рата;

2) не инвестира у субјект приватизације на начин, у облику и року утврђен уговором;

3) располаже имовином субјекта приватизације супротно одредбама уговора;

4) не обезбеди континуитет у обављању регистроване делатности ради чијег је обављања субјект приватизације основан;

5) не достави гаранцију за инвестиционо улагање на начин утврђен уговором;

6) не извршава одредбе о начину решавања питања запослених;

7) у другим случајевима предвиђеним уговором.

Законске норме упућују на то да Агенција за приватизацију, као овлашћена страна, раскида уговор о продаји капитала својом вансудском изјавом воље упућеној купцу капитала, као другој уговорној страни, ако су се стекли потребни услови за раскид. То даље значи да када купац капитала не изврши уговорену обавезу која представља битан састојак уговора, стиче се први и основни услов за наступање раскида уговора о продаји капитала. При том, Агенција за приватизацију мора да обавести купца капитала и остави му накнадни рок за испуњење уговорних обавеза.

Ако купац капитала ни у накнадно остављеном року не изврши своје уговорне обавеза, Агенција га обавештава да се уговор о продаји капитала сматра раскинутим по сили закона ex lege.

Управљање субјектом приватизације по раскиду уговора по сили закона спречавано је решењима Трговинских судова о одређивању привремених мера у поступцима по предлозима и тужбама купца субјекта приватизације против извршног дужника или туженог Агенције за приватизацију Републике Србије.

Налазим за потребно да поменем нека од тих решења а она су:

I

I П. бр. 733/05 од 24. 11. 2005. године

"Усваја се, предлог извршног повериоца за издавање привремене мере, па се извршном дужнику забрањује извршење одлуке Комисије извршног дужника за утврђивање мера по извршеним контролама од 14. јула 2005. године, као и свако располагање и пренос акција, извршног повериоца на Акцијски фонд или било који други субјект, као и свако коришћење и располагање правима из акција извршног повериоца, као и промена података извршног повериоца у надлежном регистру привредних субјеката.

Налаже се извршном повериоцу да у року од 30 дана од дана доношења решења поднесе тужбу надлежном суду, односно предлог за покретање другог поступка ради оправдања привремене мере.

Жалба на решење не одлаже спровођење решења. "

II

Решење XIII Р. -721/05 од 12. 11. 2005. године:

"Одређује се привремена мера, па се дужнику Агенцији за приватизацију Републике Србије забрањује отуђење и оптерећење акција у повериоца трговинског предузећа "Г. -Г. М. Р" АД из У.. .

Привремена мера трајаће до окончања парнице коју је поверилац дужан да покрене пред овим судом у року од 30 дана од пријема преписа решења.

Жалба на решење не одлаже извршење овог решења. "

III

Решење XVI П. 439/05 од 11. 7. 2005. године

Другостепено решење Пж. бр. 7876/05 од 25. 7. 2005. године:

"Усваја се предлог предлагача "В.. . М" за обезбеђење привремене мере, па се противник предлагача Агенција за приватизацију Републике Србије, забрањује извршење одлуке Комисије противника предлагача за утврђивање мера по извршеним контролама од 1. јула 2005. године, којом је раскинут уговор о продаји друштвеног капитала јавним тендером ДП "Р.. . " Хемијска индустрија из К.. ., као и свако располагање и пренос акција на акцијски фонд или било који други субјект, као и свако коришћење и располагање правима из акција предлагача, уколико је пренос извршен пре доношења одлуке о привременој мери.

Забрањује се противнику предлагача да врши промену података предлагача у надлежном регистру привредних субјеката, па се ова привремена мера има записати као забележба у централном регистру и надлежним регистрима привредних субјеката. "

Жалба противника предлагача изјављена против поменутог решења о одређивању привремене мере, одбијена је решењем другостепеног суда.

Агенција за приватизацију је против првостепеног и другостепеног решења подигла захтев за заштиту законитости. Врховни суд Србије је решењем Пзз. 28/05 од 21. 12. 2005. године усвојио захтев за заштиту законитости, преиначио поменуто другостепено и првостепено решење тако што је као неоснован одбио предлог предлагача за одређивање предложене и првостепеним решењем одређене привремене мере.

У решењу Врховног суда изржен је правни став да је изменама и допунама Закона о предузећима ("Службени лист СРЈ" бр. 36/02) и прописа о приватизацији, Агенција за приватизацију постала титулар друштвене својине са овлашћењем да учествује у продаји друштвеног капитала и у том својству закључује уговоре о продаји друштвеног капитала, што је учинила и са купцем капитала у овом поступку предлагачем. Закључени уговор о продаји друштвеног капитала садржи у себи елементе облигационог, статусног и управног права. Агенција за приватизацију врши контролу спровођења и извршавања свих обавеза преузетих од купца капитала и преузима одређени надзор над реализацијом и поштовањем уговорних одредби у роковима који

су утврђени у уговору. Неизвршење уговорних обавеза на начин прописан законском нормом има за последицу да се уговор по сили закона ex lege сматра раскинутим. Стога, у ситуацији када се уговор по закону сматра раскинутим, не постоје услови за одређивање привремене мере, којом се суспендују права и дужности Агенције одређена законском нормом на основу које је Агенција дужна да поступа у случају када се уговор по закону сматра раскинутим. Одређивањем привремене мере, трговински судови су омогућили предлагачу располагање које је у супротности са принудним прописом, које не може уживати судску заштиту у смислу члана 361. став 2. тачка 5. Закона о парничном поступку.

Одељење за привредне спорове Вишег трговинског суда је на седници одржаној 13. марта 2006. године поводом примене члана 41-а) став 1-7. Закона о приватизацији усвојило и у Билтену судске праксе трговинских судова 1/2006 објавило:

ПРАВНА СХВАТАЊА

1) Утврђивање испуњености услова за раскид уговора из члана 41-а) став 1-7. Закона о приватизацији ("Службени гласник РС" бр. 38/01, 18/03, 45/05) било је у надлежности Агенције за приватизацију на основу члана 5. истог Закона.

2) Уговор се не раскида одлуком суда већ се исти сматра раскинутим по самом закону, када су и испуњени услови из члана 41. став 1. тачка 1-7.

3) Уколико наступи раскид уговора из члана 41-а) Закона, купац може поднети тужбу за накнаду штете проузроковане раскидом, у ком поступку мора да докаже да није био несавесна страна у смислу члана 41-а) став 3. Закона.

4) Купац који сматра да нису испуњени услови из члана 41-а) став 1. тачка 1-7. Закона, може тужбом тражити утврђење да је уговор на снази и да производи правно дејство као и извршење обавезе друге уговорне стране.

5) ***Не може се одредити привремена мера којом се Агенцији за приватизацију забрањује пренос акције Акцијском фонду нити Акцијском фонду вршење права из акција.***

6) ***По правилу се према Агенцији за приватизацију и Акцијском фонду не може одредити привремена мера којом се забрањује поновна***

продаја акција до правоснажног окончања спора. Иста се може само изузетно одредити ако купац уз предлог достави доказе таквог значаја који чине вероватним да нису испуњени услови за наступање законске претпоставке да је уговор раскинут.

По усвајању поменутих правних схатања трговински судови о предложеним привременим мерама из ове правне материје расправљају и одлучују у складу са израженим правним схватањима кроз бројна првостепена и другостепена решења, одбијањем предлога за одређивање предложених мера противних члану 41-а) Закона о приватизацији и израженим правним схватањима.

- Привремене мере по Закону о привредним друштвима -

Закон о привредним друштвима који ће се у даљем тексту означавати као Закон ("Службени гласник РС" бр. 125/2004) у члану 306. тачка 6. прописује привремену меру као правни институт:

"Суд може да донесе и привремену меру ради спречавања извршења донете одлуке за коју се побијање, ако је вероватно да би се њеним извршењем друштву могла причинити знатна штета".

Трговински судови су поступали по овој законској норми. Одлучивали о предлогу за одређивање привремене мере засноване на поменутој законској одредби.

У предмету извршних поверилаца против извршних дужника - чланова управног одбора - решењем П. бр. 646/05 од 26. 8. 2005. године:

"... - налаже се извршним дужницима који су чланови Управног одбора Фабрике сијалица "Т... " АД "П..." да дозволе јој и омогуће З. М. директору друштва, да несметано обавља дужност директора од друштва без ограничења.

Одређује се забрана извршења одлуке Управног одбора о разрешењу директора ЗМ и одлуке управног одбора тог друштва којом је за в. д. директора друштва изабран ЗЛ, као и сваке друге одлуке Управног одбора, односно сваке друге одлуке извршног дужника у својству чланова Управног одбора друштва, које су у супротности са првим ставом изреке овог решења.

Ове привремене мере важе до правоснажног окончања парничног поступка који је поступак извршни поверилац обавезан да покрене против извршних дужника у року од 30 дана. "

Другостепени трговински суд одлучује по жалби извршних дужника изјављеној против решења првостепеног суда, жалбу усваја и предлог за одређивање предложене привремене мере одбија, решењем Пж. бр. 9684/2005 од 6. 10. 2005. године.

У другостепеном решењу изражава правни став да нису били испуњени кумулативни услови из члана 302. Закона о извршном поступку и члана 306. тачка 6. ст. 1. и 6. Закона указивањем и на погрешну пасивну легитимацију, јер се тужба за побијање одлуке скупштине акционара подноси против друштва.

Другостепеним решењем Пж. бр. 12704/05 од 28. 11. 2005. године одбијена је као неоснована жалба тужиоца у делу у коме је одбачен предлог за одређивање привремене мере и првостепено решење у том делу потврђено.

У другостепеном решењу изражен је правни став да је чланом 306. тачка 6. Закона, прописано да суд може да донесе и привремену меру ради спречавања извршења донете одлуке за коју се тужбом тражи побијање, ако је вероватно да би се њеним извршењем друштву могла причинити знатна штета. Тужилац то не тражи. Предлогом за одређивање привремене мере тужиоци су исцрпели суштину тужбеног захтева. Предлог за одређивање привремене мере идентичан је са петитом тужбеног захтева који гласи:

"Поништава се одлука скупштине туженог ПП "М..." донета на седници од 27. 9. 2005. године, којом је одбијен захтев тужиоца за верификацију гласа".

Два идентична захтева по израженом ставу трговинских судова процесно не могу опстати, па је из тог разлога одбачен предлог за одређивање привремене мере као недозвољен.

Решењем другостепеног суда IX Пж. 4189/2006 од 16. 5. 2005. године одбијена је као неоснована жалба туженог и потврђено првостепено решење трговинског суда од 12. 4. 2006. године којим је одређена привремена мера и одлучено:

"Обустављају се од извршења одлуке ванредне скупштине акционара"... "АД "Р.. " донете на седници дана 27. 2. 2006. године".

Трговински судови у разлозима за одређивање предложене и одређене привремене мере налазе да су испуњени у целости услови из члана 306. тачке 6. Закона, за одређивање привремене мере, те да је тужилац у смислу члана 302. Закона активно легитимисан за подношење тужбе и предлога за одређивање привремене мере.

Другим законским нормама се изричито не приписује привремена мера као правни институт. Њено одређивање у законом прописаним ситуацијама произилази и из:

- члана 179. став 3. Закона:

"Тужбу за искључење члана друштва са ограниченом одговорношћу може поднети друштво, као и било који члан друштва, у ком случају суд може, ако нађе да је то нужно и оправдано, суспендовати право гласа члана чије се искључење тражи, као и суспендовати друга права тог члана друштва."

- члана 334. тачка 8. Закона:

"У ванпарничном поступку на захтев акционарског друштва суд може донети решење којим налаже централном регистру хартија од вредности да изврши забележбу забране преноса акција акционара који је покренуо ванпарнични поступак за именовање стручног повереника до завршетка радова."

Специфичне мере законодавац уписује и одредбама из члана 346. и 449. Закона, које могу представљати основане разлоге за одређивање привремених мера.

Трговински судови су на основу других законских норми одређивали привремене мере доследном применом Закона о извршном поступку. Не налазио за потребно да тематски рад оптерећујем и тим судским одлукама.

Очекујем да ће у тематском раду изражена правна мишљења везана за дозвољеност поменутих привремених мера бити предмет стручне расправе са супротстављеним правним аргументима.

Аргументована стручна расправа учесника пре свега колега из трговинских судова би требало да укаже и на актуелне правне проблеме везане и за друге привремене мере које нису поменуте у тематском раду.

Драгиша Слијепчевић,
судија Врховног суда Србије

СПОРНА ПРАВНА ПИТАЊА У ПОСТУПКУ РЕОРГАНИЗАЦИЈЕ СТЕЧАЈНОГ ДУЖНИКА

Уводне напомене

Бројни су разлози који су определили потребу за доношењем новог Закона о стечајном поступку. Један од њих је, свакако, и настојање да се кроз поступак стечаја редефинише правни положај привредних субјеката, обезбеде законске претпоставке за њихов финансијски опоравак и приватизацију друштвеног капитала. Осим тога, у савременом стечајном поступку и централно место заузимају стечајни повериоци. Њима се поверава доношење одлуке о току исхода стечајног поступка. У том циљу и наш Закон о стечајном поступку уводи нове поверилачке органе. То су скупштине и одбор поверилаца. Они имају изузетно значајно место у поступку стечаја. Скупштина поверилаца доноси одлуку да ли ће се поступак стечаја окончати банкротством, или предузимањем мера за подношење плана реорганизације. Банкротство се може спровести само у случају када се повериоци са учињеним вероватним потраживањима у висини преко 70% од укупних потраживања према стечајном дужнику изјасне за такву одлуку. У противном, поступак стечаја се мора наставити предузимањем мера за израду плана реорганизације.[1] У том случају нацрт плана реорганизације могу поднети стечајни управник, повериоци који имају најмање 30% обезбеђених потраживања, стечајни повериоци који имају најмање 30% необезбеђених потраживања, као и лица која су власници најмање 30% капитала стечајног дужника.[2]

Следом реченог, очито је да битан утицај на ток и исход стечајног поступка имају повериоци стечајног дужника. Међутим, упркос таквом

[1] Члан 23. став 5. Закона о стечајном поступку
[2] Члан 129. став 1. Закона о стечајном поступку

законском одређењу у пракси се дешава и да повериоци стечајног дужника не желе да учествују у конституисању поверилачких органа. Такво понашање може довести не само до изигравања основног циљева стечајног закона да се ток и исход стечеја определи одлуком поверилаца, већ и до блокаде самог поступка. До тога ће доћи ако и остали овлашћени органи за подношење плана реорганизације не предузму активне мере да у оквиру законом прописаних рокова подносе план реорганизације.[3] У том случају се отвара питање како и на који начин превазићи насталу блокаду стечајног поступка.

Поред наведеног, у пракси се као спорно поставља и питање могућности промене одлуке о банкротству, односно правне природе рокова за подношење плана реогранизације. Спорно је да ли се по доношењу одлуке о банкротству искључује свака могућност њене измене и настављања стечајног поступка подношењем плана реорганизације. У том контексту створена је недоумица да ли су рокови за подношење плана реорганизације преклузивне природе. Питање правне природе законом прописаних рокова за подношење плана реорганизације посебно је актуелно у поступцима који су покренути по старом а настављени по новом Закону о стечајном поступку. У пракси Трговинских судова присутно је правно схватање да се у поступцима покренутим по Закону о принудном поравнању стечају и ликвидације не може донети одлука о започињању поступка реорганизације ако су од доношења решења о отварању стечајног поступка до ступања на снагу новог закона протекли рокови прописани одредбом члана 130. Закона о стечајном поступку.

Наведена спорна питања су од изузетног значаја за законито с провођење стечајног поступка. Она се тичу не само остварења законом прописане улоге поверилачких органа већ и самог циља поступка стечаја. Стога овај реферат представља покушај изналажења валидног правног пута, за превазилажење проблема које у пракси намећу наведена спорна питања.

[3] Рок за подношење плана реорганизације износи 90 дана од дана покретања (отварања) стечајног поступка. Тај рок, сходно одредби члана 130. став 2. Закона о стечајном поступку, стечајни судија може продужити још највише за 30 дана. Како даље продужење рока за подношење плана подразумева постојање једногласне одлуке-сагласност свих чланова одбора поверилаца.

Неучествовање поверилачких органа у поступку стечаја

Поверилачки интереси у поступку стечаја се првенствено штите од стране скупштине поверилаца. Зато основање скупштине поверилаца представља први корак у правцу заштите права поверилаца и заступања њихових интереса у поступку стечаја. То је обавезан орган стечајног поступка, осим у случају када је укупан број поверилаца 5 или мање од 5, када ступштина има положај одбора поверилаца. У осталим случајевима скупштину чине сви стечајни повериоци. Од чланства у скупштини искључени су само обезбеђени повериоци, осим када учине вероватним да су им потраживања виша од износа њиховог обезбеђења и да ће се за тај део потраживања наћи у улози стечајних поверилаца. Скупштина поверилаца се мора основати најкасније на првом поверилачком рочишту. То значи да се конституисање скупштине мора извршити пре истека рока за пријављивање потраживања. Отуда се у пракси стварају бројни проблеми у вези утврђења права учешћа и гласа појединих поверилаца.[4]

Међутим, да ли ће и ко ће од стечајних поверилаца узети учешће у раду скупштине поверилаца ствар је појединачне оцене и жеље сваког од њих. То је последица чињенице да се законом не прописује посебан кворум за конституисање и рад скупштине поверилаца. Законом о стечајном поступку је само прописано да скупштина одлучује већином гласова присутних поверилаца. Већина се утврђује у сразмери висине појединих потраживања у односу на укупну висину потраживања према стечајном дужнику о којој чланови скупштине имају сазнања у моменту њеног остваривања. Изузетак постоји само у случају прописаном одредбом члана 23. став 5. Закона о стечајном поступку. Он се тиче доношења одлуке о банкротству, када се законом прописује да такву одлуку могу донети само повериоци са учињеним вероватним потраживањима више од 70% у односу на укупна потраживања према стечајном дужнику. Стога закон допушта могућност да уредно обавештени повериоци о датуму одржавања скупштне не узму учешћа у њеном раду. То је учињено из разлога што апстиненција појединих поверилаца не сме водити спречавању примене закона, без обзира на висну њихових потраживања. Зато се теоретски допушта могућност конституисања скупштине и одлучивање и када седници скупштине

[4] Више о томе види Драгиша Б. Слијепчевић, Слободан Спасић, Коментар Закона о стечајном поступку, Београд 2006. године, коментар одредбе члана 22. и 23.

присуствује само један поверилац. То значи да се гласом само једног присутног повериоца може донети одлука о избору одбора поверилаца, банкротству или предузимању мера за израду нацрта плана реорганизације.[5]

Међутим, у пракси се дешава и да сви повериоци изостану са првог поверилачког рочишта. Тако се неактивним односом стечајних поверилаца може онемогућити формирање поверилачких органа. У том случају наступа и блокада стечајног поступка, јер скупштина и одбор поверилаца представљају обавезне органе. Стога се поставља питање под којим условима и на који начин се у том случају може определити даљи ток стечајног поступка. Законом је одређено да неизгласавање одлуке о банкротству увек води спровођењу поступка реорганизације. Зато се може закључити да и у том случају има места предузимању неопходних мера у циљу израде нацрта плана реорганизације. Дакле, теоретски посматрано поступак реорганизације би се могао покренути и када скупштина поверилаца није формирана. Овакво правно схватање се изводи из законске презумпције да непостојање потребне већине за доношење одлуке о банкротству императивно води предузимању мера за израду плана реорганизације.[6] То даље значи да би и у том случају сваки овлашћени предлагач могао поднети нацрт плана рерганизације. У круг тих лица, поред стечајног дужника, спадају још и стечајни управник, повериоци који имају најмање 30% обезбеђених потраживања, стечајни повериоци који имају најмање 30% необезбеђених потраживања, као и лица која су власници најмање 30% капитала стечајног дужника.[7] Ипак, предузимање таквих активности се врши након доношења одлуке о покретању (отварању) стечајног поступка[8]. Покретање-отварање стечајног поступка по сили закона води прела-

[5] Члан 23. став 5. Закона о стечајном поступку

[6] Д. Слијепчевић, С. Спасић, цитирано дело, страна 90.

[7] Члан 129. став 1. Закона о стечајном поступку

[8] На то упућује одредба члана 23. став 1. Закона о стечајном поступку. Њоме се обавезује стечајни судија да прву скупштину поверилаца закаже у року од 3 дана по пријему почетног стечајног биланса, а најкасније у року од 40 дана од покретања поступка стечаја. Почетни стечајни биланс израђује стечајни управник, који се сходно одредби члана 56. став 1. тачка 4. Закона о стечајном поступку именује решењем о покретању (отварању) стечајног поступка. То јасно указује да се и мере за израду нацрта плана реорганизације предузимају након доношења решења о покретању (отварању) стечајног поступка.

ску овлашћења органа стечајног дужника на стечајног управника.[9] Стога се може закључити да стечајни дужник има статус овлашћеног предлагача плана реорганизације само у случају истовременог подношења тог акта са предлогом за покретање стечајног поступка.[10] У противном након покретања-отварања стечајног поступка, овлашћени предлагачи за подношење нацрта плана реорганизације су само стачајни управник, односно повериоци и власници капитала стечајног дужника који испуњавају услове и за предузимање такве радње у складу са одредбом члана 129. став 1. Закона о стечајном поступку.

Према томе, закон у том случају познаје више овлашћених предлагача плана реорганизације. Ипак, упркос таквом законском одређењу у пракси се може десити да се те активности не буду предузети ни од једног од овлашћених субјеката за њихово предузимање. Практично посматрано то значи да се може догодити да нацрт плана реорганизације не буде поднет ни од једног од овлашћених предлагача до истека законом прописаног рока за његово достављање стечајном судији. Таква могућност постоји не само у случају изостанка конституисања поверилачких органа, већ и у случају њиховог регуларног образовања и поступања. У таквим ситуацијама отвара се спорно питање о даљем току стечајног поступка. Оно је последица ћутања Закона о предузимању обавезних мера за израду нацрта плана реорганизације. Јер, Закон о стечајном поступку само прописује ко су овлашћени предлагачи плана реорганизације, али не одређује и обавезу предузимања одређених мера у циљу његове израде. Обавезност таквог поступања није изричито прописана ни на страни стечајног управника. На такав закључак упућује садржина одредбе члана 17. Закона о стечајном поступку којом је одређен делокруг послова стечајног управника. Ипак, тачком 19. тог члана је прописано да стечајни управник обавља и друге послове у складу са законом. Један од тих послова је и предузимање мера ради подношења плана реорганизације, јер је стечајни управник један од овлашћених предлагача тог акта. Са друге стране, одредбом члана 12. став 1. тачка 6. Закона о стечајном поступку прописано је да стечајни судија доноси одлуке и предузима друге радње по питањима која нису у делокругу стечајног већа. Њему је тачком 4. истог члана стављено у надлежност и да одобрава нацрт плана реорганизације. У исто време, одредбом

[9] Члан 60. став 1. Закона о стечајном поступку
[10] Члан 127. став 2. Закона о стечајном поступку

члана 23. став 3. Закона о стечајном поступку прописано је да стечајни повериоци расправљају о извештају о економско-финансијском положају стечајног дужника и процени стечајног управника да ли постоји могућност његове реорганизације. Овакво законско уређење права и обавеза стечајног управника недвосмислено указује да је израда нацрта плана реорганизације не само његово право већ и обавеза. Стога се и у одсуству изричитог законског наређења може закључити да стечајни судија има овлашћење да изда налог стечајном управнику за израду нацрта плана реорганизације у законом прописаном року. Овакво становиште темељи се на чињеници да је одредбом члана 19. став 2. Закона о стечајном поступку прописано да стечајни управник не одговара за штету насталу у извршењу налога стечајног већа или стечајног судије. Тиме се јасно исказује законско опредељење о могућности издавања налога стечајном управнику од стране стечајног судије. Осим тога, одредбом члана 20. став 1. тачка 1. и 2. Закона о стечајном поступку прописано је да се стечајни управник разрешава дужности ако не испуњава своје обавезе или не поштује законске рокове. Израда нацрта плана реорганизације се посебно ставља у дужност стечајном управнику. Он те активности мора извршити у року одређеном одредбом члана 130. Закона о стечајном поступку. То значи да стечајни управник има обавезу да у року од 90 дана од дана покретања-отварања стечајног поступка поднесе нацрт плана реорганизације. У противном, стечајни судија мора предузети мера за израду тог документа. Он то може учинити издавањем налога стечајном управнику да одмах приступио изради нацрта плана реорганизације. Шта више, издавање таквог налога је нужно у ситуацији када повериоци одбијају да узму учешће у стечајном поступку, а сам стечајни управник не предузима мере за израду нацрта плана реорганизације стечајног дужника. Истина, тако настала блокада би се могла превазићи и разрешењем стечајног управника. Зато је испуњен разлог из члана 20. став 1. тачка 2. Закона о стечајном поступку у случају безуспешног протека рока од 90 дана за израду нацрта плана реорганизације. Међутим, само разрешење стечајног управника не води решењу насталог проблема. Безуспешно утрошено време од 90 дана ствара нови проблем. Он се исказује као одуговлачење стечајног поступка коме својим неактивним односом доприноси и сам стечајни судија. Зато смо мишљења да упркос законског одређења положаја стечајног управника као само-

сталног органа[11] стечајни судија има овлашћење да у оквиру својих надлежности предузме мере за отклањање свих узрока одуговлачења или блокаде стечајног поступка. Из тог разлога стечајни судија је овлашћен и да у случају неучешћа поверилаца у поступку стечаја наложи стечајном управнику да изради нацрт плана реорганизације. Таква мера је нужна јер води не само отклањању настале блокаде стечајног поступка већ и поштовању законом прописане процедуре за његов ток и исход. Ово из разлога што се том мером стечајног судије стварају реалне претпоставке за благовремену израду нацрта плана реорганизације, а тиме и доношење одлуке о банкротству стечајног дужника. Јер, поред поверилаца одлуку о банкротству стечајног дужника може донети и стечајно веће, али тек по неуспешно спроведеном поступку усвајања предложеног плана реорганизације.[12] Стога је за доношење такве одлуке стечајног већа нужно благовремено предузети неопходне мере за израду нацрта плана реорганизације и спровођење поступка гласања о истом. Само на тај начин законито се може превазићи настала блокада стечајног поступка због неучествовања повериочких органа у његовом спровођењу. То се чини кроз поступак пријављивања потраживања стечајних поверилаца и поштовање законом прописане процедуре њиховог утврђивања, односно гласања о предложеном плану реорганизације од стране стечајног управника.

Поступак пријављивања и утврђивања потраживања стечајних поверилаца представља нужну процесну радњу у законитом спровођењу стечаја. Међутим, он се теоретски може окончати и тако да ни један од потенцијалних поверилаца не изврши пријављивање свог потраживања према стечајном дужнику. У том случају стекли би се законом прописани услови за обуставу стечајног поступка.[13] Друга могућност је накнадно пристајање поверилаца да подношењем пријаве узму учешће у поступку стечаја. У том случају настаје и потреба да се започети поступак стечаја законито спроведе. То се може учинити само поштовањем законом прописаних рокова за израду нацрта плана реорганизације, односно спровођењем поступка изјашњавања о истом. Тако се и неактивни повериоци доводе у стање обавезног одлучивања о предложеном плану реорганизације. Они то могу учинити путем непосредног изјашњавања о предложеном

[11] Члан 18. став 1. Закона о стечајном поступку
[12] Члан 132. став 11. Закона о стечајном поступку
[13] Члан 4. став 1. Закона о стечајном поступку

плану реорганизације, односно посредним путем кроз неучествовање у поступку изјашњења. И у једном и другом случају стичу се услови за проглашење банкротства доношењем такве одлуке од стране стечајног већа. Зато је благовремена израда нацрта плана реорганзације приоритетна обавеза стечајног управника и у случају поверилачког обијања да конституишу скупштину поверилаца и учествују у њеном раду. Из тих разлога сматрамо да и на страни стечајног судије лежи обавеза да кроз непосредну контролу рада стечајног управника истом изда налог за израду нацрта плана реорганизације.

Могућност реорганизације након доношења одлуке о банкротству

Сагласно слову закона стечајни поступак обухвата банкротсво односно реорганизацију.[14] Под банкротсвом се подразумева намирење поверилаца продајом целокупне имовине стечајног дужника.[15] За разлику од банкротства реорганизација подразумева намирење поверилаца на начин и под условима одређеним планом реорганизације. Оваквим законским одређењем се указује да је стечај генерични појам који обухвата два "под појма", односно два могућа правца развоја и разрешења покренутог поступка стечаја. Први је банкротство чији је крајњи исход по правилу, распродаја имовине стечајног дужника и престанак његовог правног субјективитета, осим у случају када се поступак банкротсва оконча продајом стечајног дужника као правног лица. Други је реорганизација која води економско финансијском опоравку стечајног дужника и његовом опстанку у правном промету.[16] Међутим, којим ће од ових правних путева кренути стечај ствар је и воље и опредељења стечајних поверилаца.

Правило је да се поступак стечаја одвија у правцу реорганизације стачајног дужника. Такав закључак се изводи из чињенице да се одлука о банкротству може донети само гласовима поверилаца који учине вероватним да њихова потраживања износе више од 70% укупних потраживања према стечајном дужнику. Ако на првом повериличком рочишту не дође до изгласавања банкротства стечајног дужника зато што за такву одлуку нису гласали повериоци са више од 70% укупних потраживања према ста-

[14] Члан 1. став 2. Закона о стечајном поступку
[15] Члан 1. став 3. Закона о стечајном поступку
[16] Види Д. Слијепчевић, С. Спасић, наведно дело, страна 4

чајном дужнику или зато што се уредно обавештени повериоци нису одазвали позиву да присуствују скупштини, стечајни поступак се по сили закона наставља предузимањем мера за израду плана реорганизације.[17]

Да ли ће се стечај наставити банкротством или реорганизацијом одлучује се на првом поверилачком рочишту. На том рочишту повериоцима се пружа могућност да донесу одлуку о започињању поступка реорганизације или банкротства стечајног дужника. То се чини по претходно спроведеној расправи о извештају стечајног управника о економско финансијском стању стечајног дужника и његовој процени да ли постоје могућности за реорганизацију истог. При томе, извештај о економско финансијском стању стечајног дужника може представљати валидан основ за опредељење даљег тока стечајног поступка само ако садржи детаљан попис и процену потенцијалне тржишне вредности имовине стечајног дужника, могућнјост остварења одређених прихода и процењени износ трошкова стечајног поступка. Осим тога, овај извештај мора садржати и реалну процену свих пословних активности и места стечајног дужника на тржишту. Само на тај начин повериоцима се пружа објективна могућност да оцене економску оправданост даљег одржавања дужника на тржишту. Тиме се ствара и могућност да се у најранијој фази стечаја повериоци определе за банкротство и тако скрате стечајни поступак и умање трошкове вођења истог.[18] Јасно је да ће повериоци на темељу стручно и објективно сачињеног извештаја о економско финансијском стању стечајног дужника стећи непосредан увид у могућности и оправданост његовог економског опоравка. У том случају ће и евентуална одлука о банкротству стечајног дужника бити опредељена његовим стварним економским стањем.

Међутим, поставља се питање да ли се једном донета одлука о банкротству може заменити новом одлуком о предузимању мера за израду плана реорганизације. Ова недоумица добија на значају у ситуацији када је извештајем стечајног управника створена крива слика о стварном економском потенцијалу стечајног дужника и оправданости његовог даљег одржавања у привредном животу. Такав извештај може представљати одраз евентуалне нестручности или грубог превида стечајног управника, али и свесне намере да се лажном сликом о економском потенцијалу сте-

[17] Више о томе види Д. Слијепчевић, С. Спасић, наведено дело страна 90.
[18] Д. Слијепчевић, С. Спасић наведено дело страна 87.

чајног дужника издејствује одлука о његовом банкротству. У том случају настаје и спорно питање да ли се једном донета пуноважна одлука скупштине поверилаца о банкратство стечајног дужника може опозвати и даљи ток стечаја усмерити ка реорганизацији стечајног дужника.

На први поглед би се могло закључити да је одговор на ово питање негативан. Он представља логичну последицу законског наређења да се на првом поверилачком рочишту мора определити даљи ток стечаја. То се чини доношем одлуке о банкротству или предузимању мера за израду плана реорганизације. Да би се стечај наставио банкратством потребно је да за такву одлуку гласају повериоци чија укупна потраживања износе више од 70%. Очито је да се за доношење такве одлуке законом поставља изузетно висок цензус. То се чини управо због озбиљности правних последица које она носи са собом. Реч је о уновчењу целокупне имовине стечајног дужника које води престанку његовог пасивног субективитета и о ограниченим могућностима намирења стечајних поверилаца. Једном донета одлука о банкротству води непосредној продаји стечајне масе и тако тренутно мења економско стање стачајног дужника. На темељу тих чињеница изводи се и закључак да се претходно донета одлука о банкротству не може опозвати, односно заменити новом одлуком о реорганизацији стечајног дужника.[19]

Међутим, заговорници таквог становишта испуштају из вида да се стечајни поступак води у циљу обезбеђења најповољнијег вида колективног намира стачајних поверилаца. То се чини у ситуацији када се наплата потраживања стечајних поверилаца није могла остварити редовним правним путем. Из тог разлога се отварањем стечајног поступка непосредно задир у економске интересе стечајних поверила. Стечај, по правилу, обезбеђује само делимично намирење дуговања стечајног дужника. Зато се законом и прописује правно уређени поступак судског намирења потраживања стечајних поверилаца према стечајном дужнику. Он се одвија са циљем да се у складу са одлукама самих поверилаца обезбеди најповољнији вид колективног намирења њихових потраживања према стечајном дужнику. Тиме се заштита имовинских интереса стечајних поверилаца исказује и као циљ вођења стечајног поступка. Из тог разлога Закон о стечај-

[19] Становиште о непромељивости једном донете одлуке о банкротству изражено је у одговору датом на саветовању - Стечај и приватизација, Вршац 2005. године.

ном поступку је и одредио да одлуку о току стечајног поступка путем банкротства или реорганизације доносе сами повериоци. Доношење ове одлуке стављено је у надлежност скупштини поверилаца. То је изричито прописано одредбом члана 22. став 1. тачка 1. Закона о стечајном поступку. Њоме се одређује да скупштина поверилаца доноси одлуку да ли ће се стечајни поступак спровести у циљу наставка рада и реорганизације стечајног дужника или ће стечајни поступак водити банркотству, престанком рада стечајног дужника и продајом имовине у складу са чланом 23. став 5. Овако законско наређење упућује да одлука скупштине има конститутивно дејство. То даље значи да се само вољом-одлуком поверилаца може опредилити ток и исход стечајног поступка. Сагласно томе и одлука стечајног већа о банкротству стечајног дужника има декларативни карактер. Њоме се само судским путем верификује одлука скупштине поверилаца. Доследно томе вољом стечајних поверилаца се може и променити претходно донета одлука о банкротству и одлучити да се у даљем току поступка предузму мере за израду плана реорганизације.

Међутим, донета одлука о банкротству може се пуноважно заменити одлуком о реорганизацији стечајног дужника само у случају када за њу гласају повериоци који имају више од 70% укупних потраживања. То је логична последица законом прописаног цензуса за доношење одлуке о банкротству. Њена пуноважност се условљава гласовима поверилаца који имају више од 70% укупних потраживања према стечајном дужнику. Зато је и промена такве одлуке могућа само под условима да и за њен опозив гласају повериоци са истим или већим процентом потраживања од законом прописаног цензуса за доношење одлуке о банкротству. То је уједно и једино законско ограничење које спречава евентуалну промену одлуке о банкротству. Осим тог формално-правног разлога који онемогућава измену одлуке о банкротству та могућност је ограничена и једним објективним условом. То је стање стечајног поступка у моменту доношења одлуке о прерастању банкратство у поступак реорганизације. Под стањем стечајног поступка се подразумева степен уновчености имовине стечајног дужника. Јер, поступак реорганизације се може спровести само у ситуацији када стечајни дужник располаже са имовином неопходном за ревитализацију ранијег или започињање новог производног процеса. У противном, када је поступак уновчења имовине стечајног дужника спроведен до степена објективне немогућности обнове производног процеса нема ни објективних могућности за његову реорганизацију.

Осим тога, свака промена процента гласова испод законом прописаног цензуса за доношење одлуке о банкротству представља правни основ за обуставу започетог поступка банкротства и наставка поступка стечаја предузимањем мера за израду плана реорганизације. До тога може доћи у случају када се одлука о банкротству донесе уз учешће гласа повериоца чије је потраживање оспорено пре њеног изгласавања.[20] У том случају може се десити да потраживање таквог повериоца и у коначном исходу буде утврђено као неосновано. Јасно је да би одлука донета уз учешће гласа повериоца неоснованог потраживања била супротна одредби члана 23. став 5. Закона о стечајном поступку. То би читав поступак започетог банкротства учинило нелегитимним. Ово из разлога што се правно дејство одлуке о банкротству донете уз учешће гласа повериоца оспореног потраживања опредељује исходом парнице за његово утврђење. То је последица чињенице да одбијање таквог тужбеног захтева води и смањењу утврђеног процента гласова за одлуку банкротству испод законом прописаног лимита. Због тога мора престати и правно дејство претходно донете одлуке о банкротству. То ће имати за последицу обуставу започетог поступка продаје имовине стечајног дужника и предузимање мера за израду плана реорганизације.[21]

Према томе, промена одлуке о банкротству стечајног дужника може се извршити не само вољом стечајних поверилаца већ и по сили закона. Таква промена мора уследити из разлога што донета одлука о банкротству може имати легитимитет само у случају када је изгласана правно валидним гласовима у проценту прописаном одредбом члана 23. став 5. Закона о стечајном поступку. Са друге стране, воља поверилаца представља одлучујући фактор за опредељење тока и исхода стечајног поступка. Зато је, сагласно одредби члана 23. став 5. Закона о стечајном поступку, одлуци поверилаца а не одлуци стечајног већа дат конститутивни карактер.

[20] У том случају стачајни судија може признати право гласа и повериоцу оспореног потраживања. То је последица чињенице да на првом поверилачком рочишту одлучују повериоци чија су потраживања учињена вероватним. Степен вероватноће цени и утврђује стечајни судија. Из тог разлога се може десити да се одлука о банкротству донесе и уз учешће гласа повериоца чије је потраживање оспорено.

[21] Више о томе види Д. Слијепчевић, С. Спасић, наведено дело, коментар одредбе члана 23.

Постојање правно-валидне одлуке стечајних поверилаца представља темељну одредницу свих одлука стечајног већа и стечајног судије о даљем току и исходу поступка стечаја. Из тих разлога Закон о стечајном поступку не садржи ни одредбу којом се забрањује промена једном донете правно-ваљане одлуке о банкротству. Такво законско одређење је израз настојања да се у поступку стечаја омогући најповољнији вид колективног намирења свих стечајних поверилаца. Шта је за повериоце стечајног дужника најповољнији вид намирења њихових потраживања утврђује се вољом самих поверилаца. Зато је по изричитом слову закона и доношење одлуке о банкротству или реорганизацији стечајног дужника у искључивој компентенцији скупштине поверилаца. Из истих разлога се и једном исказана воља о тим питањима може накнадно променти. Шта више, то је неопходно учинити увек када се у доцнијем току поступка утврди да је презентовани извештај стечајног управника о економско финансијском стању дужника повериоцима створио криву слику о немогућности његове реорганизације. У том случају доводи се у сумњу и сама воља стечајних поверилаца о даљем току стечајног поступка. Стога се на иницијативу самих поверилаца може покренути поступак преиспитивања претходно донете одлуке о банкротству и изгласати њен опозив. Међутим, то се правно-валидно може учинити само гласовима поверилаца чија потраживања износе више од 70% укупних потраживања према стечајном дужнику.

Правна природа рока за израду плана реорганизације

Рок за израду и подношење плана реорганизације прописан је одредбом члана 130. став 1. Закона о стечајном поступку. Он износи 90 дана, с тим да се почетак његовог тога рачуна од покретања-отварања стечајног поступка. На темељу таквог законског наређења у пракси тровинских судова изражено је и правно схватање да је рок за подношење плана реорганизације преклузивног карактера. Ово становиште има далекосежне последице на ток и исход стечајног поступка. То је посебно изражено у поступцима који су започети по раније важећем Закону о привредном поравнању стечају и ликвидацији, а настављени по Закону о стечајном поступку. Таква правна ситуација је одрађена императивном одредбом члана 185. став 1. и 2. Закона о стечајном поступку. Сходно тој законској одредби Закон о стечајном поступку се примењује и на све започете поступке стечаја по Закону о принудном поравнању, стечају и ликвидацији у којима до дана ступања

на снагу новог закона није донета одлука о уновчењу имовине стечајног дужника, или је таква одлука донета али до дана почетка његове примене није продато више од 50% књиговодствене вредности имовине стечајног дужника. Јасно је да се и у једном и у другом случају у тренутку ступања на снагу новог Закона о стечајном поступку може десити да је до тог времена већ протекао рок за израду плана реорганизације прописан одредбом члана 130. став 1. Закона о стечајном поступку. Зато би сагласно становшту о преклузивности тог рока у тим случајевима била искључена могућност реорганизације стечајног дужника. То би даље значило да се у тим ситуацијама упркос неспорној вољи поверилаца за настављање стечаја реорганизацијом поступак мора окончати банкротством. Међутим, поступак стечаја се сходно одредби члана 23. став 5. Закона о стечајном поступку може окончати банкротством само када су такву одлуку донели повериоци са учињеним вероватним потраживањима у износу вишем од 70%. Очито је да овај законски услов није испуњен у ситуацији када стечајни повериоци са више од 30% укупних потраживања искажу вољу да се започети поступак стечаја по старом закону настави реорганизацијом стечајног дужника. Осим тога, одлука о банкротству, или реорганизацији стечајног дужника може се донети само од стране законом овлашћеног органа. То је сходно одредби члана 23. став 5. Закона о стечајном поступку скупштина поверилаца. Стога се не би могло сматрати да је овај услов испуњен и у ситуацији када је поступак стечаја покренут и одлука о уновчењу имовине стечајног дужника донета због неизгласавања претходно поднетог предлога за принудно поравнање. Ово из разлога што се предлог за закључење принудног поравнања сматра одбијеним ако су за исти гласали повериоци са мање од 50% укупних потраживања.[22] Очито је да је тај проценат далеко испод лимита прописаног одредбом члана 23. став 5. Закона о стечајном поступку. Стога је и у том случају скупштина поверилаца овлашћена да раније донету одлуку о уновчењу имовине стечајног дужника замени одлуком о његовој реорганизацији.

Међутим, таква могућност би се, сходно наведеном становишту, могла реализовати само ако од отварања стечајног поступка до доношења одлуке о реорганизацији није протекао рок из члана 130. став 1. Закона о стечајном поступку. Шта више, доследна примена тог становишта би значиле да и у случају када тај рок није протекао план реорганизације се мора израдити и поднети стечајном судији до истека последњег дана него-

[22] Види члан 38. Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији

вог трајања. Отуда би због краткоће преосталог времена наведеног рока и у том случају фактички отпала могућност реорганизације стечајног дужника.

Мишљења смо да наведено правно схватање нема правног утемељења. На то упућује како језичко тако и циљно тумачење одредбе члана 130. Закона о стечајном поступку. Наиме, ставом 2. члана 130. прописано је да се рок из става 1. (рок од 90 дана) може продужити одлуком стечајног судије највише за још 30 дана. Осим тога, истом одредбом се конституише и право одбора поверилаца да и по истеку накнадно рока одређеног одлуком стечајног судије продуже коначни рок за подношење плана реорганизације. Истина, то се може учинити само једногласном одлуком свих чланова одбора поверилаца. Међутим, закон не прописује до ког времена се у том случају се може продужити основни и накнадно одређени рок за подношење плана реорганизације. У сваком случају таква могућност јасно указује да се законом одређено време за подношење плана реорганизације не може окарактерисати као преклузиван рок. Напротив, законско установљење могућности продужења тог рока без ограничења његовог трајања у случају једногласне одлуке одбора поверилаца јасно указује да се не ради о преклузивном већ о инструктивном року. Такво одређење овог рока је у сагласности са основним циљем стечајног поступка. Он се опредељује кроз законско уређење најповољнијег вида колективног намирења стечајних поверилаца одређеног њиховом вољом. Зато се одредбом члана 130. став 2. Закона о стечајном поступку без ограничења допушта продужетак рока за израду и подношење плана реорганизације вољом поверилаца. Истина, доношење такве одлуке се ставља у надлежност одбора поверилаца, што би могло водити закључку да таква одлука не изражава праву вољу и свих осталих поверилаца. Међутим, мора се имати у виду да одбор поверилаца бира скупштина поверилаца и да скупштину поверилаца чине сви стечајни повериоци.[23] Из тог разлога у случају неподударности воље чланова одбора поверилаца са вољом осталих поверилаца њима стоји на располагању могућност опозива раније изабраних чланова одобра, а тиме и укидања њихове сагласности о продужењу рока за израду плану реорганизације. На крају, али не и по важности, треба истаћи да би прихватање стасновишта о преклузивности рока за подношење плана реорганизације значило не само кршење воље стечајних поверилаца већ и

[23] Члан 22. став 2. и 5. Закона о стечајном поступку

немогућност примене новог Закона у започетим поступцима стечаја по раније важећем Закону о принудном поравнању стечају и ликвидацији. Јер, преклузивност рока за израду плана реорганизације императивно води банкротству стечајног дужника. Она наступа упркос чињеници да такву одлуку нису донели повериоци чија потраживања износе више од 70% укупних потраживања према стечајном дужнику. Јасно је да би таква могућност представљала не само грубо кршење одредбе члана 23. став 5. Закона о стечајном поступку, већ и онемогућавање законом установљеног циља да се поступак стечаја води и оконча искључиво у складу са исказаном вољом стечајних поверилаца.

Закључак

Доследно изнетим аргументима може се закључити да се спорна питања која су предмет овог реферата могу разрешити прихватањем следећих правних схватања:

1) Стечајни судија је овлашћен да насталу блокаду у поступку стечаја због неучествовања поверилачких органа отклони издавањем налога стечајном управнику да предузме мере у циљу благовремене израде и подношења плана реорганизације.

2) Донета одлука о банкротству стечајног дужника може се опозвати вољом поверилаца уз услов да за њен опозив гласају повериоци чија потраживања износе више од 70% укупних потраживања према стечајном дужнику.

3) Рок за израду плана реорганизације је инструктивног карактера. Зато се сагласно вољи поверилаца исказану једногласном одлуком чланова одбора поверилаца може продужити законом прописано време за израду плана реорганизације. То се може учинити и у случају протека законом прописаног временског трајања тог рока пре датума почетка примене новог Закона о стечајном поступку у поступцима стечаја покренутим по раније важећем Закону о принудном поравнању, стечају и ликвидацији.

Бранко Станић,
судија Вишег трговинског суда

ПРИМЕНА ЧЛАНА 452 ЗАКОНА О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА У ПОСТУПКУ ПРИВАТИЗАЦИЈЕ

Увод

Приватизација је друштвени процес у коме се остварује промена власништва над друштвеним односно државним капиталом. Правни оквир за спровођење приватизације као основног реформског опредељења садржан је у Закону о приватизацији, другим приватизационим прописима и подзаконским актима.

Након ступања на снагу Закона о изменама и допунама Закона о приватизацији и доношењем Уредбе о начину и условима измирења обавеза субјеката приватизације према повериоцима у знатној мери је измењен поступак приватизације, регулисан до тада важећим прописима, посебно увођењем нове регулативе о начину измирења обавеза субјеката приватизације према повериоцима. Сврха измена и допуна овог Закона је остварење циља приватизације, на бржи и ефикаснији начин, продајом капитала односно имовине субјеката приватизације, првенствено субјеката са великим обавезама који претходно морају да се реструктурирају јер су њихове обавезе премашиле чак и вредност капитала.

Стандардни модели приватизације су продаја капитала и пренос капитала без накнаде. Уколико се процени да капитал или имовина субјекта приватизације се не може продати без претходног реструктурирања, субјект приватизације је дужан да се реструктурира у складу са овим законом. То подразумева статусне односно организационе промене или поравнање из дужничко поверилачког односа и друге промене које се односе на субјект приватизације, које омогућавају продају његовог капитала или имовине. Стандардни модели приватизације у поступку реструктурирања су прода-

ја дела имовине субјекта приватизације или оснивање нових правних лица на која прелази одређени део имовине субјекта приватизације, као оснивачког улога, који након тога постаје предмет продаје.

Пред Трговинским судовима се појавило и као спорно питање поставило, да ли има места примени члана 452 Закона о облигационим односима у поступку приватизације и то када се у поступку реструктурирања врши продаја имовине субјекта приватизације и да ли у тој ситуацији купац имовине субјекта приватизације солидарно одговара за дугове субјекта приватизације, који се односе на ту имовину, до висине активе.

Ово спорно питање је од значаја, јер уколико би купац имовине субјекта приватизације био солидарно одговоран за дугове везане за имовину која је предмет продаје то би имало знатног утицаја на ефикасност процеса приватизације. То са разлога што један од битних предуслова за успешну продају имовине у процесу реструктурирања, је извесност-сигурност купца, да са имовином није преузео раније дугове везане за имовину која је била предмет продаје,

Сврха овог реферата је да се допринесе разрешењу овог спорног питања.

Члан 452. Закона о облигационим односима

Закон о облигационим односима у глави 6. одељак 2. одсек 2. регулише приступање туђем дугу. Приступање дугу има за циљ да се повериочево потраживање више осигура.

Одредбом члана 452 овог закона, прописано је да лице на које пређе на основу уговора нека имовинска целина физичког или правног лица, или један део те целине, одговара за дугове који се односе на ту целину, односно њен део, поред дотадашњег имаоца и солидарно с њим, али само до вредности њене активе.

Према наведеној одредби, до приступања дугу се може доћи и независно од воље лица које приступа. Дакле, лице које путем уговора прибави неку имовинску целину од физичког или правног лица, или један део такве целине, одговара за дугове који се односе на ту целину, односно њен део, поред дотадашњег имаоца и солидарно с њим. Његова одговорност је солидарно ограничена јер се протеже до вредности активе прибављене имовин-

ске целине. Она се не може уговором искључити нити ограничити. Ради се дакле о два дужника у односу на само једно потраживање.

Разлог за установљење одговорности лица на које је неким правним послом прешла имовинска целина је пре свега у чињеници да постоји тесна веза између те имовине и дугова којима приступа нови ималац, односно да се ради о дугу који је настао у пословању са том имовином. Поред наведеног, мора се напоменути да није битно да ли је нови ималац био савестан или не, јер такву одредбу односно услов, члан 452 не предвиђа.

Закон о приватизацији није предвидео одредбу којом би се ограничила или искључила солидарна одговорност купца имовине, по члану 452 Закона о облигационим односима, за раније дугове субјекта приватизације. Будући да Закон о приватизацији није издвојен из система позитивноправних прописа у пракси су се приликом закључења уговора примењивали и други закони као на пример: Закон о предузећима, Закон о привредним друштвима и Закон о облигационим односима. Правила Закона о облигационим односима као супсидијарног извора права, примењивала су се и примењују се у пракси управо на уговоре о продаји друштвеног капитала или имовине, па посматрано само са тог становишта, примена одредбе члана 452 Закона о облигационим односима не би била искључена ни ограничена у поступку приватизације. Међутим потребно је пре свега сагледати правну природу уговора о продаји капитала односно имовине.

Правна природа уговора о продаји капитала односно имовине и примена члана 452. Закона о облигационим односима на ову врсту уговора

Уговор о продаји капитала односно имовине је специфичан уговор који се разликује од класичног уговора о продаји и то пре свега што је продавац по овом уговору увек држава и што је предмет продаје друштвена односно државна имовина. Ове две чињенице указују да се више не налазимо у пољу грађанскоправних и трговачких уговора, те да уговор о продаји капитала и имовине по својој правној природи има обележја управног уговора.

Наиме, Законом о приватизацији је држави призната способност да закључује уговор у поступку приватизације. Значи уговорна страна је јавноправни субјект. Уместо државе као њен налогопримац, уговоре за-

кључује Агенција за приватизацију. Она обавља делатност посредовања у продаји друштвеног односно државног капитала и имовине и у оквиру обављања делатности закључује уговоре у име државе.

Предмет продаје је друштвена имовина и државна имовина. Закон о приватизацији је овластио и обавезао државу да у поступку приватизације продаје не само државну имовину већ и друштвену имовину, из чега произилази да уговор о продаји капитала и имовине има јавноправни предмет.

Чланом 2. Закона о приватизацији су прописана начела на којима се приватизација заснива. Као прво начело је стварање услова за развој привреде и социјалну стабилност. То значи да држава не закључује уговоре само да би присвојила цену за имовину коју продаје, већ да би се створили услови за даљи развој привреде као целине а што је од општег, јавног интереса. Из предњег се може закључити да Уговор о продаји капитала и имовине има јавноправну сврху.

Дакле, када се сагледају претходне чињенице, да уговор о продаји капитала односно имовине има јавноправни предмет, да је уговорна страна јавноправно лице и да се њиме остварује јавноправна сврха, може се закључити да уговор о продаји капитала и имовине има основна обележја управног уговора Поред наведеног, уговор о продаји капитала и имовине има и друге специфичности које га разликују од класичног уговора о купопродаји и огледају се у следећем:

- ограничења у погледу слободе уговарања. Држава као уговорна страна мора да закључи уговор и то у року који је законом одређен.

- ограничење слободе избора друге стране, јер је Закон ограничио круг субјеката који не могу бити купци капитала.

- ограничења да са другом страном споразумно одреди садржину уговора, јер су законом прописани неки елементи уговора као обавезни.

Све наведене специфичности показују да уговор о продаји капитала и имовине у поступку приватизације има елементе управног уговора.

Овакав закључак намеће потребу да се постави питање у којој мери се могу примењивати грађанскоправна правила на овај уговор односно питање да ли се и које одредбе Закона о облигационим односима је могу

применити на дејства овог уговора, у конкретном случају се питање односи на одредбу члана 452.

О томе постоје различита мишљења.

Постоје мишљења да се на основу ове врсте уговора (управних уговора), који по својој правној природи, представљају врсту управног акта, својина стиче на начин предвиђен одредбом члана 20 став 2. Закона о основама својинскоправних односа, дакле одлуком државног органа на начин и под условима одређеним Законом. Тај закон је у конкретном случају Закон о приватизацији. Према овом схватању примена одредбе члана 452 Закона о облигационим односима би била потпуно искључена код уговора о продаји имовине субјекта приватизације.

Са друге стране, постоје мишљења, која су преовладавајућа, да правила Закона о облигационим односима неће се примењивати само ако су нека правна дејства Уговора о продаји капитала односно имовине, посебно регулисана Законом о приватизацији или другим приватизационим законским или подзаконским актима, као што је то на пример: уступање уговора, раскид уговора или кад је примена ових правила искључена као што је то случај код правила о прекомерном оштећењу.

То би значило да на правна дејства уговора о продаји капитала и имовине морају се применити норме Закона о облигационим односима које се односе на дејства грађанскоправних уговора и дејства уговора о продаји а то би даље значило да се и код уговора о продаји имовине субјекта приватизације, примењују и одредбе које се односе и на промену дужника, конкретно приступања дугу.

Према садржини члана 452 Закона о облигационим односима, прелаз имовине са једног физичког или правног лица на друго, представља основ одговорности лица на кога је прешла имовина за обавезе које је претходно преузео преносилац послујући са том имовином, али само до вредности њене активе.

Дакле, **одговорност лица на кога је прешла имовина ограничава се до вредности активе.** Преко тога, за вишак одговара претходни ималац. Тумачењем појмова, „прелаз имовине“ и „актива“, могло би се закључити да се одредба члана 452 Закона о облигационим односима, примењује само када су у питању бестеретна располагања са имовином. У ситуацији када преносилац имовине послујући са имовином створи обавезе

према повериоцима па потом ту исту имовину пренесе уговором или другим правним послом, на друго лице али само као активу без обавеза, (обавезе не чине имовину већ су то њени терети) јасно је да ће у том случају доћи до онемогућавања поверилаца да наплате потраживања, јер дужник остаје са дуговима а без активе-имовине, те у циљу њихове заштите је и предвиђена ова одредба и одговорност новог имаоца за обавезе везане непосредно за ту имовину. На овај начин законом је спречен дужник да отуђењем своје имовине онемогући намирење поверилаца за преузете обавезе на терет те имовине.

Када се изврши продаја имовине, повериоци продавца би се наплаћивали из остварене купопродајне цене а не из имовине која је продата и у том случају нема ни услова за примену члана 452 Закона о облигационим односима.

Међутим, ни теорија а ни пракса још увек није заузела јасан став о томе да ли је за примену ове одредбе од значаја пре свега, на основу каквог уговора прелази имовина, односно да ли се ова одредба примењује и у случајевима када се пренос имовине врши на основу уговора о купопродаји.

Постоје судске одлуке у којима се заузима став да за примену ове законске одредбе није од значаја на основу каквог уговора прелази имовина. Ту се истиче да се члан 452 Закона о облигационим односима примењује и код уговора о купопродаји те да се пренос имовине врши најчешће оваквим уговорима. За овакав став даје се образложење да нови ималац-купац, мора да утврди право стање активе и пасиве и да не би било правично да треће лице, повериоци, трпе штету због његовог, евентуалног, незнања за постојање дуга.

Према одредби члана 3. ст. 2. Закона о приватизацији у поступку приватизације може се продати имовина или део имовине субјекта приватизације, односно поједини делови субјекта приватизације. Правни основ претварања друштвене или државне својине у приватну својину, као што је претходно и наведено је уговор о продаји капитала односно имовине, теретан уговор, према коме купац плаћа купопродајну цену и извршава друге обавезе које су предмет уговора.

Претходно је наведено, да се примена члана 452. Закона о облигационим односима, поставила као спорно питање изазвано у поступку реструктурирања, када се врши продаја дела имовине субјекта приватизаци-

је или када се врши оснивање нових правних лица на која прелази одређени део имовине субјекта приватизације, као оснивачки улог, који потом постаје предмет продаје.

Ако се врши продаја дела имовине субјекта приватизације па купац плати тржишну вредност имовине у том случају не би ни дошло до примене члана 452. Закона о облигационим односима јер права поверилаца у овом случају не би била ни угрожена са разлога што би се повериоци наплатили из остварене купопродајне цене.

Међутим, постоји друга ситуација кад се део имовине субјекта приватизације уноси најпре као оснивачки улог, без дугова који се на њу односе, па се на тај начин оснива ново правно лице које се потом продаје. У тој ситуацији субјект приватизације, бестеретно располаже имовином тако што је као активу уноси кроз оснивачки улог и са њом оснива нови субјект. Новоформирано правно лице је предмет продаје.

Уколико се продаја новоформираног правног лица изврши према тржишним условима и уз наплату тржишне цене, те уколико је остварена тржишна цена усмерена на рачун субјекта приватизације из кога се врши намирење поверилаца, ни у овом случају не би било услова за примену члана 452 Закона о облигационим односима са разлога што би се повериоци намиривали из остварене реалне-тржишне цене, продатог правног лица.

У пракси су се често износиле тврдње да је продаја имовине субјекта приватизације вршена по ценама које су ниже или знатно ниже од тржишних цена те да је због тога дошло до угрожавања права поверилаца и онемогућавања да наплате своја потраживања.

Закон о приватизацији претпоставља формирање цене према тржишним условима. Уколико би се утврдило да је имовинска целина субјекта приватизације продата било непосредно или путем оснивања новог правног лица које је било предмет продаје, испод тржишне вредности у тим случајевима се не би могла искључити солидарна одговорност стицаоца имовинске целине за дугове који се односе на ту целину, односно не би се могла искључити примена одредбе члана 452. Закона о облигационим односима.

До примене члана 452 Закона о облигационим односима могло би доћи и у следећим ситуацијама:

Током деведесетих година, велики системи поготову из области грађевинарства и други системи, под теретом нагомиланих дугова, сходно тада важећем Закону о предузећима, вршили су организационе промене трансформацијом у Холдинг системе, где би се новоосновани Холдинг појављивао као оснивач зависних друштава. Том приликом је ликвидна имовина уношена путем бестеретних уговора односно одлука о оснивању, као оснивачки улог и на тај начин оснивала зависна предузећа. У пракси се најчешће дешавало да се над оснивачем отвори стечајни поступак који је код неких у међувремену окончан а код неких је још у току а зависна предузећа у међувремену наставе самостално да послују са преузетом имовином оснивача и самостално улазе у поступак приватизације, где је њихов друштвени капитал односно бестеретно стечена имовина оснивача предмет продаје. Како се у поступку стечаја над оснивачем – матичним предузећима, повериоци по правилу нису могли намирити, искључењем примене одредбе члана 452 Закона о облигационим односима повериоци оснивача би били ускраћени у намирењу својих потраживања односно дугова оснивача који се односе на конкретну имовинску целину односно или на њен део.

Исти проблем се појављује и у случајевима када је матично предузеће наставило да самостално послује а када да се поступак приватизације матичног и зависних друштава спроводи одвојено.

У обе претходно наведене ситуације, средства остварена продајом имовине којом је од стране оснивача бестеретно располагано, не преносе се на рачун оснивача већ субјекта приватизације односно субјекта продаје, тако да је у тим ситуацијама повериоци оснивача-матичног предузећа у већини случајева не могу се намирити.

У поступку приватизације бестеретног располагања у суштини нема. Чињеница је да је као модел приватизације предвиђен пренос капитала без накнаде. Међутим, ту се ради о преносу дела капитала запосленима у субјекту приватизације, који се врши по закону и у том делу је искључена примена члана 452. Закона о облигационим односима. Преостали капитал који се приватизује је предмет уговора о продаји.

На основу изложеног, члан 452 Закона о облигационим односима могуће је применити и у поступку приватизације, односно на уговоре о продаји капитала и имовине, ради заштите поверилаца и то у ситуацијама ако је продаја имовине или дела имовине извршена испод тржишне вред-

ности или када је предмет продаје имовина коју је субјект продаје стекао бестеретним правним послом. Солидарна одговорност купца имовине у поступку приватизације је могућа само уколико је дошло до онемогућавања или отежавања наплате потраживања поверилаца, што ће се ценити у сваком конкретном случају.

З А К Љ У Ч А К

Уговор о продаји капитала односно имовине је специфичан уговор. Специфичности које има, изузимају га из општег режима уређеног уговорним правом. Међутим, без обзира на специфичности које има овај уговор, примена одредбе члана 452 Закона о облигационим односима, у пракси судова није искључена и цени се у зависности од конкретне ситуације. Суд у тумачењу прописа је дужан да исте тумачи у оквиру целокупне законске регулативе и само законодавац би могао искључити или ограничити примену овог института ако је то предуслов за побољшање ефикасности и квалитета приватизације и то би законодавац требао да учини да би се потпуно отклониле дилеме око тумачења правне природе овог уговора, поготову што процес приватизације државног капитала још није ни започет.

Владимир Тамаш,
судија Врховног суда Србије

ПОСТУПАК ЗА РЕШАВАЊЕ СПОРНОГ ПРАВНОГ ПИТАЊА И УСВОЈЕНИ ПРАВНИ СТАВОВИ ГРАЂАНСКОГ ОДЕЉЕЊА ВРХОВНОГ СУДА СРБИЈЕ

Уводна разматрања

Уобичајена је пракса да учесници саветовања буду упознати са правним схватањима Грађанског одељења Врховног суда Србије усвојеним између два годишња саветовања. Ово без обзира што су правна схватања објављена у билтенима Врховног суда Србије, јер се уз њихову презентацију дају и додатна објашњења, а из због тога што билтени нису доступни свим судијама.

Бољем информисању судова, странака и стручне јавности допринеће и објављивање одређеног броја одлука на сајту Врховног суда Србије, а са тенденцијом да буду доступне све одлуке.

Потреба да се и кроз писани реферат укаже на усвојене правне ставове настала је и због поступка решавања спорног правног питања, као новог правног института прописаног чланом 176. Закона о парничном поступку ("Службени гласник РС",бр. 125/2004). Биће приказани и анализирани усвојени правни ставови, а са указивањем на дилеме и спорна питања о карактеру и примени овог новог правног института.

Грађанско одељење Врховног суда Србије је у поступку за решавање спорног правног питања усвојило одређен број правних ставова, а између два саветовања су усвојена и друга правна схватања. Прво ће бити приказан поступак за решавање спорног правног питања са усвојеним правним ставовима, а затим ће бити приказана и анализирана и остала

правна схватања усвојена на седницама Грађанског одељења Врховног суда Србије.

Поступак за решавање спорног правног питања

Поступак за решавање спорног правног питања прописан је одредбама члана 176. до члана 180. новог Закона о парничном поступку. Овај поступак је у складу са препоруком Комитета министара Савета Европе бр. Р(95)5 од 7. фебруара 1995. године, према којој државе треба да размотре увођење система где ће трећестепени суд моћи директно да узме у разматрање одређени предмет, на пример, тако што ће му проследити за решавање по претходном питању или путем поступка којим се заобилази другостепени суд.

Поступак решавања спорног правног питања од стране трећестепеног суда прихвћен је у правима чланица Европске уније, а код нас се у пракси до правног схватања Врховног суда Србије долазило кроз "пилот предмете" или кроз одговор о спорном правном питању на саветовањима судија. Новим Законом о парничном поступку одређен је рок у коме је Врховни суд Србије дужан да реши спорно правно питање и да одлуку објави у свом билтену, а прописани су и услови за покретање поступка за решавање спорног правног питања.

Према ставу 1. члана 176. Закона о парничном поступку, кад у поступку пред првостепеним судом у већем броју предмета постоји потреба да се заузме став о спорном правном питању које је од прејудицијелног значаја за одлучивање о предмету поступка пред првостепеним судовима, првостепени суд ће, по службеној дужности или на предлог странке, покренути поступак пред Врховним судом Србије ради решавања спорног правног питања, а према ставу 2. члана 178. истог Закона, Врховни суд ће одбити да заузме став о спорном правном питању, ако оно није од значаја за одлучивање у већем броју предмета.

У пракси Врховног суда Србије преовладава схватање да је доношење одлуке да се решава спорно правно питање условљено постојањем већег броја предмета у поступку пред првостепеним судом са истим спорним правним питањем. То није условљено са постојањем већег броја предмета само у првостепеном суду који је упутио захтев Врховном суду Србије, већ и у другим првостепеним судовима, посебно, на подручју не-

посредно вишег суда. При томе захтев, по садржини и прилозима, треба да буде у складу са одредбама члана 177. Закона о парничном поступку.

Примера ради наводе се предмети Врховног суда Србије бр. Спп. 1/05, Спп. 5/05, Спп. 12/05, Спп. 27/05, Спп. 119/05 и Спп. 123/05 у којима је одбијен захтев за заузимање става о спорном правном питању, јер се није радило о спорном правном питању од значаја за већи број предмета. На седници Грађанског одељења од 17. маја 2005. године је у расправи о условима за покретање поступка за решавање спорног правног питања изражен је и став да је достављање захтева за решавање спорног правног питања у једном или малом броју предмета својеврсна злоупотреба института из члана 176. Закона о парничном поступку и покушај решавања појединачних предмета. Оцена да ли се ради о већем броју предмета у којима постоји потреба да се заузме став о спорном правном питању уско је повезана са оценом да ли се ради о спорном правном питању које је од прејудицијелног значаја за одлучивање о предмету поступка пред првостепеним судовима. По правилу, тако је и поступано код одлучивања да ли да се усвоји или одбије захтев за заузимање правног става о спорном правном питању.

Пре решавања сваког захтева првостепеног суда за покретање поступка за решавање спорног правног питања судија известилац сачињава реферат са предлогом да ли да се одлучује и на који начин о заузимању става о спорном правном питању. Поред процене да ли се захтев односи на већи број предмета, о чему је било речи, централно је питање да ли постоји потреба да се заузме став о спорном правном питању које је од прејудицијелног значаја за одлучивање о предмету поступка пред првостепеним судовима.

У предметима у којима је поводом захтева за решавање спорног правног питања заузет правни став нису посебно коментарисани услови за одлуку да се прихвати решавање спорног правног питања, а посебно није образлагано зашто је оцењено да се ради о спорном правном питању од прејудицијелног значаја за одлучивање о предмету поступка пред првостепеним судовима. Међутим, у предметима у којима се одбијају захтеви за заузимање става о спорном правном питању, оцена да спорно павно питање није од прејудицијелног значаја за одлучивање о предмету поступка пред првосепеним судовима заснива се на закључку да су изнета спорна правна питања у домену неспорне примене материјалног права или је о њима већ заузето правно схватање кроз појединачне одлуке Врховног суда Србије.

Сврха овог новог правног института је, пре свега, уједначавање судске праксе и убрзање поступка, а не решавање појединачних предмета због недовољног знања или настојања првостепеног суда да реши предмет. Ипак, недовољна или паушална оцена о преједудицијелном значају спорног правног питања може ограничити примену института поступка за решавање спорног правног питања и његове позитивне ефекте. Ово није критика, већ приказ досадашње праксе у поступку решавања спорног правног питања, а која пракса може да буде предмет свестранije и дубље анализе.

Према ставу 1. члана 179. Закона о парничном поступку, правно схватање доставља се суду који је покренуо поступак и објављује у Билтену Врховног суда Србије. Пошто у сваком предмету решавања спорног правног питања судија известилац пише реферат, пракса је Врховног суда Србије да се и у случају одбијања захтева за заузимање правног става овај реферат доставља првостепеном суду који је поднео захтев. Овако се поступа због оцене да то може бити од користи првостепеном суду у решавању предмета. Такође, одлучено је да се о одређеним спорним правним питањима, имајући у виду њихов значај, дају одговори и на редовном саветовању судија у Врњачкој Бањи.

Већ код првих предмета у поступку за решавање спорног правног питања појавила се дилема како поступити када захтев није поднет од стране првостепеног суда и када захтев по садржини и прилозима није у складу са одредбама члана 177. Закона о парничном поступку. У предмету Спп. бр. 140/05 дат је предлог судије известиоца да се захтев за покретање поступка за решавање спорног правног питања одбаци, јер је покренут од стране пуномоћника тужиоца, а не од стране првостепеног суда, како је прописано ставом 1. члана 176. Закона о парничном поступку. Предлог за одбацивање захтева није прихваћен јер се након разматрања предлога 23. децембра 2005. године дошло до закључка да су прописане само могућности одбијања да се заузме правни став о спорном правном питању или одлуке да се решава спорно правно питање, а да не постоји могућност одбацивања захтева. Предмет је решен тако што је одбијен захтев пуномоћника тужиоца за заузимање правног става у предмету општинског суда.

Наведено становиште Врховног суда Србије промењено је на седници од 4. априла 2006. године приликом одлучивања у предметима бр. Спп. 18/06, Спп. 19/06 и Спп. 20/06 у којима су одбачени као недозвољени предлози пуномоћника туженог за заузимање правног става о спорном

правном питању. Прихваћени су аргументи из реферата судије известиоца да су захтеви поднети од стране неовлашћеног предлагача, пошто је само првостепени суд овлашћен да покрене поступак за решавање спорног правног питања. Такође је констатовано да захтеве поднете од неовлашћених лица не треба са предметима достављати на решавање Врховном суду Србије. Захтев за решавање спорног правног питања је као недозвољен одбачен и у предмету Спп. 26/06, јер га је поднела странка, а првостепени суд је такав захтев само проследио на решавање Врховном суду Србије.

Усвојени правни ставови у поступку решавања спорног правног питања

Према ставу 1. члана 178. Закона о парничном поступку, Врховни суд Србије је дужан да реши спорно правно питање у року од 90 дана од дана пријема захтева. Поштујући овај рок решено је 143 предмета из 2005. године и 30 предмета из 2006. године. Правни ставови су усвојени у 8 предмета и објављени у Билтену Врховног суда Србије и биће укратко приказани и по потреби анализирани.

На седници Грађанског одељења Врховног суда Србије од 31. маја 2005. године усвојен је правни став о надлежности судова опште надлежности, пасивној легитимацији Државне заједнице Србија и Црна Гора и права војних и цивилних лица на плату по одредбама члана 75. и 137. Закона о Војсци Југославије, према коме висина плате професионалних припадника Војске Југославије, као и висина пензија војних пензионера се утврђује појединачним управним актом, а законитост управних аката и правилност обрачуна висине плате или пензије оцењује се у управном поступку пред надлежним органом и у управном спору, те у случају незаконитог и неправилног рада државног органа у извешњу тако утврђене обавезе, суд опште надлежности, као стварно надлежан, одлучује о праву на накнаду штете. Усвајањем овог правног става решено је 12 "Спп" предмета, а правни став је повезан са правним схватањем од 6. априла 2004. године о надлежности органа управе о захтеву за остваривање права на накнаду по Закону о основним правима бораца, војних инвалида и породица палих бораца и накнаду по Закону о војсци.

На истој седници од 31. маја 2005. године усвојен је правни став о праву запосленог на накнаду штете због немогућности стицања бесплат-

них акција по Закону о својинској трансформацији, према коме запослени код субјекта приватизације који није приватизован за време важења Закона о својинској трансформацији нема право да по том основу оствари накнаду штете према Републици Србији и субјекту приватизације.

На наведеној седници усвојен је и правни став о учешћу акционара о подели годишње добити, према коме акционар нема право на удео у годишњој добити, ако не постоји одлука скупштине акционарског друштва о одређивању плаћања дивиденде акционарима.

На седници одељења од 14. јуна 2005. године усвојен је правни став о стицању права на дивиденту по Закону о предузећима, према коме дивиденда представља цивилни плод од доношења одлуке скупштине акционара о подели дивиденди, а право на дивденду припада акционару који је у моменту доношења одлуке скупштине акционара о расподели добити (дивиденде) био уписан у књигу акционара.

На седници од 28. јуна 2005. године усвојен је правни став о располагању предузећа са већинским друштвеним капиталом у поступку приватизације без сагласности агенције републике чланице надлежне за послове приватизације, према коме када се новчано потраживање односи на исплату зараде, путних трошкова и доприноса пензијском и инвалидском осигурању запослених радника у предузећу, које послује са већинским друштвеним капиталом а налази се у поступку приватизације, за исплату или закључење поравнања није потребна сагласност агенције републике чланице надлежне за послове приватизације у смислу члана 398а. Закона о предузећима.

На седници од 12. јула 2005. године усвојен је правни став према коме рок застарелости потраживања разлике између гарантоване и одговарајуће зараде које није пријављено у стечајном поступку и поступку принудног поравнања износи 3 године и почиње да тече наредног дана од дана када је оглас о отварању стечајног поступка истакнут на огласној табли суда.

На седници Одељења од 15. новембра 2005. године усвојен је правни став о праву на исплату старосне пензије утврђене правноснажним решењем Републичког фонда пензијског и инвалидског осигурања. Према овом правном ставу право на пензију утврђено правноснажним решењем Републичког фонда пензијског и инвалидског осигурања о признавању права на старосну пензију по одредбама Закона о пензијском и инвалид-

ском осигурању које су биле на снази у време доношења решења је стечено право које се може ограничити или престати само ако престану да постоје услови за стицање и остваривање тог права предвиђени одредбама Закона о пензијском и инвалидском осигурању Републике Србије, а законитост решења Фонда пензијског и инвалидског осигурања којима се утврђује право на пензију и висина пензије и којима се ограничава или укида право на пензију цени се у управном поступку који спроводи надлежни Фонд пензијског и инвалидског осигурања и у управном спору, те извршење правноснажног решења Фонда пензијског и инвалидског осигурања спроводи суд опште надлежности у извршном поступку по одредбама Закона о извршном поступку, а суд опште надлежности је стварно надлежан да одлучује по тужби за накнаду штете због незаконитог и неправилног рада Фонда пензијског и инвалидског осигурања у извршењу утврђене обавезе исплате пензије на основу члна 172. Закона о облигационим односима и члана 1. Закона о парничном поступку. Треба указати да је овај правни став повезан и у складу са наведеним правним схватањем усвојеним 6. априла 2004. године и правним ставом усвојеним у поступку решавања спорног правног питања 31. маја 2005. године.

На седници Одељења од 15. новембра 2005. године усвојен је правни став о праву запосленог на исплату изостале разлике зараде након промене власничке структуре капитала у предузећу, према коме промена власничке структуре капитала у предузећу по извршеној приватизацији нема утицаја на право запосленог на исплату изостале разлике зараде.

Значај и обавезност усвојених правних ставова у поступку решавања спорног правног питања

Према ставу 4. члана 178. Закона о парничном поступку, Врховни суд Србије одлучје о захтеву за решавање спорног правног питања по правилима поступка за усвајање правних ставова, а према ставу 2. члана 179. и члану 189. истог Закона, правно схватање се доставља суду који је покренуо поступак и објављује у Билтену Врховног суда Србије, а ако је Врховни суд Србије заузео правно схватање по спорном правном питању странке у поступку у коме се поставља исто претходно питање немају право да поново траже његово решавање у парници која је у току. Према ставу 1. члана 28. и ставу 2. члана 40. Закона о уређењу судова, Врховни суд утврђује начелне правне ставове ради јединствене судске примене

права, а правно схватање усвојено на седници одељења обавезује сва већа у саставу одељења. Поступак за заузимање правног схватања по правним питањима од интереса за рад судских већа у одељењу прописан је чланом 18. Пословника о уређењу и раду Врховног суда Србије.

Поставља се питање обавезности примене усвојених правних ставова, а посебно какве су последице када првостепени суд не прихвати правни став или тај правни став не прихвати другостепени суд у поступку одлучивања по жалби, а странке немају право на изјављивање ревизије, док су могућности захтева за заштиту законитости ограничене. Правило је да се усвојени правни ставови прихватају и да делују ауторитетом доносиоца и снагом аргумената, али, изгледа, не постоји процесни механизам да се обезбеди обавезност примене правног става усвојеног у поступку решавања спорног правног питања. То се односи и на остала правна схватања усвојена на седницама Грађанског одељења Врховног суда Србије.

У досадашњом пракси нису уочени случајеви да нижестепени судови не примењују правне ставове усвојене у поступку решавања спорног правног питања. Указивање на ову, чини се, недореченост законског решења, не оспорава потребу постојања овог новог правног института прописану у циљу јединствене судске примене права и бржем окончању предмета. То захтева веће ангажовање првостепених судова код идентификовања спорних правних питања од прејудицијелног значаја за одлучивање у предметима, а посебно код формулисања захтева који се упућују Врховном суду Србије. То захтева још веће ангажовање Грађанског одељења Врховног суда Србије чија је улога у овом поступку најзначајнија, па самим тим и најодговорнија.

Правна схватања Грађанског одељења усвојена након последњег саветовања

Осим заузимања правних ставова у поступку за решавање спорног правног питања, Грађанско одељење Врховног суда Србије је од последњег саветовања судија усвојило и друга правна схватања која ће се приказати и по потреби анализирати.

На седници Грађанског одељења од 15. новембра 2005. године усвојено је правно схватање о преклузивности рока из члана 96. став 1. Закона о стечајном поступку, према коме рок за покретање парнице ради

утврђивања оспореног потраживања из члана 96. став 1. Закона о стечајном поступку ("Службени гласник РС",бр.84/04) је преклузиван, ако да ће парнични суд на основу члана 279. став 1. тачка 2. Закона о парничном поступку ("Службени гласник РС", бр. 125/04), тужбу стечајног повериоца поднету након истека овог рока одбацити као неблаговремену. Усвојеним правним схватањем отклоњено је различито поступање првостепених трговинских судова и размимоилажење правних становишта у одлукама Вишег трговинског суда и Врховног суда Србије.

У вези реферата "Временско важење закона у извршној судској процедури", који је објављен у Билтену Врховног суда Србије бр. 2/2005 – страна 279., у погледу спорног правног питања када се сматра да је извршни поступак започет, на седници Одељења од 23. децембра 2005. године усвојен је закључак да се не мења досадашња судска пракса и да се извршни поступак сматра започетим подношењем предлога суду за извршење.

На седници одељења од 23. децембра 2005. године усвојен је и закључак према коме отказ уговора о раду због фалсификоване исправе о стеченој спреми послодавац може дати запосленом због учињеног кривичног дела на раду или у вези са радом у условима постојања правноснажне осуђујуће кривичне пресуде после ступања на снагу Закона о раду из 2001. године и због ћутања о важним околностима пре закључења уговора о раду.

Грађанско одељење се у претходном периоду кроз израду реферата и кореферата и њихово разматрање на више седница бавило питањем конверизје девизног у динарско потраживање и права на затезну камату. Предлагала се измена судске праксе изражена кроз одлуке Врховног суда Србије да поверилац може у свако доба извршити конверизију свог девизног потраживања у динаре према курсу на дан конверзије, те да од извршене конверзије има право на законску затезну камату, а од доспелости потраживања до извршене конверизије на домицилну камату. Коначно је на седници одељења од 14. априла 2006. године усвојен правни став према коме поверилац девизног пораживања нема право на конверизију, осим ако странке о томе закључе споразум у складу са законом. У погледу права на камату није постигнута сагласност за промену досадашње праксе.

Уместо закључка

Покушано је да се поступак за решавање спорног правног питања, као нови институт процесног права, прикаже кроз судску праксу Грађанског одељења Врховног суда Србије. Да би се ова пракса што боље приказала и објаснила било је потребно указати и на законска решења са покушајем да се открије њихова сврха и домет, при чему се није могао избећи и извесни субјективни приступ. Професионална је привилегија аутора да је и сам учествовао у тумачењу и примени нових процесних одредби и да је био у могућности да изврши увид у све предмете и у записнике са седница одељења. Осим приказа усвојених правних ставова, кроз реферат је покушано дати и додатне информације о процесу решавања спорног правног питања. Такав приступ требао би допринети, поред информативног, у извесној мери и едукативном карактеру реферата, а све у циљу афирмације новог правног инситута – поступка за решавање спорног правног питања.

УПРАВНО ПРАВО

Љубодраг Пљакић,
судија Врховног суда Србије

ПРОДАЈА КАПИТАЛА И ИМОВИНЕ СУБЈЕКТА ПРИВАТИЗАЦИЈЕ МЕТОДОМ ЈАВНЕ АУКЦИЈЕ

- Процес приватизације -

Приватизација је једна од тема која свакодневно привлачи пажњу и коментаре, а изричу их како стручна јавност тако и обични грађани. Са разлогом наравно, јер ово питање од државног значаја погађа и предузећа и запослене, што читавом процесу даје значајну социјалну димензију. Коментари се односе не само на брзину провођења приватизације и њене ефекте, већ и на принципијелни приступ овом процесу гледано из угла денационализације: да ли је приватизацији могло да се приступи, а да претходно није донет Закон о денационализацији, као и да ли је изабран најсрећнији метод приватизације? Оцене о овом питању немају пролазни карактер већ ће бити предмет расправа и по окончаном процесу приватизације.

- Законска решења приватизације -

Одредбом члана 1. Закона о приватизацији[1] - у даљем тексту: Закон, предвиђено је да се њиме уређују услови и поступак промене власништва друштвеног односно државног капитала и тај процес, по самом Закону, представља приватизацију.

Предмет приватизације представља друштвени односно државни капитал у предузећима и другим правним лицима, а субјекти приватизације су управо предузећа и друга правна лица чија се имовина приватизује. Субјекти надлежни за спровођење приватизације су Агенција за приватизацију, Акцијски фонд и Централни регистар за хартије од вредности. Поступак приватизације се покреће иницијативом надлежног органа субјекта приватизације и

[1] "Службени гласник РС", бр. 38/01, 18/03

припремом проспекта за приватизацију. Поступак се може покренути и иницијативом Министарства надлежног за послове приватизације и заинтересованих купаца. У субјектима са већинским државним капиталом, Министарство надлежно за послове приватизације покренуту иницијативу доставља Влади Републике Србије ради давања сагласности.

Законом предвиђени модели приватизације су продаја капитала и пренос капитала без накнаде. Методи продаје капитала субјекта приватизације су јавни тендер и јавна аукција.

- Карактер одлуке на јавној аукцији -

Закон у одредбама члана 34. - 41. уређује поступак продаје капитала путем аукције означавајући је као метод приватизације јавним надметањем потенцијалних купаца у складу са утврђеним условима продаје. Јавну аукцију организује Агенција за приватизацију, у даљем тексту: Агенција, а сам поступак обухвата: припрему јавне аукције, пријаву за учешће и регистрацију учесника, само спровођење јавне аукције и закључивање уговора. Агенција образује комисију која спроводи продају путем аукције. Комисија саставља записник о свом раду и извештај о резултатима јавне аукције доставља Агенцији, министарству надлежном за послове приватизације и Влади Републике Србије у року од 15 дана од завршетка поступка продаје.

Што се тиче правне заштите учесника у овом поступку, Закон у члану 40. предвиђа да учесници на јавној аукцији имају право приговора на законитост спроведеног поступка у року од 8 дана од дана одржавања аукције. Приговор се подноси министарству надлежном за послове приватизације које је дужно да о приговору одлучи у року од 8 дана од дана пријема приговора, уз констатацију да је акт о одлучивању о приговору коначан.

Законодавац није до краја предвидео одговарајућу правну заштиту, али имајући у виду да је одлуку по приговору донело министарство, очигледно је да одлука донета по приговору на законитост спроведеног поступка аукције има карактер управног акта из члана 6. Закона о управним споровима, против које се може поднети тужба у управном спору код Врховног суда Србије. У вези преклузивног рока за улагање приговора у овом поступку се изјаснио Врховни суд Србије:[2]

[2] У. 914/04 од 07. 04. 2005. године

"Будући да је јавна аукција одржана 30. 06. 2003. године, а тужилац, како из списа произлази, први поднесак који се може сматрати приговором у смислу члана 39а) Закона о приватизацији послао је туженом препорученом пошиљком 15. 07. 2003. године, то је и по оцени Врховног суда Србије тужилац неблаговремено оспорио законитост спроведеног поступка аукцијске продаје предузећа".

- Разрада Закона Уредбом -

Закон у члану 41. предвиђа да Влада Републике Србије ближе прописује поступак и начин продаје капитала и имовине јавном аукцијом. У том правцу, Влада је донела Уредбу о продаји капитала и имовине јавном аукцијом[3], у даљем тексту: Уредба. Уредбом се уређује сврха аукције у којој треба да се утврде цена и купац са којим се закључује уговор о куповини капитала, односно имовине. Уредбом се ставља нагласак на поступак јавног надметања, али у складу са утврђеним условима продаје.

Аутор жели посебно да нагласи да су услови продаје предвиђени Уредбом и да њихово непридржавање може да доведе и до поништавања аукцијске продаје приликом оцене њене законитости у управном спору, а то даље значи далекосежне последице на учеснике у поступку нарочито за случај да је са купцем закључен уговор о продаји предузећа и да је купац већ ушао у извршавање уговорених обавеза.

Агенција је правно лице које промовише, иницира, спроводи и контролише поступак приватизације.

Уредба предвиђа две аукције од којих свака има два надметања. Различити су услови код прве и друге аукције у погледу почетне цене и у погледу средстава плаћања: почетна цена у првој аукцији је 20% горње границе распона вредности капитала, а у другој 20% од доње границе распона вредности капитала. Такође, за разлику од прве аукције, у другој аукцији депозит може да се уплати и у недоспелим обвезницама. Уколико се прва аукција прогласи неуспелом, друга се објављује у року од 7 дана од дана проглашења прве за науспелу.

[3] "Службени гласник РС", бр. 45/01... 98/04

Аукција се сматра неуспелом ако ни после трећег позива на другом надметању друге аукције нико од учесника не истакне понуду на понуђену цену.

У пракси се може поставити питање да ли се против одлуке о проглашењу аукције неуспелом може улагати приговор и користити судска заштита. Сматрам да има места контроли законито спроведеног поступка и у таквој ситуацији, а само лица која су била учесници аукције могу да траже оцену њене законитости, али не и субјект приватизације. Радње позивања учесника у поступку аукције могу да утичу на законитост спроведеног поступка.

"Није спорно да се тужилац пријавио само за друго надметање, а не и за прво, као и да је позван да учествује на првом надметању, али у њему није учествовао што је констатовано пре почетка саме аукције, јер се увидело да се тужилац пријавио само за друго надметање, па због пропуста првостепеног органа учињеног у позивању тужиоца да учествује за прво надметање, који је пропуст благовремено отклоњен пре самог надметања, није учињена повреда правила поступања предвиђена Уредбом о продаји капитала и имовине јавном аукцијом".[4]

- Припрема аукције -

Одлуку о продаји капитала аукцијом доноси Агенција и обавештава субјекта приватизације. У поступку организовања аукције, Агенција врши све послове од одређивања времена и датума одржавања аукције, образовања комисије, преко објављивања јавног позива за учешће на аукцији са свим детаљима које позив треба да садржи. Такође, утврђује датум и време обиласка субјекта приватизације од стране заинтересованих лица.

- Аукцијска документација -

Одредбом члана 10. Уредбе је предвиђено да аукцијска документација садржи:

1. Програм приватизације

2. Уговор о чувању поверљивих података

[4] Пресуда Врховног суда Србије У. 2392/05 од 02. 11. 2005. године

3. Нацрт уговора о продаји

4. Пријаву учешћа на аукцији

Посматрано из угла правне природе уговора који се закључује, значајна је одредба члана 11. Уредбе која говори о нацрту уговора. Овај уговор је по својој природи "узми или остави" са јачом вољом једног уговорача. Нацрт уговора о продаји израђује Агенција и он садржи обавезу купца да ће обезбедити континуитет пословања субјекта приватизације, услове коришћења средстава рада, плаћања цене и друго. Учесници на аукцији потписују нацрт уговора и на тај начин прихватају услове нацрта. Нацрт уговора не садржи цену, њу касније уноси овлашћено лице Агенције и уз његов потпис и потпис субјекта приватизације нацрт постаје уговор о продаји.

- Учесници на аукцији -

Право учешћа на аукцији имају домаћа и страна правна и физичка лица (члан 12. Уредбе). Ова лица могу учествовати на аукцији под условом да су:

1. Купила аукцијску документацију

2. Регистрована као учесници на аукцији и

3. Уплатили депозит

Уколико се више лица удружи ради куповине једног субјекта приватизације, они чине конзорцијум и морају да доставе одлуку о формирању конзорцијума и овлашћење лица за заступање на аукцији. То овлашћење мора да буде оверено у суду.

Одредбом члана 14. Уредбе наведена су лица која немају право учешћа на аукцији између осталих, физичка и правна лица која имају финансијских обавеза према субјекту чији је капитал односно имовина предмет приватизације. У том правцу је пресуда Врховног суда Србије[5] која се односи на физичко лице - акционара правног лица које има доспеле, а неизмирене обавезе према субјекту приватизације:

[5] У. 2419/04 од 02. 02. 2005. године

"Према налажењу Врховног суда Србије, физичко лице које је акционар правног лица које има доспеле, а неизмирене обавезе према субјекту приватизације, не може бити купац друштвеног капитала на аукцијској продаји таквог субјекта приватизације, у смислу члана 12. став 3. Закона о приватизацији и члана 14. став 1. тачка 1. Уредбе о продаји капитала и имовине јавном аукцијом. Тачно је да у смислу става 1. члана 53. Закона о предузећима, предузеће одговара за своје обавезе целом својом имовином, али је ставом 2. истог члана прописано да оснивачи, чланови и акционари предузећа одговарају за обавезе предузећа у случајевима и под условима прописаним овим Законом, који су случајеви прописани у члану 54. истог Закона, па физичко лице које је акционар у фирми која има обавезе према субјекту приватизације, не може се посматрати одвојено од тог правног лица коме је законом забрањено да буде купац на аукцији".

- Пријава за аукцију и уредност документације -

У пракси Управног одељења Врховног суда Србије нису уочени посебни проблеми везани за сам ток аукције, али се, чини се, код управних органа олако прелази преко неких питања око уредности аукцијске документације, која касније, могу озбиљно да угрозе читав проведени поступак.

Одредбом члана 15. Уредбе је предвиђено шта од документације треба да садржи пријава домаћих и страних физичких лица која желе да учествују на аукцији. Агенција је дужна да два радна дана пре дана одређеног за одржавање аукције обавести учеснике о одобравању пријаве за учешће. Врховни суд Србије је пресудом[6] утврдио да је због непоштовања овог рока незаконит поступак аукције:

"Из списа произлази да је Агенција неблаговремено, тек 04. 03. 2003. године у 17,00 часова путем поште тужиоцу писмено упутила одобрење пријаве за учешће на аукцији, па будући да је према записнику о јавној аукцији, аукција била заказана за 06. 03. 2003. године у 11,00 часова, а одржана истог дана са почетком у 11,24 часова, то је неспорно да није испоштован рок прописан цитираном одредбом, а што је тужени био дужан да има у виду приликом одлучивања о уложеном приговору".

[6] У. 1665/03 од 06. 02. 2004. године

Одредбом члана 17. став 4. је предвиђено да Агенција може да откаже аукцију, ако на основу пријаве оцени да је нарушен принцип слободне тржишне конкуренције и има обавезу да о томе обавести заинтересована физичка лица. Уредба не предвиђа да ли се у овом случају може користити приговор, али имајући у виду правни интерес учесника на аукцији сматрам да се приговор може користити као и управно судска заштита.

Код оцене уредности аукцијске документације, треба правити разлику између ситуације када је Агенција дужна да због непотпуне документације елиминише учесника у поступку, у односу на ситуације када је дужна да му претходно наложи отклањање недостатака. У питању је примена одредбе члана 17. став 2. Уредбе. Она има у виду овлашћење Агенције да упути захтев учесницима на аукцији, да поднете пријаве допуне или измене у року од 2 дана од дана достављања обавештења. Остављање рока за допуну или измену односи се на податке из пријаве и преузету аукцијску документацију. Коришћење оваквог овлашћења Агенције ће бити у случају да учесник није потписао нацрт преузетог уговора:

"Из списа ове управне ствари није спорно да је заинтересовано лице поднело пријаву као учесник на аукцији и да приликом подношења пријаве није потписало нацрт уговора добијеног од Агенције за приватизацију.

Како је заинтересовано лице у року цитираном одредбом члана 17. став 2. Уредбе отклонило недостатке на тај начин што је потписало нацрт уговора који је преузело уз аукцијску документацију, отклоњен је ранији недостатак па је правилно поступио првостепени орган када је заинтересовано лице прихватио као учесника на аукцији".[7]

Другачија је ситуација када је у питању уплата депозита. Депозит мора да буде уплаћен унапред у пуном износу или мора да буде издата банкарска гаранција на пуни износ депозита. Ако је банкарска гаранција издата на мањи износ од предвиђеног, пријава за учешће се одбацује без налагања отклањања овог недостатка. Разлог за овакво поступање је у чињеници да депозит не представља пријаву нити преузету аукцијску документацију код којих се неуредност отклања уз примену цитираног члана

[7] У. 5746/05 од 02. 11. 2005. године

17. став 2. Уредбе, већ један од три кумулативна услова из члана 12. Уредбе за учешће на акцији.

"Према правном ставу Врховног суда Србије, уплата депозита или полагање банкарске гаранције на предвиђени износ депозита ради учешћа на аукцији представља један од три кумулативна услова предвиђена одредбом члана 12. став 2. цитиране Уредбе, па се овлашћења Агенције предвиђена одредбом члана 17. став 2. Уредбе да може да тражи у одређеном року допуну или измену пријаве за учешће на аукцији која не садржи сву потребну документацију односи на саму пријаву за учешће, али не и на отклањање недостатака који се тичу издате банкарске гаранције на мањи износ од предвиђеног депозита. Чињеница полагања банкарске гаранције на мањи износ од утврђеног депозита представља разлог за елиминацију таквог учесника из поступка аукцијске продаје, због неиспуњавања предвиђених услова, без накнадног налагања да се овај недостатак отклони".[8]

- Поништај аукције -

У пракси управних органа и у поступку управно судске заштите као спорно питање се поставило у примени одредбе члана 35 а) Уредбе. Овом одредбом је предвиђено да "Агенција може одлучити да поништи аукцију ако оцени да су учесници на аукцији својим понашањем нарушили принцип слободне тржишне конкуренције". Ово питање је изазвало (са разлогом, прим. аутора), велику медијску пажњу, а коришћено је и у политичке сврхе.

На питање карактера донетог акта у примени цитиране одредбе одговор је дала управно судска пракса кроз правно схватање да се ради о управном акту у односу на који се обезбеђује заштита у управном спору.

Полазећи од чињенице да је крајњи циљ аукције утврђивање најповољнијег понуђача ради закључења уговора о продаји субјекта приватизације, као спорно се поставило питање до ког момента се може поништити аукција.

Одговор би био: до момента закључивања уговора. Ово са разлога, што се до тог момента Агенција појављује као субјект са вршењем јавних

[8] У. 6492/04 од 24. 11. 2005. године

овлашћења. Закључењем уговора она постаје страна уговорница и не може се више користити јавним овлашћењем. Такође, и систематским тумачењем наведене одредбе се долази до истог закључка, будући да се она у Уредби налази пре поглавља које се односи на закључење уговора.

"Према правном ставу Врховног суда Србије Агенција за приватизацију се може користити овлашћењем из члана 35 а) цитиране Уредбе, да поништи спроведену аукцију, све до момента закључења уговора са најповољнијим понуђачем, или ако је таква могућност предвиђена самим уговором. Закључивањем уговора на основу одлуке донете на аукцији, Агенција постаје страна уговорница и сва спорна питања у вези приватизације се решавају одлуком о судбини закљученог уговора код надлежног суда, а не поновним коришћењем јавних овлашћења.

Како у овој правној ствари није спорно да је решење у примени одредбе члана 35 а) Уредбе о поништају аукције донето после закљученог уговора између Агенције и најповољнијег понуђача, то је очигледно доношењем оспореног решења повређен закон на штету тужиоца".[9]

О надлежности трговинског суда када је реч о поништају уговора о продаји капитала изјаснило се Управно одељење Врховног суда Србије у пресуди:[10]

"Правилно је становиште Окружног суда да се у конкретном случају не ради о управној ствари због које се може покренути управни спор, јер се тужбом не оспорава акт Министарства за приватизацију из члана 32. став 5. или члана 39 а) став 3. Закона о приватизацији. Поднетом тужбом се оспорава уговор о продаји капитала из члана 41. истог Закона и такав спор је привредни спор имовинске природе за који је надлежан трговински суд, што је правилно закључио и Окружни суд у оспореном решењу".

Треба посебно нагласити да је временски период у коме се може користити овлашћење за поништај аукције из члана 35 а) Уредбе веома кратак. То је период од утврђивања најповољнијег понуђача до потписивања нацрта уговора од стране Агенције, због чега се појачава одговорност Агенције за законито спроведену аукцију.

---

[9] У. 3019/05 од 02. 11. 2005. године

[10] Уж. 98/03 од 30. 09. 2004. године

- Нова Уредба -

Србија је земља у транзицији са наглашеном законодавном активношћу, неко ће рећи, и пренормираношћу. Посебно треба указати на честу измену прописа што и судовима отежава рад на уједначавању стабилне судске праксе.

У прилог томе говори и чињеница да је у току рада на овом реферату донета Уредба о продаји капитала и имовине јавном аукцијом[11], у даљем тексту: Нова Уредба, која је ступила на снагу 27. 06. 2006. године. Због тога аутор неће правити уобичајене закључке на основу ставова изнетих у реферату, већ ће они остати као доказ у примени, сада већ раније Уредбе, у једном периоду транзиције наше земље. Остају такође, оцене о ваљаности те Уредбе и њеном доприносу успешном спровођењу приватизације.

У недостатку одговарајуће управно-судске праксе на основу Нове Уредбе указаћемо на нека њена значајна решења.

Сматрам да је Новом Уредбом требало отклонити лоше решење из раније Уредбе које је и даље задржано. Оно се тиче рока за отклањање неуредности у пријави, а то је рок од 2 дана пре одржавања аукције. Ово због тога што се на 2 дана пре одржавања аукције обавештавају физичка и правна лица о одобравању пријаве за учешће на аукцији. Остављање подносиоцима неуредних пријава да неуредности отклоне до пред саму аукцију значи да потенцијални учесници на аукцији све до самог одржавања аукције (због остављеног рока за отклањање неправилности) не знају ко су све учесници на аукцији.

Пошто је рок за предају уредне документације 5 дана пре одржавања аукције, сматрам да би на 2 дана пре одржавања аукције (рачунајући и отклањање неправилности) морали да се знају учесници на аукцији.

Да пракса судова у отклањању пропуста у прописима има значаја, показује управо Нова Уредба.

Одредбом члана 22. став 1. Нове Уредбе је предвиђено да доказ о уплати депозита представља саставни део пријаве за учешће на аукцији на који начин је доносилац Уредбе учинио да се и недостатак везан за депо-

[11] "Службени гласник РС", бр. 52/06 од 21. 06. 2005. године

зит може отклањати. Овај аутор сматра да то није добро решење јер озбиљан учесник на аукцији мора да има исто тако озбиљно решено питање депозита већ у моменту подношења пријаве.

Поучен искуствима из праксе, доносилац Уредбе је у члану 45. ближе уредио који су то нарочито случајеви када Агенција може одлучити да поништи аукцију. Нагласак је на речи "нарочито" што значи да је поништај могућ и у другим случајевима према смислу и сврси већ наведених случајева.

Новина је да се уговор о продаји закључује само са Агенцијом, а не и са субјектом приватизације, мада нису појашњени разлози због којих уговор о продаји удела потписује Акцијски фонд.

Јелена Ивановић,
судија Врховног суда Србије

ВРАЋАЊЕ ЗАДРУЖНЕ ИМОВИНЕ

У постојећем правном систему као и у оном насталом проглашењем југословенске државе након Другог светског рата, битан и веома заступљен облик организовања физичких лица ради пословања, је задруга.

У почетку настала као облик организовања по систему колективизма, са зачетком у породичним и сељачким радним задругама, после Уставног закона и Закона о пољопривредном земљишном фонду (1953. године), заснива организацију на принципу добровољности који, као једно од основних начела, задржава до данас. Уз напредовање друштвено-економских односа према тржишној економији и демократизацији друштва, створила се потреба за формирањем задруга ради пословања не само у области пољопривредне делатности већ и у другим областима као што су стамбена, занатска, здравствена делатност и друго.

Овај институт статусног права комплексан је не само по устројству, већ и чињеницом да је регулисан посебним законом, то је Закон о задругама (у даљем тексту: Закон из 1996. године)[1], али и по могућности враћања задружног земљишта прописаном овим законом, која је у управном спору у надлежности Врховног суда Србије. Како је у примени цитираног закона настала разноврсна пракса Врховног суда Србије, то се по мишљењу аутора овог реферата указала потреба за њеном анализом, ради отклањања недоумица насталих покретањем и вођењем управног поступка по захтевима за враћање задружне имовине, али и у току управног спора ради оцене законитости одлука управних органа донетих у управном поступку.

[1] "Сл. лист СРЈ" бр. 41/96, 12/98 и "Службени гласник РС", бр. 101/05 и 34/06

Организација задруга по Закону о задругама

Одредбом члана 1. Закона из 1996. године који се по члану 64. Уставне повеље државне заједнице Србија и Црна Гора примењује као републички, и изменама[2] овог Закона, прописано је да је задруга облик организовања физичких лица (у даљем тексту: задругари) у којој они пословањем на задружним принципима: добровољности, солидарности, демократичности, економског учешћа, једнаког права управљања, самосталности, задружног образовања и међузадружне сарадње, остварују своје економске, социјалне и културне интересе.

Ова дефиниција задруге, као облика организовања физичких лица, садржана је у Основним одредбама Закона, које прописују врсте и подврсте задруга и одређују да могу постојати: земљорадничке (у оквиру њих: опште и специјализоване-житарске, воћарске, виноградарске, пчеларске, сточарске и др.), стамбене, потрошачке, здравствене, омладинске, студентске и ученичке као и друге врсте задруга за обављање производње, промета робе и вршења услуга у складу са Законом. Такође се могу оснивати и штедно-кредитне задруге за чије се оснивање, организацију, пословање и начин управљања, примењују одредбе закона којим се уређују банке и друге организације. Основним одредбама Закона је прописано да је задруга правно лице, да се не може организовати као предузеће или други облик организовања нити се може припојити или спојити с предузећем или другим правним лицем које није задруга. Установљена је одговорност задруге у правном промету у смислу да она за своје обавезе одговара целокупном имовином.

Закон прописује услове под којима се оснивају задруге по врсти, појединачно при чему одређује шта је оснивачки акт, његову обавезну форму и садржину. Оснивачки акт задруге је уговор о оснивању изузев ученичке задруге код које је оснивачки акт одлука о оснивању. Овај одељак садржи одређење задружних правила, и дефинише када се задруга сматра основаном и када стиче својство правног лица (уписом у регистар).

Закон регулише статус и књигу задругара као и обављање стручних и других послова. Као органи задруге, којом иначе управљају задругари, прописани су: скупштина, управни одбор, надзорни одбор и директор, ако

[2] "Службени гласник РС" бр. 101/05 и 34/06

Законом није другачије одређено. Дефинисана је имовина задруге и начини на који се задружна својина образује. У обављању делатности задруга користи задружну својину, а на основу других имовинских права може користити и средства у својини задругара као и средства других домаћих правних и физичких лица, при чему задруга располаже имовином на начин одређен законом, оснивачким актом, односно задружним правилима.

Закон прописује и начине престанка задруге, а задружни савези су дефинисани као самосталне интересне и стручне пословне организације које се оснивају ради унапређења делатности задруга и заштите њихових заједничких интереса. Одређени су услови под којима се обавља задружна ревизија што представља потпуно нови институт у односу на Закон о задругама из 1990. године.

Посебно је за практичну примену битан члан 62. који представља посебан одељак закона који прописује сходну примену закона којим се уређује правни положај предузећа и то у погледу делатности, седишта, фирме, матичног броја, одговорности органа за незаконите одлуке, одговорности чланова органа за штету причињену задрузи, ограничења избора за члана управног одбора, заступања прокуре, обавештавања, пословне тајне, клаузуле конкуренције и застарелости потраживања, али само за случај да то Законом о задругама није друкчије одређено.

Законски основ за враћање задружне имовине

Законом о задругама[3] у члану 37. (у даљем тексту: Закон из 1990. године) први пут је предвиђена могућност враћања задружне имовине тако да се имовина стечена радом и пословањем задруга и задругара, после 1. 7. 1953. године, која је организационим односно статусним променама пренета без накнаде другим корисницима, ступањем на снагу овог Закона на основу документованог захтева биће враћена задругама, односно њиховим правним следбеницима на начин и под условима утврђеним законом. Пословне и стамбене зграде које су од 1. 7. 1953. године до 31. 12. 1965. године, биле у власништву задружних савеза, а касније без накнаде пренете другим корисницима, на основу документованог захтева биће враћене тим савезима, на начин и под условима утврђеним законом.

[3] "Службени лист СФРЈ" бр. 3/90

У циљу спровођења ове одредбе донет је и републички Закон о начину и условима враћања имовине стечене радом и пословањем задруга и задругара после 1. 7. 1953. године[4] (у даљем тексту: Републички закон из 1990. године). Он дефинише: ко има право на подношење захтева за враћање имовине (задруга, односно њен правни следбеник и задружни савез), какав се захтев подноси (документован) и коме се подноси захтев (општинском органу управе надлежном за имовинско правне послове према месту где се имовина налази, а републичком органу управе надлежном за имовинско правне послове уколико се имовина налази на територији две или више општина).

Одређено је и временско важење захтева тако што је захтев могао да се поднесе у року од 2 године од дана ступања на снагу тог Закона (Закон ступио на снагу 15. 8. 1990. године, значи закључно са 15. 8. 1992. године), односно од дана оснивања задруге уколико се задруга организује након ступања на снагу тог Закона, али не по протеку рока од 5 година од дана ступања на снагу тог Закона.

Шта је подразумевало документованост захтева, одређено је чланом 4. овог Закона при чему је став 1. одредио шта мора у захтеву да буде назначено, а став 2. шта се уз захтев подноси.

Прописан је и поступак који се спроводио по добијању захтева, па је закон обавезивао надлежни управни орган да без одлагања размотри захтев и приступи споразумевању странака. Уколико се странке споразумеју, у таквом споразуму мора бити тачно одређена имовина која се враћа односно накнада која се плаћа и у ком року су странке дужне да испуне своју обавезу при чему је могао да буде закључен споразум о враћању дела имовине и као такав, споразум је имао снагу извршне исправе. Уколико орган управе нађе да нису испуњени услови за враћање имовине и не дође до закључења споразума у року од 2 месеца од дана подношења захтева, орган је био у обавези да без одлагања све списе предмета достави месно надлежном општинском суду који је у ванпарничном поступку имао обавезу да одлучи о захтеву, при чему је овакав поступак одређен као хитан. Закон је прописао право подносиоца захтева да тражи новчану противвредност имовине за случај да непокретност није могуће вратити услед одређених промена при чему се корисник могао ослободити те обавезе враћањем друге непокретно-

[4] "Службени гласник СРС" бр. 46/90

сти сличних својстава или намене, а накнада се одређивала према прометној вредности имовине која се утврђивала по прописима о промету непокретности у време враћања. Закон је давао право кориснику непокретности, чије се враћање тражи, да тражи накнаду за рад и средства уложена у повећану вредности непокретности која се враћа.

Закон из 1996. године, чијим је ступањем на снагу престао да важи Закон из 1990. године, ступио је на снагу 14. 12. 1996. године, а Републички закон из 1990. године престао је да важи 11 дана након тога и то 25. 12. 1996. године на основу Закона о престанку важења закона о начину и условима враћања имовине стечене радом и пословањем задруга и задругара после 1. 7. 1953. године[5]. Закон из 1996. године који је и сада на снази уноси знатне измене у поступак враћања имовине задруге.

Одредбама члана 95. до 97. у оквиру Прелазних и завршних одредби овај Закон регулише: која имовина може да буде предмет враћања, ко може да буде подносилац захтева, ко је обвезник враћања и поступак који се спроводи по захтеву за враћање имовине. Закон садржи другачија решења од оних која је прописивао закон који је важио пре њега. Важећи закон због своје актуелне примене заслужује посебну пажњу која ће му у овом реферату бити посвећена, али је било неопходно пре анализе правних оквира овог закона прописаних у чл. 95. до 97. осврнути се и на одредбе Републичког Закона из 1990. године, које су битне, јер утичу на заснивање надлежности општинског суда или управних органа.

Процесно-правни аспекти примене Закона о задругама

Надлежност

У пракси управних органа и Врховног суда Србије постоје предмети у којима је захтев за враћање имовине задруге поднет и поступак није окончан до ступања на снагу Закона о задругама из 1996. године (до 14. 12. 1996. године).

По закону који је важио у време подношења захтева (Закон из 1990. године), он се подносио управном органу надлежном за имовинско-правне послове према месту где се имовина налази, а по разматрању захтева и по-

[5] "Службени гласник РС" бр. 52/96

кушају споразумевања уколико до њега не дође у року од 2 месеца од подношења захтева, орган је био дужан да све списе достави месно надлежном општинском суду који у ванпарничном поступку одлучује о захтеву. Закон из 1996. године прописује нешто сасвим друго, а то је да се захтев за враћање имовине подноси правном лицу коме је имовина пренета без накнаде, односно његовом правном следбенику (обвезнику враћања имовине), а не управном органу. У случају да се у року од 60 дана од дана подношења захтева не постигне споразум, подносилац захтева може у року од 2 године од ступања на снагу овог Закона, односно дана формирања новоосноване задруге, покренути управни поступак пред надлежним општинским органом уз изричито прописивање права на жалбу на првостепено решење и могућност вођења управног спора на другостепено решење.

Карактеристичне ситуације су настале када је управни орган, пошто се не закључи споразум о враћању, списе достављао општинском суду који се после ступања на снагу Закона из 1996. године, сматрајући да је у поступцима који нису завршени до 14. 12. 1996. године, надлежан искључиво орган управе, оглашавао апсолутно ненадлежним и списе достављао на надлежност управном органу који је, не пазећи на своју надлежност за поступање, окончавао ове поступке одлуком о захтеву. У неким поступцима управни органи су по члану 24. ЗУП-а по службеној дужности правилно пазили на своју стварну надлежност па су налазили да нису надлежни за поступање у управним стварима за враћање задружне имовине у којима о захтеву није одлучено до 14. 12. 1996. године. У овом случају управни органи су се оглашавали апсолутно ненадлежним и на тај начин изазивали сукоб надлежности о коме је по члану 46. став 1. Закона о поступку пред Уставним судом и правном дејству његових одлука[6] одлучивао Уставни суд, тако што је одлучио да је за поступање надлежан општински суд. Закључак о надлежности општинског суда произилази из чињенице да Закон из 1996. године, не садржи одредбе поводом започетих поступака у којима је заснована надлежност суда по републичком пропису који је у међувремену престао да важи те је требало применити члан 15. став 2. ЗПП-а, којим се регулише, да ако се у току поступка промене околности на којима је заснована надлежност суда, суд који је био надлежан у време подношења тужбе остаје и даље надлежан иако је услед

[6] "Службени гласник РС" бр. 32/91 и 67/93, 101/2005

промена био надлежан други суд исте врсте и члана 17. ЗУП-а, којим је прописано да се стварна надлежност за решавање у управном поступку одређује по прописима којима се уређује одређена управна област односно по прописима којима се одређује надлежност појединих органа. Из наведеног произилази да је надлежност суда заснована чланом 6. Републичког закона из 1990. године, пре него што је Закон из 1996. године, ступио на снагу као и то да у прелазним и завршним одредбама Закон из 1996. године, не предвиђа ретроактивну примену нити уређује поступање у предметима који су у току, а нису окончани до дана ступања на снагу Закона из 1996. године.

У пракси Врховног суда Србије у предметима у којима су после правноснажности решења о оглашавању апсолутно ненадлежним општинског суда, управни органи одлучили о захтеву за враћање, без оцене да ли су надлежни за ову врсту поступања, Врховни суд Србије је био у обавези да тужбе по овим предметима уважи и оспорено решење поништи, јер су повређена правила поступка што је било од утицаја на решавање ствари па се Врховни суд Србије о томе изјаснио кроз своју пресуду:

"Врховни суд Србије је нашао да су приликом доношења оспореног решења повређена правила поступка што је било од утицаја на решавање ствари, јер орган није отклонио повреду управног поступка учињену од стране првостепеног органа која се састоји у томе што првостепени орган није водио рачуна о својој стварној надлежности, а што је био у обавези по члану 24. ЗУП-а. Овим чланом је прописано да орган пази по службеној дужности у току целог поступка на своју стварну и месну надлежност, а ако нађе да није надлежан за рад по одређеној управној ствари поступиће на начин прописан чланом 56. став 3. и 4. овог Закона[7].

Подношење захтева

Подношење захтева обвезнику враћања представља услов за покретање управног поступка. Ово произилази из императивног карактера одредбе члана 96. став 1. Закона из 1996. године која утврђује ставом 1. а затим ст. 2. редослед органа у поступању по поднетом захтеву. Уколико се утврди

[7] Пресуда Врховног суда Србије У. бр. 7666/05 од 21. 6. 2006. године.

да овакав захтев није поднесен, управни поступак се обуставља по члану 115. став 2. ЗУП-а. У том смислу се изјаснио и Врховни суд Србије:

"На основу достављеног извештаја Регионалне привредне коморе Н. од 26. 2. 2001. године првостепени орган је утврдио да Савез земљорадничких задруга Н. П. Т округа из Н. никада није поднео захтев обвезнику враћања имовине као и да пре подношења захтева првостепеном органу није поступио у складу са одредбом члана 96. став 1. и 2. Закона о задругама, па је донео ожалбени закључак применом одредбе члана 115. ЗУП- па је одлука тог органа оцењена као правилна и законита."[8]

Уколико се у року од 60 дана од дана подношења захтева упућеног обвезнику враћања имовине не постигне споразум о враћању имовине, подносилац захтева може у року од 2 године од дана ступања на снагу овог Закона, односно дана формирања новоосноване задруге покренути управни поступак пред надлежним општинским органом. Чланом 96. став 2. Закона из 1996. године одређен је рок од 2 године од дана подношења захтева за враћање имовине од ступања на снагу овог Закона, односно од дана формирања новоосноване задруге. Републичким Законом из 1990. године био је одређен рок од 2 године од дана ступања на снагу Закона, односно од дана оснивања задруге уколико се задруга организује након ступања на снагу Закона. Био је одређен и рок од 5 година од дана ступања на снагу Закона, након ког истека захтев из члана 1. став 3. тог Закона, није више могао да се поднесе. Брисањем рока од 5 година, законом из 1996. године омогућено је да се изврши повраћај имовине и оним задругама и задружним савезима који су као правни следбеници задруга односно задружних савеза чија је имовина пренета без накнаде другим корисницима који нису задруга или задружни савези, организационим односно статусним променама, а који су као посебни правни субјекти и правни следбеници ових задруга настали, после преноса имовине обвезницима враћања. Рок од 2 године је установљен у корист подносиоца захтева, као што је и рок од 5 година брисан из закона, да би се захтеви ове врсте могли подносити и после 1995. године.

Поставља се питање, какву форму треба да има споразум који је могуће постићи између подносиоца захтева и обвезника враћања у року од 60

[8] Пресуд Врховног суда Србије У. 1129/03 од 10. 9. 2003. године

дана од дана подношења захтева. Мишљење аутора овог реферата је да, како је у закључењу споразума искључено учешће државног органа, споразум о враћању имовине, треба да садржи обавезну форму уговора о промету непокретности што подразумева писмену форму и оверу код суда, док у погледу покретних ствари, нема законом прописане форме, али би било корисно задржати и писмену форму и оверу код суда због правне сигурности.

Већ је речено да је Републичким законом из 1990. године било прописано постојање обавезе да захтев мора да буде документован, а чланом 4. тог Закона одређено је шта је у захтеву морало да буде назначено и које доказе је уз њега подносилац морао да поднесе. Члан 96. Закона из 1996. године, не прописује обавезну садржину захтева, што значи да захтев мора да буде сачињен у складу са чланом 57. ЗУП-а и да садржи све што је потребно да би се сматрао подобним за поступање. Само за случај да је сачињен противно овом члану, орган има обавезу поступања по члану 58. ЗУП-а и налагања отклањања недостатака. Такође није везан приликом утврђења чињеничног стања само доказима предложеним у захтеву, већ може одлучне чињенице утврђивати и на основу доказа у списима, као и на основу свих доказа које по службеној дужности може да прибави.

Врховни суд Србије се изјаснио:

"Одредба члана 96. Закона о задругама ("Службени лист СРЈ" бр. 41/96 и 12/98) не предвиђа обавезу прилагања доказа уз захтев, већ рокове за подношење захтева и по поднетом захтеву се могло поступати на основу доказа постојећих у списима предмета као и доказа које је могао прибавити сам орган по службеној дужности, у смислу одредбе члана 126. став 3. и члана 127. став 2. ЗУП-а".[9]

У примени Закона о задругама, у материји враћања задружне имовине дешава се да тужбу за поништај решења другостепеног органа подноси председник управног одбора задруге који није овлашћен, сем ако нема посебно пуномоћје од директора задруге за предузимање ове радње у поступку. У том случају непоступање по решењу Врховног суда са налогом за доставу уредног пуномоћја, има за последицу одбачај тужбе у смислу члана 27. ЗУС-а, јер председник управног одбора по Закону о задругама нема овлашћење за заступање задруге, које овлашћење има једино ди-

[9] Пресуда Врховног суда Србије У. 2353/04 од 15. 7. 2005. године.

ректор. Како се у погледу заступања примењује сходно закон којим се регулише правни положај предузећа само уколико Законом о задругама није другачије одређено, то се ова врста процесне сметње мора разрешити по Закону о задругама и самим тим по члану 27. став 2. ЗУС-а.

"Како је Законом о задругама одређено да је заступање задруге у делокругу рада директора, а не чланова, па ни председника управног одбора, то није поступљено по налогу (за доставу пуномоћја) Врховног суда Србије из решења од 19. 7. 2005. године и 7. 10. 2005. године па је Врховни суд Србије своју одлуку донео применом одредбе члана 27. став 2. ЗУС-а и тужбу одбацио".[10]

Материјално-правни аспекти примене Закона о задругама

Која имовина може да буде предмет враћања, ко може да поднесе захтев, ко је обвезник враћања, Закон из 1996. године дефинише чланом 95. који прописује да имовина која је била у власништву задруга и задружних савеза, односно савеза задруга, после 1. 7. 1953. године, и која је организационим односно статусним променама или на други начин пренета без накнаде другим корисницима који нису задруге или задружни савези, биће враћена задрузи исте врсте чија је имовина била, односно задружном савезу, који врши функцију задружних савеза чија је имовина била, а ако ње нема онда задрузи исте врсте која послује на подручју на коме је пословала задруга која је била власник имовине чији се повраћај тражи, односно задружном савезу који врши функције задружног савеза односно савеза задруга чија је имовина била.

Имовина задруге као предмет враћања

Имовина која може да буде предмет враћања мора да испуњава два услова: први - да је била у власништву задруга и задружних савеза односно савеза задруга после 1. 7. 1953. године и други - да је организационим односно статусним променама или на други начин пренета без накнаде другим корисницима који нису задруге или задружни савези.

[10] Пресуда Врховног суда Србије У. 3574/05 од 21. 6. 2006. године

Одредбом члана 49. став 1. и 2. Закона из 1996. године прописано је да имовину задруге чине право својине на непокретним и покретним стварима, новчаним средствима и хартијама од вредности те да све набројано дефинише задружну својину, али имовину задруге чине и друга имовинска права при чему се задружна својина образује из удела задругара који су пренесени у својину задруге или чланарине задругара, средстава остварених радом и пословањем задруге и средстава које је задруга стекла на други начин.

Имајући у виду одредбу члана 95. као и 49. став 1. и 2. Закона из 1996. године, прецизно је одређено која се имовина може враћати. Произилази да је то део имовине задруге коју чини задружна својина дефинисана у члану 49. став 1. а чији је начин образовања одређен ставом 2. истог члана Закона из 1996. године. Начини образовања су јасно побројани и из законског текста произилази да се она образује из: 1) удела задругара који су пренесени у својину задруге, или чланарине задругара, 2) средстава остварених радом и пословањем задруге и 3) средстава које је задруга стекла на други начин.

Ово значи да је приликом вођења управног поступка за враћање задружне имовине потребно да се утврди као одлучна чињеница, да ли је имовина која је предмет захтева била део имовине задруге који представља задружну својину стечену после 1. 7. 1953. године.

У великом броју предмета у управном спору пред Врховним судом Србије тужбе се уважавају, јер на поуздан начин управни органи нису утврдили својински режим имовине чије се враћање у поступку тражи.

Ради правилног и потпуног утврђења ове чињенице треба знати и то, шта сигурно не чини задружну својину.

Имовина у државној својини Републике Србије коју задруга користи није задружна већ државна својина и није у режиму имовине на коју се институт враћања односи.

Законом о аграрној реформи и колонизацији[11] као и Законом о пољопривредном земљишном фонду општенародне имовине и о додељивању земље пољопривредним организацијама (у даљем тексту: Закон о

[11] "Службени лист ДФЈ" бр. 64/45 и "Службени лист ФНРЈ" бр. 24/46... 55/57

ПЗФ-у)[12] настали су оквири настанка општенародне имовине која са изменама и допунама ова два Закона[13] прераста у друштвену својину која се као таква задржава све до доношења Закона о претварању друштвене својине на пољопривредном земљишту у друге облике својине[14]. Овим Законом се дефинише да је пољопривредно земљиште у друштвеној својини које је правно лице стекло на основу Закона о аграрној реформи и прописима о национализацији пољопривредног земљишта, у државној својини, док је пољопривредно земљиште у друштвеној својини, оно које је правно лице стекло на основу правног посла као средство за производњу и да је то друштвени капитал тог предузећа. Пољопривредно земљиште у државној својини користи предузеће, земљорадничка задруга или друго правно лице. . које је имало право коришћења и располагања тим земљиштем на дан ступања на снагу тог Закона и њиме располаже и управља држава преко министарства надлежног за послове пољопривреде. У току 1995. године донет је Закон о средствима у својини Републике Србије[15] који детаљно дефинише државну својину и одређује да се режим грађевинског, пољопривредног земљишта, шума и шумског земљишта у државној својини уређује посебим законом. Законом о ПЗФ-у образован је пољопривредни земљишни фонд општенародне имовине у коју улази сво пољопривредно земљиште у општенародној имовини, а овим Законом општенародна имовина постаје и обрадиво пољопривредно земљиште земљорадника преко 10 хектара. Земљиште из овог Фонда додељује се пољопривредним организацијама на трајно коришћење, а земљорадничке задруге су једна од три врсте пољопривредних организација које се формирају по овом Закону. Остале две су пољопривредна добра и друге пољопривредне организације и установе које се баве пољопривредном делатношћу. Пољопривредне организације којима је додељено ово земљиште стичу на њему право коришћења и земљиште које улази у ПЗФ уписује се у земљишне књиге као општенародна имовина са правом коришћења пољопривредних организација.

[12] "Службени лист ФНРЈ" бр. 22/53

[13] "Службени лист СФРЈ" бр. 10/65

[14] "Службени гласник РС" бр. 49/92 и 54/96

[15] "Службени гласник РС" бр. 53/95 и 3/96, 54/96 и 32/97

Ово значи да све оно што је државна својина по Закону о средствима у својини РС (шуме и шумско земљиште, национализовано грађевинско земљиште), затим све оно што по Закону о претварању друштвене својине на пољопривредном земљишту у друге облике својине (земљиште додељено правном лицу по Закону о аграрној реформи и по Закону о ПЗФ-у) не може да буде предмет враћања, јер не представља задружну својину, већ само државну својину на коришћењу код задруга. Закон о ПЗФ-у у члану 9. прописује да у случају престанка земљорадничке задруге земљиште у задружној својини постаје општенародна имовина. Међутим, чланом 40. овог Закона прописано је да изузетно од одредаба члана 9. овог Закона о ПЗФ-у земљиште које су сопственици унели у сељачке радне задруге које су постојале пре ступања на снагу овог Закона одричући се права својине на том земљишту (IV тип) не постаје општенародна имовина у случају разрешења задружних односа у овим задругама по Уредби о имовинским односима и реорганизацији сељачких радних задруга (у даљем тексту: Уредба)[16]. Ова Уредба је битна због тога што одређује не само све видове реорганизације до тада постојеће сељачке радне задруге према новом типу удруживања - земљорадничкој задрузи већ регулише и имовинске односе у овој реорганизацији како са новонасталим правним субјектима тако и са члановима задруге, па је неопходно при утврђивању да ли је нека имовина задружна или општенародна односно државна својина имати у виду и садржину ове Уредбе која је донета у припреми доношења Закона о ПЗФ-у.

Подносилац захтева могао је да тражи да му се врати не само непокретна већ и покретна имовина под условима из члана 95. Закона из 1996. године, а у погледу грађевинских објеката такође је битно утврдити да ли се ради о задружној својини или о имовини на којој постоји неки други облик својине, на којој у том случају, задруга има само право коришћења.

Врховни суд Србије се изјаснио кроз своју пресуду:

"По ставу суда тужени орган је нашао да је правилно одлучио првостепени орган када је одбио захтев тужиоца (за враћање имовине), пошто је утврдио да је реч о имовини која није била у власништву земљорадничке задруге већ је решењем Савета за финансије и

[16] "Службени лист ФНРЈ" бр. 14/53

буџет Скупштине општине В. иста дата тужиоцу на коришћење као пољопривредно земљиште из Пољопривредног земљишног фонда друштвене својине КО ГГ"[17].

"Није са сигурношћу утврђено да ли је и коју то имовину стекала у власништво раније постојећа ЗЗ "БПС" после 1. 7. 1953. године па се стога чињенични и правни закључак управних органа да се ради о задружној имовини стеченој куповином од физичких лица за сада не може прихватити".[18]

"Утврђено је да се ради о имовини која никада није била у власништву ма које земљорадничке задруге већ је била својина Републике Србије са правом коришћења Зем. задруге "Б" из Б. и ЈП "СШ ШГ Л"... па имајући у виду да се ради о имовини за коју је утврђено да је у власништву Републике Србије, а да су Зем. задруга и ЈП "СШ ШГ Л" корисници ових непокретности, то је правилно закључивање туженог органа да у складу са чланом 8. Закона о средствима у својини РС ("Службени гласник РС" бр. 53/95 и 32/97) о повраћају тих непокретности одлучује Влада Републике Србије односно Дирекција за управљање имовином РС."[19]

Начини преношења

Поред одлучне чињенице за одлуку у правној ствари враћања задружне имовине, о томе да ли је имовина била у власништву задруга односно задружних савеза после 1. 7. 1953. године, неопходно је утврдити и да ли је организационим односно статусним променама или на други начин пренета без накнаде другим корисницима који нису задруге или задружни савези.

Сигурно је да приликом утврђења да ли је до преноса задружне својине дошло организационим или статусним променама задруге треба имати у виду све врсте организационих односно статусних промена које су у позитивном законодавству биле прописане за врсту задруге чија се имовина тражи а у време када је имовина пренета. На пример: код сељач-

[17] Пресуда Врховног суда Србије У. 3016/03 од 13. 4. 2005. године.

[18] Пресуда Врховног суда Србије У. 4534/03 од 27. 10. 2005. године.

[19] Пресуда Врховног суда Србије У. 600/03 од 10. 6. 2004. године.

ких радних задруга Уредбом из 1953. године били су прописани како начини престанка тако и врсте реорганизационих промена које подразумевају: спајање целе сељачке радне задруге са постојећом земљорадничком задругом, припајање једног дела сељачке радне задруге постојећој земљорадничкој док други део чланства остаје у сељачкој радној задрузи или оснива нову сељачку радну или нову земљорадничку задругу као и оснивање неколико нових сељачких радних или нових земљорадничких задруга из постојеће сељачке радне задруге. Постојале су различите могућности управљања имовином задруге у случају реорганизације: делом задружне имовине која представља општенародну имовину располагао је народни одбор, али је он имао овлашћења, за случај да нађе да сељачка радна задруга која наставља рад са смањеним бројем чланова не пружа довољно јемство да ће рационално газдовати са имовином у задружној својини која остаје после враћања имовине члановима задруга, да решењем стави ову имовину на располагање среском савезу земљорадничких задруга који је био овлашћен у том случају, као и у случају евентуалне ликвидације сељачке радне задруге у поступку реорганизације, да ову задружну својину уступи на коришћење другој задрузи или је да на управљање привредном предузећу. Овај начин располагања (од стране Народног одбора и задружног савеза својином задруге у корист привредног предузећа) је регулисан чл. 16. Уредбе и представља пример преношења задружне својине у корист лица које није ни задруга ни задружни савез, а прописаног у чл. 95. Закона из 1996. године.

Закон не одређује "други начин преношења", сем што каже да је без накнаде, што је одлучна чињеница коју орган приликом поступања по захтеву за враћање задружне имовине мора да утврди. Неопходно је утврдити да ли је имовина задруге која је била власник тражене имовине на један од ових начина, али обавезно без накнаде пренета другим корисницима. За те друге кориснике је неопходно да нису ни задруге ни задружни савези. Уколико је организационим или статусним променама или на други начин имовина пренета другој задрузи односно задружном савезу, захтев за враћање имовине неће бити основан.

Дешава се да обвезник враћања након подношења захтева, извршри пререгистрацију у задругу из ранијег предузећа, али таква чињеница не може да буде основ за одбијање захтева тиме што се сматра да је обвезник задруга, већ се основаност захтева, у погледу својства обвезника враћања

мора ценити према моменту подношења захтева, а не према касније извршеним статусним променама обвезника враћања.

"Основаност захтева за враћање задружне имовине цени се према моменту подношења захтева, а не према касније извршеним променама статуса правних субјеката, односно накнадно извршеној пререгистрацији друштвеног предузећа у задругу."[20]

Правни континуитет

У делу члана 95. Закона из 1996. године, наводи се да ће имовина бити враћена задрузи исте врсте чија је имовина била, односно задружном савезу који врши функцију задружних савеза чија је имовина била што подразумева вршење исте врсте делатности односно да имовина земљорадничке задруге може да буде враћена само земљорадничкој, а не и стамбеној, студентској задрузи или некој другој. У даљем тексту је регулисано да ако ње нема, имовина ће бити враћена задрузи исте врсте која послује на подручју на коме је пословала задруга која је била власник имовине чији се повраћај тражи односно задружном савезу који врши функције задружног савеза, односно савеза задруга чија је имовина била.

У законском тексту овог члана недостаје веома битан део који би означио неопходност постојања правног континуитета између задруге односно савеза чија је имовина била у својини, а која је на један од начина предвиђених чланом 95. прешла другим корисницима који нису задруге или задружни савези, и задруге или савеза који су подносиоци захтева за враћање. Ово је створило могућност подношења захтева и од стране задруга односно савеза формираних на подручју некадашње задруге односно савеза које за некадашњег власника задружне имовине везује само пословање на истом подручју и иста врста делатности, али без постојања правног континуитета. Ово њихове захтеве чини неоснованим. Врховни суд Србије је пресудио:

"Тужилац је био у обавези да докаже да је правни следбеник раније постојеће задруге чије имовине повраћај од заинтересованог

[20] Пресуда Врховног суда Србије У. 2213/01 од 13. 3. 2001. године

лица тражи, а не само да је исте врсте као некадашња задруга и да послује на подручју те некадашње задруге."[21]

"Задруга, односно њен правни следбеник и задружни савез подносе захтев за враћање имовине која је раније била у власништву задружног савеза. Тужилац нема право да тражи повраћај имовине која је раније била у власништву Стамбене задруге "Б" из Б, која је престала да постоји, уколико није њен правни следбеник"[22].

Немогућност враћања

Одредба члана 97. Закона из 1996. године, прописује могућности враћања односно обештећења подносиоца захтева чија се имовина из члана 95. и 96. Закона не може вратити у облику у коме је пренета без накнаде па овај члан прописује да, ако се имовина из члана 95. и 96. овог Закона не може вратити у облику у коме је пренета без накнаде, подносилац захтева има право да тражи новчану противвредност имовине уколико се са обвезником враћања имовине не споразуме да се враћање имовине изврши у другим стварима и правима. Новчана противвредност из става 1. овог члана одређује се према прометној вредности имовине која се утврђује прописима о промету непокретности у време враћања имовине.

Сигурно је да се вредност непокретности одређује према прометној вредности имовине која се утврђује прописима о промету непокретности у време враћања имовине, али да се и у случају захтева за враћање покретних ствари мора утврђивати прометна вредност. Уколико на било који начин враћање тражене имовине није могуће (имовина је отуђена, да је од ње улагањем обвезник враћања начинио нову ствар, да је на земљишту које треба да буде предмет враћања подигнута зграда за чију је редовну употребу неопходно то земљиште и др.) извршиће се процена противвредности у новцу, у ком случају постоји могућност плаћања новчане противвредности. У свим таквим поступцима на несумњив начин мора се правилно и потпуно утврдити чињенично стање у погледу тога какав правни режим на траженој имовини постоји у тренутку подношења захтева и да ли је због постојећег правног режима могуће враћање. У том смислу се изјаснио и Врховни суд Србије у својим пресудама:

[21] Пресуда Врховног суда Србије У. 4056/03 од 24. 2. 2005. године

[22] Пресуда Врховног суда Србије У. 66/96 од 13. 11. 1996. године.

"Чињенично стање је непотпуно и нетачно утврђено у погледу карактера имовине, тј. дефинисања власништва над предметном имовином, затим удела тужиоца у изградњи, санацији и одржавању објекта чији се повраћај тражи, у извору новчаних, кредитних и других средстава којима је омогућена реконструкција и санација предметне имовине, о имовинској маси фабрике која је након излаза задруге из састава "Е" остала у садашњем "Е" као саставни део тог предузећа"[23].

Карактеристична ситуација која се дешава у материји враћања задружне имовине настаје када се подносилац захтева обрати обвезнику враћања захтевом, а орган утврди да је испуњен услов за враћање у погледу режима својине (ради се о задружној својини), али да због извршене комасације средином 70. година прошлог века по ознакама старог стања, ове катастарске парцеле није могуће идентификовати на терену. Како орган сматра да се ради о претходном питању које се не може решити пред органом управе, у образложењу упућује странке да се обрате надлежном суду. Овакав правни и чињенични оквир интересантан је, како у погледу примене одредби Закона о задругама које се односе на враћање земљишта, тако и у погледу примене члана 134. ЗУП-а који се односи на претходно питање. Приликом утврђења могућности враћања одређене имовине неопходно је на несумњив начин утврдити да враћање није могуће у облику у коме је та имовина пренета. Ово значи да се одлучивању по захтеву за плаћање противвредности у новцу може приступити тек пошто се утврди да ли је на било који начин обавеза оног који враћа имовину одредива у облику у коме је ствар пренета. У том смислу се изјаснио и Врховни суд Србије кроз своју пресуду:

"Идентификацију парцела старог стања пре извршене комасације није могуће спровести на терену, али је могуће идентификовати те парцеле као парцеле старог стања које су унете у комасациону масу од стране ДП "И" из К. (обвезник враћања) које имају одговарајућу вредност изражену у вредносним јединицама, те је могуће од земљишта које је ово предузеће изнело из комасационе масе, прерачу-

[23] Пресуда Врховног суда Србије У. 366/04 од 8. 2. 2006. године.

ном вредности у површине, вратити тужиоцу друго, одговарајуће земљиште."[24]

Немогућност идентификације парцела старог стања физички на терену представља само спорно питање које не чини самосталну правну целину, која би значила постојање претходног питања за чије је решење надлежан суд или други орган. У том смислу Врховни суд Србије пресуђује:

"Чињеница да је извршена комасација и да идентификација није могућа, не чини самосталну правну целину која представља претходно питање већ је утврђивање те чињенице одлучно за примену права односно враћање задружне имовине тужиоцу за коју тужени у образложењу оспореног решења констатује да му припада".[25]

Приликом одлучивања о захтеву за враћање имовине, управни органи морају, уколико имовину враћају, у диспозитиву решења којим се то чини, да назначе прецизне ознаке непокретности које су предмет враћања у погледу катастарске ознаке: броја, општине, површине, културе.

У анализи праксе Врховног суда Србије у погледу ове материје треба имати у виду и недоумице које услед враћања задружне имовине могу да настану и у формирању још неких односа значајних како за грађане тако и за државне органе. Ова врста дилеме настаје у ситуацији када се закључи споразум о деоби имовине, донет на основу Закона о задругама, чији је предмет путничко моторно возило које је предато без накнаде, па се у том случају не плаћа порез на промет производа. О овоме се изјаснио Врховни суд Србије:

"У конкретном случају није било места утврђивању пореза на промет производа, јер се у овој ствари не ради о другим облицима давања без накнаде (уступање или слично) већ о законској обавези једног правног лица да другом правном лицу приликом развргнућа имовинске заједнице врати имовину коју је ово лице у имовинску заједницу унело применом одредаба Закона о задругама ("Службени лист СРЈ" бр. 41/96)".[26]

---

[24] Пресуда Врховног суда Србије У. 3049/05 од 13. 7. 2006. године

[25] Пресуда Врховног суда Србије У. 3049/05 од 13. 7. 2006. године

[26] Пресуда Врховног суда Србије У. 2979/01 од 25. 12. 2001. године.

Из свега напред наведеног може се извести

ЗАКЉУЧАК

1. Приликом одлучивања у предметима враћања задружне имовине неопходно је водити рачуна о времену подношења захтева у односу на ступање на снагу Закона о задругама из 1996. године од чега зависи надлежност општинског суда или управног органа;

2. Може се вратити једино део имовине задруга односно задружних савеза који представља задружну својину и то стечену после 1. 7. 1953. године;

3. Може се вратити само задружна својина која је организационим односно статусним променама или на други начин пренета без накнаде другим корисницима који нису задруге односно задружни савези;

4. Имовина се може вратити само задрузи односно савезу чија је имовина била, а ако ње нема онда задрузи односно савезу исте врсте, под условом да послује на подручју на коме је постојала ранија задруга односно задружни савез, и за које је неопходно да су правни следбеници раније задруге односно савеза чија је имовина била.

5. Без правног следбеништва између подносиоца захтева и задруге односно савеза из чије је имовине тражена имовина пренета на један од законом предвиђених начина, нема враћања задружне имовине по Закону о задругама.

Драган Скоко,
судија Врховног суда Србије

ВРАЋАЊЕ ГРАЂЕВИНСКОГ ЗЕМЉИШТА РАНИЈИМ СОПСТВЕНИЦИМА

Време и начини одређивања грађевинског земљишта

Након Другог светског рата у нашој земљи почела је изградња социјалистичког друштвено-економског поретка, чија је економска основа била државна, односно друштвена својина. У циљу успостављања наведеног друштвено-економског система држава је у првим послератним годинама донела неколико закона према којима су права на средствима за рад и предметима рада, као средствима за производњу, пренета из приватне у државну, а касније у друштвену својину. Следио је даљи процес подржављења својинских права на свим важним материјалним добрима, а у циљу даљег развоја друштва економске једнакости и социјалне правде. Зато је Народна скупштина ФНРЈ, децембра месеца 1958. године, донела Закон о национализацији најамних зграда и грађевинског земљишта[1]. Овим Законом су, поред стамбених зграда и посебних делова стамбених зграда у грађанској својини и својини грађанских правних лица, друштвених организација и других удружења грађана, предмет национализације била сва изграђена и неизграђена грађевинска земљишта. Грађевинско земљиште је сматрано земљиште које се налази у ужем грађевинском рејону града и насеља градског карактера. Која места су се сматрала градовима или насељима градског карактера одређивало је Републичко извршно веће, а ужи грађевински рејон се одређивао посебном одлуком тадашњег Средског народног одбора. Ширењем привредног развоја, а посебно напретком у развоју индустријске производње, створени су услови за повећање прилива становништва из села у градове и насеља градског карактера, што је довело до почетне урбанизације друштва. Овај процес је нужно захтевао

[1] Службени лист ФНРЈ" број 52/58, 3/59, 24/59 и 24/61

знатно проширење грађевинског рејона. То је учињено доношењем два закона, једног савезног и једног републичког: Закона о одређивању грађевинског земљишта у градовима и насељима градског карактера[2] и Закона о одређивању грађевинског земљишта у градовима и насељима градског карактера[3]. На основу наведена три закона грађевинско земљиште, касније законима дефинисано као градско грађевинско земљиште, одређивано је на основу закона.

Након тога, од доношења Закона о грађевинском земљишту[4] до доношења Закона о планирању и изградњи[5] градско грађевинско земљиште одређује се на основу одлуке надлежног органа општине, односно града, односно града Београда. По Закону о планирању и изградњи, који третира и питања уређења и коришћења грађевинског земљишта, не постоји институт градског грађевинског земљишта, јер тај закон предвиђа постојање само јавног грађевинског земљишта и осталог грађевинског земљишта.

Карактеристике грађевинског земљишта по ранијим прописима

Да би се разумели до сада законом предвиђени појавни облици враћања ранијим сопственицима национализованог - подруштвљеног, односно подржављеног грађевинског земљишта, неопходно је указати на основне карактеристике градског грађевинског земљишта, које су одређене по ранијим прописима и основна обележја градског грађевинског земљишта по садашњем Закону.

Градско грађевинско земљиште може се дефинисати као изграђено или неизграђено земљиште у градовима и насељима градског карактера, које је одређено за градско грађевинско земљиште на основу закона, или на основу одлуке надлежног органа општине, односно града, односно града Београда, а који представља функционалну и урбанистичку целину, у складу са законом и просторним, односно урбанистичким планом који садржи детаљну регулацију. Значи, ради се о земљишту на чијим грађе-

[2] ("Службени лист СФРЈ", број 5/68)

[3] ("Службени гласник СРС" број 31/68, 17/69, 29/69, 19/71, 16/72, 24/73 и 39/73)

[4] ("Службени гласник СРС" број 32/75)

[5] ("Службени гласник РС" број 47/03)

винским парцелама постоје изграђени грађевински објекти за трајну употребу или су такви објекти предвиђени за градњу, на основу општег урбанистичког плана; који се налази у градовима и насељима градског карактера, као развијеним урбаним просторима; које је одређено за градско грађевинско земљиште на основу закона или на основу одлука надлежних органа општине, односно града, односно града Београда; и које представља функционалну и грађевинску целину, у складу са просторним, односно урбанистичким планом који садржи детаљну регулацију, што значи да је земљиште просторна целина и не представља појединачне грађевинске парцеле или издвојене енклаве у односу на насељено место и да за то земљиште постоји детаљни урбанистички план у коме се може идентификовати свака грађевинска парцела која се несметано може привести планираној намени изградњом објекта.

Општим актом општине, односно града, односно града Београда о одређивању градског грађевинског земљишта не мења се облик својине на земљишту које се одређује за градско грађевинско земљиште. То значи да градско грађевинско земљиште може бити у свим облицима својине, дакле и у приватној својини. Ово решење је предвиђено први пут у Закону о грађевинском земљишту из 1995. године и несумњиво се сматра највећом променом у односу на дотадашњи режим својине на градском грађевинском земљишу, које је могло бити искључиво у друштвеној својини.

Градско грађевинско земљиште је у промету, изузев градског грађевинског земљишта које је у државној својини и које се не може отуђити из државне својине. Пошто се ради о промету права на непокретностима, промет права власништва на градском грађевинском земљишту врши се по Закону о промету непокретности, па је промет пуноважан ако је извршен на основу писаног уговора код кога су потписи сауговарача оверени код суда.

Градско грађевинско земљиште у државној својини не може се отуђити из државне својине. У државној својини је градско грађевинско земљиште које је за такво одређено законом или одлуком надлежног органа општине, односно града, односно града Београда, осим земљишта на коме се, у смислу одредбе члана 32. Закона о грађевинском земљишту из 1995. године, успостави ранији режим својине у корист ранијег сопственика, односно његових правних следбеника. До доношења напред поменутог Закона, градско грађевинско земљиште је било у друштвеној својини, а тим Законом оно постаје државна својина.

Приликом разматрања питања промета градског грађевинског земљишта неизоставно се мора поменути законско правило према коме преносом права на објекту на изграђеном градском грађевинском земљишту преноси се и право на земљишту под објектом и земљишту које служи за редовну употребу објекта. Овим правилом одређује се правни статус земљишта у случају преноса права на објекту изграђеном на градском грађевинском земљишту, тако да се преносом права на објекту преноси и право на земљишту које чини грађевинску парцелу.

Промет права коришћења на неизграђеном градском грађевинском земљишту у државној својини није дозвољен сем на одређени круг лица. То су брачни друг и блиски законски наследници. То право се наслеђује и њега наслеђују законски наследници ранијег сопственика и законски наследници лица на које је ранији сопственик пренео то право.

Градско грађевинско земљиште користи се по основу права својине на том земљишту, по основу својине на објекту саграђеном на том земљишту, по основу права коришћења објекта изграђеног на том земљишту или на основу акта о додељивању на коришћење тог земљишта.

Општине, односно град, односно град Београд уређују и обезбеђују коришћење грађевинског земљишта и старају се о његовом уређивању. У оквиру ових овлашћења општина, односно град, односно град Београд дају на коришћење градско грађевинско земљиште у државној својини. Земљиште се даје на коришћење као неизграђено и уређено, а може се дати иако није уређено под условом да лице коме се то земљиште даје на коришћење уговором преузме обавезу да о свом трошку изврши одређене радове на уређењу грађевинског земљишта. Уређеним се сматра земљиште које је комунално опремљено; земљиште чије се уређење предвиђа годишњим програмом уређивања грађевинског земљишта, као и неизграђено градско грађевинско земљиште на коме је извршена парцелација, изграђен приступни пут, електромрежа и решено снабдевање водом према месним обичајима.

Градско грађевинско земљиште у државној својини даје се на коришћење на основу јавног надметања или прикупљања понуда јавним огласом. Земљиште се даје на коришћење лицу које понуди да плати највећи износ за то земљиште. О давању на коришћење градског грађевинског земљишта у државној својини закључује се уговор између општине и лица коме се земљиште даје на коришћење, у року од 30 дана од доноше-

ња одлуке о додели земљишта. Учесник јавног надметања, односно прикупљања понуда, који сматра да му је у поступку доделе земљишта на коришћење повређено право, може тражити поништај уговора пред надлежним судом. Из овог проистиче да акт о додели на коришћење градског грађевинског земљишта у државној својини није управни акт, па се његова законитост не може испитивати у управном и управно судском поступку. Законитост тог акта се може испитати у судском поступку по захтеву заинтересованог лица за поништај уговора о давању на коришћење градског грађевинског земљишта.

Грађевинско земљиште по садашњем Закону

Закон о планирању и изградњи на сасвим нов начин, у односу на ранија законска решења, регулише појам грађевинског земљишта и правни режим на том земљишту.

Грађевинско земљиште се дефинише као земљиште на којем су изграђени објекти и земљиште које служи редовној употреби тих објеката, као и земљиште које је, у складу са законом, одговарајућим планом предвиђено за изградњу и редовно коришћење објеката. Може бити јавно грађевинско земљиште и остало грађевинско земљиште. Јавно грађевинско земљиште је грађевинско земљиште на којем су, до дана ступања на снагу овог Закона, изграђени јавни објекти од општег интереса и јавне површине и које је у државној својини и земљиште које је планом донетим у складу са овим Законом, намењено за изградњу јавних објеката од општег интереса и за јавне површине и које је у државној својини. Остало грађевинско земљиште је изграђено земљиште, као и земљиште намењено за изградњу објеката, у складу са законом, а које није одређено за јавно грађевинско земљиште.

Приметно је да је подела грађевинског земљишта извршена на основу природе објеката који су изграђени на том земљишту, односно који су на том земљишту предвиђени за изградњу и на основу врсте власништва на том земљишту. Јавно грађевинско земљиште јесте оно грађевинско земљиште на коме су изграђени објекти од јавног интереса и јавне површине, односно земљиште које је просторним планом намењено за изградњу таквих објеката и јавних површина и које је у државној својини, а остало грађевинско земљиште је изграђено земљиште и земљиште наме-

њено за изградњу објеката који нису од општег интереса и које може бити у свим облицима својине.

Раније постојеће градско грађевинско земљиште постало је саставни део јавног грађевинског земљишта или осталог грађевинског земљишта у зависности од тога да ли су на њему изграђени објекти од јавног значаја или представља јавне површине, или је предвиђено за те намене, или су на њему изграђени објекти, односно да је предвиђено за изградњу објеката, који нису од општег интереса.

Јавно грађевинско земљиште одређује општина, општим актом које нарочито садржи опис граница земљишта које се одређује за јавно грађевинско земљиште, назив катастарске општине и списак бројева катастарских парцела. Градско грађевинско земљиште које је у државној својини на дан ступања на снагу Закона, ако испуњава услове из члана 69. Закона, постаје јавно грађевинско земљиште када га општим актом, у законом прописаном року, општина одреди за јавно грађевинско земљиште. Уколико градско грађевинско земљиште није у државној својини на дан ступања на снагу Закона, а испуњава услове из члана 69. Закона, постаје јавно грађевинско земљиште када га општина, општим актом, одреди за јавно грађевинско земљиште, пошто га претходно изузме из поседа корисника уз накнаду по одредбама Закона којим се уређује експропријација, односно пошто га претходно прибави у државну својину.

Општина уређује јавно грађевинско земљиште и стара се о његовом коришћењу према намени предвиђеној планом, брине о рационалном коришћењу осталог грађевинског земљишта и у ту сврху може донети програм уређења тог земљишта, нарочито ради изградње већих зона предвиђених регулационим планом.

Грађевинско земљиште користи се као изграђено или неизграђено. Изграђено је оно земљиште на којем су изграђени објекти у складу са законом, намењени за трајну употребу. Неизграђено је оно на којем нису изграђени објекти, на којем су изграђени објекти супротно закону (бесправно изграђени објекти) и на којем су изграђени привремени објекти.

Неизграђено јавно грађевинско земљиште општина може дати у закуп на одређено време, до привођења планираној намени, јавним надметањем или прикупљањем понуда.

Остало неизграђено грађевинско земљиште у државној својини општина може дати у закуп, ради изградње, јавним надметањем или прикупљањем понуда јавним огласом. Земљиште се даје у закуп лицу које понуди највећи износ закупнине за то земљиште. Поступак, услове, начин као и програм давања у закуп осталог неизграђеног грађевинског земљишта у државној својини уређује општина. О давању осталог неизграђеног грађевинског земљишта у државној својини у дугорочни закуп закључује се уговор између општине, као закуподавца, и лица коме се земљиште даје у закуп, као закупца, у року од 30 дана од дана доношења одлуке о давању земљишта у закуп. Учесник јавног надметања, односно прикупљања понуда који сматра да му је у поступку давања земљишта у закуп повређено право, може да тражи поништај уговора пред надлежним судом. Значи, општинска одлука о давању осталог грађевинског земљишта у државној својини у закуп не представља управни акт, па се њена законитост може испитивати пред надлежним судом у поступку активно легитимисаног субјекта за поништај закљученог уговора о закупу.

Власници објеката који су до дана ступања на снагу Закона изграђени у складу са законом на осталом грађевинском земљишту у државној својини, имају право коришћења на постојећој грађевинској парцели док тај објекат постоји.

Облици враћања одузетог грађевинског земљишта по досадашњим прописима

Закон о грађевинском земљишту[6] први пут даје могућност успостављања режима својине на градском грађевинском земљишту који је био пре ступања на снагу одлуке којом је то земљиште одређено за градско грађевинско. У одредби члана 15. Закона прописано је, између осталог, да градско грађевинско земљиште, у границама насеља градског карактера које је предвиђено за проширење града, односно насеља и у приградским насељима, које се у целини или већем делу не приведе намени одређеној детаљним урбанистичким планом, у року од 10 година од његовог одређивања за градско грађевинско земљиште, а може да се користи као пољопривредно земљиште, престаје да буде грађевинско земљиште, на основу одлуке скупштине општи-

[6] "Службени гласник СРС" бр. 23/90... 48/94

не, односно града Београда, односно градске заједнице. Ступањем на снагу одлуке скупштине општине успоставља се режим својине на том земљишту који је постојао пре ступања на снагу одлуке којом је то земљиште одређено за градско грађевинско. Ово не важи за градско грађевинско земљиште за које је ранијим сопственицима исплаћена накнада и то земљиште и даље остаје у друштвеној својини.

Ово решење по коме је од одлуке скупштине општине, на захтев заинтересованог лица, зависило да ли ће неко градско грађевинско земљиште изгубити тај статус, показало се у пракси неодговарајућим и случајеви доношења оваквих одлука од стране скупштина општина су били ретки изузеци. Сем тога, решење није било доследно и потпуно јер се њиме омогућавало враћање на ранији режим својине само на мање интересантном неизграђеном грађевинском земљишту у приградским насељима и ширим градским подручјима, а не и на урбанистички већ изграђеном земљишту. Сем тога, враћање је било могуће само за земљиште за које ранијим сопственицима није исплаћена накнада приликом одузимања.

Закон о грађевинском земљишту[7] питање враћања ранијег режима својине на градском грађевинском земљишту уређује у одредбама члана 31, 32. и 33. Прописује да део земљишта које је као градско грађевинско земљиште одређено одлуком скупштине општине, односно града Београда, односно града, које до дана ступања на снагу овог Закона није приведено намени у целини и већем делу, а не чини урбанистичку и функционалну целину са градским грађевинским земљиштем, ако је од дана његовог одређивања као градског грађевинског земљишта до дана ступања на снагу овог Закона протекло више од 5 година, не сматра се градским грађевинским земљиштем. Скупштина општине, у року од 6 месеци од дана ступања на снагу овог Закона, доноси општи акт о утврђивању граница земљишта које се не сматра градским грађевинским земљиштем, а ако она то не уради у наведеном року, такав општи акт доноси Влада Републике Србије. На земљишту обухваћеним општим актом скупштине општине, односно Владе Републике Србије, на захтев ранијег сопственика земљишта, односно његовог правног следбеника, успоставља се режим својине који је био пре ступања на снагу одлуке о одређивању тог земљишта за градско грађевинско, само ако до дана ступања на снагу овог Закона није

[7] "Службени гласник РС" бр. 44/95 и 16/97

закључен споразум, односно није донета правоснажна одлука о накнади за земљиште и ако је захтев за успостављање ранијег режима својине на земљишту ранији сопственик поднео надлежном општинском органу у року од 6 месеци од дана ступања на снагу општег акта о утврђивању граница земљишта које се не сматра градским грађевинским земљиштем.

Градско грађевинско земљиште које испуњава услове из члана 31. став 1. Закона да се не сматра градским грађевинским земљиштем, на коме се не успостави ранији режим својине (зато што је за њега донета одлука или закључен споразум о накнади или што захтев ранијег сопственика није поднет у предвиђеном року) стиче нови својински режим по коме њиме управља и расолаже општина, а његово отуђење се врши уз сагласност Владе Републике Србије.

На основу оваквог решења питања о успостављању ранијег својинског режима на градском грађевинском земљишту, запажају се основне карактеристике тог режима:

- Ради се о земљишту које је одређено за градско грађевинско земљиште одлуком скупштине општине, односно града, односно града Београда, што значи да се не ради и о земљишту које је одређено за градско грађевинско земљиште на основу закона;

- Да се ради о земљишту које до дана ступања на снагу Закона није у целости или у већем делу приведено планираној намени која је предвиђена одговарајућим урбанистичким планом;

- Да то земљиште не чини урбанистичку или функционалну целину са градским грађевинским земљиштем у окружењу. То значи да због тог земљишта неће бити доведено у питање коришћење преосталог градског грађевинског земљишта као урбанистичке и функционалне целине;

- Да је од дана одређивања тог земљишта за градско грађевинско земљиште до дана ступања на снагу Закона протекло више од 5 година;

- Да се успостављање ранијег режима својине не врши по службеној дужности већ на захтев ранијег сопственика или његовог правног следбеника, у предвиђеном управном поступку пред надлежним општинским органом;

- Да се успостављање ранијег режима својине на наведеном градском грађевинском земљишту може извршити само под условом да до

ступања на снагу закона није закључен споразум, односно донета правоснажна одлука о накнади за земљиште;

- Земљиштем које испуњава законске услове да се не сматра градским грађевинским земљиштем, на коме се не успостави ранији режим својине, управља и располаже општина, а његово отуђење врши се уз сагласност Владе Републике Србије;

- Земљиште које се по закону не сматра градским грађевинским земљиштем наставља да се користи и даље као градско грађевинско земљиште, што значи да му се не враћа првобитна намена (пољопривредна) јер намена земљишта се може вршити само изменом одговарајућег просторног плана.

Из дикције наведене одредбе члана 31. Закона проистиче да се по самом закону губи својство градског грађевинског земљишта, а донета општинска одлука има декларативни карактер и служи само за идентификацију тог земљишта.

Наведено законско решење није афирмисало успостављање ранијег режима својине на градском грађевинском земљишту у корист ранијих сопственика земљишта, јер поступак успостављања ранијег режима својине није предвиђен по службеној дужности, већ по захтеву ранијих сопственика, а ранијим сопственицима је остављен веома кратак рок (од 6 месеци) за подношење захтева. Зато се оправдано закључује да законодавац није имао искрену намеру да у већем обиму лиши државну власт својинског права на градском грађевинском земљишту. У смислу оваквог закључка стоји и законска одредба по којој градским грађевинским земљиштем на коме се не успостави ранији режим својине управља и располаже општина, а отуђење тог земљишта врши се уз сагласност Владе Републике Србије.

Враћање земљишта по важећем Закону

Ступањем на снагу Закона о планирању и изградњи[8] (у даљем тексту: Закон), који је ступио на снагу 13. 05. 2003. године који регулише питања уређења и коришћења грађевинског земљишта, утврђено је право ранијег сопственика за успостављање ранијег режима својине на градском

[8] "Службени гласник РС" број 47/03

грађевинском земљишту и право коришћења ранијег сопственика на неизграђеном осталом грађевинском земљишту у државној својини.

Одредбама члана 79. став 3, 4, 5. и 6. Закона прописано је да остало грађевинско земљиште које је, до дана ступања на снагу овог Закона, на основу Закона одређено као градско грађевинско земљиште у државној својини, остаје у државној својини. За део земљишта које је као градско грађевинско земљиште одређено одлуком скупштине општине, односно града, односно града Београда, које, до дана ступања на снагу овог Закона, није приведено намени у целини или у већем делу, а не чини урбанистичку и функционалну целину са јавним грађевинским земљиштем, на захтев ранијег сопственика, односно његовог правног следбеника, успоставља се режим својине који је био пре ступања на снагу одлуке о одређивању тог земљишта као градског грађевинског земљишта, под условом да ранији сопственик, односно његов правни следбеник, поднесе захтев за доношење решења о успостављању ранијег режима својине, надлежној општинској управи у року од 2 године од дана доношења одлуке о одређивању грађевинског земљишта за јавно грађевинско земљиште. Правноснажно решење којим је усвојен захтев ранијег сопственика, односно његовог законског наследника, представља извршни наслов за упис одговарајуће промене у јавним књигама о евиденцији непокретностима и правима на њима.

На основу ових законских одредби за успостављање ранијег режима својине на градском грађевинском земљишту у корист ранијег сопственика, потребно је:

- Да се ради о земљишту које је за градско грађевинско земљиште одређено одлуком скупштине општине, односно града, односно града Београда. То је оно земљиште које је одређено за градско грађевинско земљиште у периоду од 03. 08. 1975. године, када је ступио на снагу Закон о грађевинском земљишту[9] до 13. 05. 2003. године, када је ступио на снагу Закон;

- Да земљиште није приведено планираној намени у целини или у већем делу до ступања на снагу Закона. Планирана намена је она која је предвиђена просторним планом, а чињеница да ли је земљиште у целини

[9] "Службени гласник СРС" број 32/75

или већем делу приведено намени, фактичко је питање о коме се одлучује у сваком конкретном случају;

- Да наведено земљиште не чини урбанистичку и функционалну целини са јавним грађевинским земљиштем. То значи да се због тог земљишта неће довести у питање коришћење јавног грађевинског земљишта, као урбанистичке и функционалне целине;

- Да постоји захтев ранијег сопственика, односно његовог правног следбеника за успостављање режима својине који је био пре ступања на снагу одлуке о одређивању тог земљишта за градско грађевинско земљиште и да је тај захтев поднесен надлежном органу општинске управе у року од 2 године од дана доношења одлуке о одређивању грађевинског земљишта за јавно грађевинско земљиште. Предвиђени рок од 2 године је преклузиван, па се његовим пропуштањем губи право на успостављање ранијег режима својине на земљишту. У тој ситуацији земљиште и даље остаје у друштвеној својини, а о његовом рационалном коришћењу стара се општина, која је овлашћена и да располаже тим земљиштем, а у оквиру тих овлашћења може га дати у дугорочни закуп, ради изградње објеката.

Поступак за успостављање ранијег режима својине је управни, који се у првом степену води пред надлежним органом општинске управе. Одлука по захтеву је управни акт јер је таква природа одлуке одређена законом кроз одредбу да се о захтеву ранијег сопственика одлучује пред надлежним органом општинске управе. Законитост одлуке испитује се у другостепеном управном поступку, пред надлежним органом и у управносудском спору. Земљиште које је на основу општинских одлука одређивано за градско грађевинско земљиште изузимано је из поседа ранијих сопственика и додељивано је на трајно коришћење другим физичким и правним лицима ради градње објеката. Зато ће се у поступцима за успостављање ранијег режима својине као странке са супротним интересом појављивати субјекти којима је то земљиште додељено ради градње. За ова лица закон је, у члану 86, предвидео престанак права коришћења додељеног грађевинског земљишта уколико у одређеном року, од ступања на снагу Закона, не заврше планиране објекте, у складу са Законом и тако не приведу земљиште планираној намени. Ти рокови су различити и зависе од тога да ли је лице коме је земљиште додељено започело градњу објекта у року од 3 године од додељивања земљишта. Значи у поступцима ради успостављања ранијег режима својине на градском грађевинском земљишту

одлучиваће се о супротстављеним правима: о праву ранијег сопственика за успостављање ранијег режима својине и о праву лица коме је додељено градско грађевинско земљиште на коришћење, ради изградње објеката, да настави са коришћењем додељеног земљишта. Зато поступци ове врсте неће бити једноставни по садржини и кратки по трајању. Уколико дође до успостављања ранијег режима својине на градском грађевинском земљишту у корист ранијег сопственика, дотадашњи корисник неизграђеног градског грађевинског земљишта има право на новчану накнаду по прописима о експропријацији.

Успостављање права коришћења ранијег сопственика по важећем Закону

Одредбом члана 84. Закона о планирању и изградњи прописано је да на неизграђеном осталом грађевинском земљишту у државној својини право коришћења има ранији сопственик, законски наследник, као и лице на које је ранији сопственик пренео право коришћења у складу са законом, и да се ранијим сопственником сматра лице које је по важећим прописима било његов сопственик на дан ступања на снагу Закона о национализацији најамних зграда и грађевинског земљишта[10], Закона о одређивању грађевинског земљишта у градовима и насељима градског карактера[11], односно Закона о одређивању грађевинског земљишта у градовима и насељима градског карактера[12]. Захтев за утврђивање права коришћења на неизграђеном осталом грађевинском земљишту подноси се надлежном општинском органу управе, који по захтеву решава. Стечено право коришћења на неизграђеном осталом грађевинском земљишту је у промету, а промет се врши на основу писаног уговора о промету права коришћења чија овера се врши на основу правноснажног решења о стицању права коришћења.

Из садржине наведене законске одредбе запажа се да право коришћења на неизграђеном осталом грађевинском земљишту у државној својини има ранији сопственик земљишта, односно друго одговарајуће лице, да се ранијим сопственником земљишта сматра лице које је по важећим

[10] ("Службени лист ФНРЈ" бр. 51/98, 3/59, 24/59 и 24/61)

[11] ("Службени лист СФРЈ" број 5/68)

[12] ("Службени гласник СРС" бр. 32/68, 17/69, 29/71, 16/72, 24/73 и 39/74)

прописима било сопственик земљишта на дан ступања на снагу наведена три закона и да се право коришћења односи на земљиште које је на основу закона постало грађевинско земљиште, а не и на земљиште које је на основу општинских одлука постало грађевинско земљиште.

Право коришћења ранији сопственик стиче по самом закону, а решење надлежног општинског органа управе има само утврђујући карактер.

Право коришћења је у промету, а промет се обавља по одредбама Закона о промету непокретности, што значи да се промет врши на основу писаног уговора код кога су потписи сауговорача оверени код суда, с тим да се овера потписа уговора може извршити само на основу коначног решења донетог у управном поступку о стеченом праву коришћења.

Ранији сопственик по самом Закону има право коришћења на неизграђеном осталом грађевинском земљишту у државној својини, али то право остварује у поступку пред надлежним општинским органом управе, са захтевом за утврђивање тог права. У том поступку ће се као странка са супротним интересом појавити лице коме је додељено земљиште на коришћење ради изградње објекта. Подносилац захтева може успети у поступку само ако је носиоцу права коришћења на земљишту престало то право, у смислу одредби члана 86. став 1, 2, 3. и 5. Закона, јер се питање постојања права коришћења на земљишту појављује као претходно питање у поступку за утврђивање права коришћења ранијег сопственика земљишта. Ово са разлога јер одлука о утврђивању права коришћења ранијег сопственика зависи од питања престанка права коришћења грађевинског земљишта које је дато на трајно коришћење ради изградње објекта, пошто је питање престанка права коришћења самостално правно питање о коме у управном поступку одлучује надлежна општинска, односно градска управа (члан 86. став 8. Закона). Овакве и сличне чињеничне ситуације упућују на закључак да би управни поступци ове врсте могли бити сложени и дуготрајни.

Осврт на законска решења о враћању грађевинског земљишта

Законодавац се није нарочито прославио са усвојеним решењем по коме се ранијим сопственицима враћа одузето градско грађевинско земљиште. Ово, у првом реду, стога што је враћање у својину ранијим сопственицима предвидео само за градско грађевинско земљиште које је за такво одређено општинским одлукама односно одлукама града или града

Београда, а не и за оно земљиште које је на основу закона одређено за градско грађевинско, а које је због локације и боље комуналне опремљености далеко атрактивније од оног првог. Затим, што успостављање ранијег режима својине не наступа по самом закону, већ по захтеву ранијег сопственика, односно другог одговарајућег лица, за чије подношење је остављен преклузивни рок од 2 године, од дана доношења одлуке о одређивању грађевинског земљишта за јавно грађевинско земљиште, а једино правично законско решење би било да подношење захтева није орочено јер се ради о враћању раније одузетог права својине на земљишту.

Што се тиче успостављања ранијег режима својине у корист ранијег сопственика на градском грађевинском земљишту које је за такво одређено законом, законодавчева намера је још рестриктивнија. Овакво земљиште и даље остаје у државној својини. Ранији сопственици стичу само право коришћења и то само на неизграђеном осталом грађевинском земљишту у државној својини. Право коришћења се не стиче по самом закону, већ у предвиђеном управном поступку који се води код општинског органа управе.

Оваква законска решења о враћању ранијег режима својине на грађевинском земљишту у корист ранијих сопственика потпуно су схватљива, јер државна власт још није спремна да се одрекне економских погодности које доноси грађевинско земљиште. Велики профит који носи грађевинско земљиште кроз градску ренту, основни је мотив да се ово земљиште и даље задржи у државној својини, односно да се у државној својини задрже најатрактивнији делови тог земљишта, а то су они у најужим градским језгрима који су на основу закона постали грађевинско земљиште. У јавним предузећима, која се старају о коришћењу и располагању грађевинским земљиштем, запошљавају се људи који су блиски представницима политичке власти, а та запослења им омогућавају да остваре висока лична примања кроз деобу и присвајање градске ренте коју носи грађевинско земљиште.

Поништај правноснажног решења о изузимању

Говорећи о правима ранијег сопственика на враћање одузетог грађевинског земљишта, незаобилазно је поменути одредбу члану 86. став 7. Закона о планирању и изградњи. Овом одредбом је прописано да на захтев ранијег сопственика, односно његовог законског наследника, пони-

штиће се правноснажно решење о изузимању градског грађевинског земљишта из његовог поседа, ако корисник градског грађевинског земљишта исто не приведе намени за које је земљиште изузето у року од годину дана од дана ступања на снагу овог Закона.

Овде се не ради о непосредном враћању градског грађевинског земљишта ранијем сопственику, већ о поништају правноснажног решења о изузимању градског грађевинског земљишта из поседа ранијег сопственика. За случај усвајања захтева ранијег сопственика отпада правни основ по коме је земљиште изузето из поседа ранијег сопственика, чиме се стварају услови за враћање поседа земљишта ранијем сопственику. Поништај решења о изузимању не представља непосредни правни основ за враћање поседа земљишта ако је то земљиште, након изузимања из поседа, дато на трајно коришћење другом лицу ради изградње објекта, што је у правилу био случај. Ово због тога што и друго лице коме је земљиште дато на коришћење ради изградње има право на посед тог земљишта. Том лицу може престати право коришћења на додељеном грађевинском земљишту ако не поступи по одредбама става 1, 2, 3. и 5. наведеног члана Закона, односно ако у законом остављеним роковима не приведе земљиште планираној намени. Решење о престанку права коришћења земљишта у случају из става 1, 2, 3. и 5, члана 86. Закона, доноси надлежна општинска, односно градска управа и то решење је утврђујућег карактера јер престанак права коришћења грађевинског земљишта у случају испуњености законских услова наступа по самом закону.

Из напред изнетог произлази да би ранији сопственик након поништаја правноснажног решења о изузимању градског грађевинског земљишта из његовог поседа, посед тог земљишта могао остварити од корисника грађевинског земљишта коме престане право коришћења на том земљишту. Овде се ради о имовинско правном захтеву за остваривање права поседа о коме се решава у парничном поступку пред надлежним судом.

Примена законских прописа о враћању у управном поступку

У примени одредбе члана 79. став 4. и члана 84. став 1. и 2. Закона, у поступку за утврђивање права на успостављање ранијег режима сво-

јине, Врховни суд Србије је у пресуди[13], заузео следеће правно становиште, које ћемо у целини, ради потпуности цитирати:

"Правни следбеник ранијег сопственика нема право за успостављање ранијег режима својине, у смислу одредби члана 79. став 4. и члана 84. став 1. и 2. Закона о планирању и изградњи, на земљишту које је одређено за градско грађевинско земљиште у државној својини, на основу Закона о национализацији најамних зграда и грађевинског земљишта, а које сада представља остало грађевинско земљиште које није приведено намени у целини или у већем делу, односно које није изграђено до ступања на снагу наведеног Закона.

Из образложења:

По правном схватању Врховног суда Србије, неоснован је захтев тужиоца, као правног следбеника ранијег сопственика, за успостављање ранијег режима својине, у смислу одредбе члана 79. став 4. и члана 84. став 1. и 2. Закона о планирању и изградњи ("Службени гласник РС", бр. 47/03), на земљишту које је одређено за грађевинско земљиште у државној својини на основу Закона о национализацији најамних зграда и грађевинског земљиша ("Службени лист ФНРЈ", бр. 52/58 ... 24/61), а које сада представља остало грађевинско земљиште, које није приведено намени у целини или у већем делу, односно које није изграђено до дана ступања на снагу наведеног Закона. Основ за овакво правно становиште су управо одредбе члана 79. став 4. и члана 84. став 1. и 2. Закона о планирању и изградњи.

Одредбом члана 79. став 4. Закона прописано је да за део земљишта које је као градско грађевинско земљиште одређено одлуком скупштине општине, односно града, односно града Београда, које, до дана ступања на снагу овог Закона, није приведено намени у целини или у већем делу, а не чини урбанистичку и функционалну целину са јавним грађевинским земљиштем, на захтев ранијег сопственика, односно његовог правног следбеника, успоставља се режим својине који је био пре ступања на снагу одлуке о одређивању тог земљишта као градског грађевинског земљишта, под условима и по поступку утврђеним овим Законом.

Одредбе става 1. и 2. члана 84. Закона о планирању и изградњи предвиђају да на неизграђеном осталом грађевинском земљишту у држав-

[13] У. број 4146/04 од 19. 01. 2006. године

ној својини право коришћења има ранији сопственик, законски наследник, као и лице на које је ранији сопственик пренео право коришћења, у складу са законом, те да се ранијим сопственником из става 1. овог члана сматра лице које је по важећим прописима било његов сопственик на дан ступања на снагу Закона о национализацији најамних зграда и грађевинског земљишта ("Службени лист ФНРЈ", бр. 52/58, 3, 59, 24/59 и 24/61), Закона о одређивању грађевинског земљишта у градовима и насељима граског карактера ("Службени лист СФРЈ", бр. 5/68), односно Закона о одређивању грађевинског земљишта у градовима и насељима градског карактера ("Службени гласник СРС", бр. 32/68 ... 39/73).

Из садржине наведених законских одредби прво што се уочава јесте да се одредбе односе на различите правне ситуације у којима се омогућава остварење различитих имовинских права и по називу и по садржини. Одредбом члана 79. став 4. Закона омогућава се успостављање режима својине који је постојао пре ступања на снагу одлуке о одређивању земљишта за грађевинско земљиште, при чему се у првом реду има у виду успостављање режима приватне својине, док се одредбе члана 84. став 1. и 2. Закона односе на стицање права коришћења на неизграђеном осталом грађевинском земљишту у државној својини. Различити су и услови под којима се стичу наведена права. За успостављање ранијег режима својине тражи се да је земљиште за градско грађевинско одређено одлуком скупштине општине, односно града, односно града Београда, које до дана ступања на снагу Закона није приведено намени у целини или у већем делу, да то земљиште не чини урбанистичку и функционалну целину са јавним грађевинским земљиштем и да је захтев за успостављање ранијег режима својине поднео ранији сопственик или његов правни следбеник. За остварење права коришћења потребно је да се ради о неизграђеном грађевинском земљишту у државној својини и да је поднесен захтев од стране ранијег сопственика, односно његовог наследника или од лица на које је ранији сопственик пренео право коришћења, у складу са законом, с тим што се ранијим сопственником сматра лице које је по важећим прописима било сопственик земљишта на дан ступања на снагу Закона о национализацији најамних зграда и грађевинског земљишта и на дан ступања на снагу два закона, једног савезног и једног републичког, са истим називом - Закон о одређивању грађевинског земљишта у градовима и насељима градског карактера.

Из изнетог проистиче да се право коришћења на неизграђеном осталом грађевинском земљишту у државној својини може остварити само ако се ради о земљишту које је на основу закона одређено за грађевинско земљиште, док је успостављање ранијег режима својине (приватне својине) могуће само ако се ради о земљишту које је за градско грађевинско земљиште одређено одлуком скупштине општине, односно града, односно града Београда. Што се тиче субјеката стицања права јасно је да право коришћења може остварити ранији сопственик, његов законски наследник, као и лице на које је ранији сопственик пренео право коришћења, у складу са законом, док успостављање ранијег режима својине може остварити ранији сопственик или било који његов правни следбеник.

Захтев тужиоца за успостављање ранијег режима приватне својине на катастарској парцели која представља неизграђено остало грађевинско земљиште у државној својини није основан, јер се ради о земљишту које је одређено за грађевинско земљиште по Закону о национализацији најамних зграда и грађевинског земљишта, а успостављање ранијег режима својине дозвољено је само на земљишту које је одређено за градско грађевинско земљиште на основу одлуке скупштине општине, односно града, односно града Београда. Зато је овај Суд пресудио, на основу одредбе члана 41. став 1. и 2. Закона о управним споровима, да се тужба одбија, као неоснована".

Цитирано образложење пресуде Врховног суда Србије јасно је указало на разграничење из Закона у смислу могућности успостављања права коришћења и права својине на градском грађевинском земљишту па га аутор користи као закључно разматрање реферата.

Мирјана Ивић,
судија Врховног суда Србије

ПРОПУСТИ ПРОЦЕСНЕ И МАТЕРИЈАЛНО-ПРАВНЕ ПРИРОДЕ У ПРИМЕНИ ЦАРИНСКОГ ЗАКОНА У ОБЛАСТИ ПРЕКРШАЈА

"Нико не може бити одговоран за прекршај, ако пре него што је учињен, није био предвиђен прописом, нити изрећи санкција ако унапред није била прописана."

(Члан 2. Закона о прекршајима)

Одредбом члана 22. Царинског закона[1], у даљем тексту: ЦЗ, предвиђено је да се пред царинским органима примењују одредбе закона који уређују општи управни поступак, осим ако овим законом није другачије предвиђено, а одредбом члана 395. истог закона, да се на поступак по царинским прекршајима примењују одредбе Закона о прекршајима, ако царинским законом није другачије прописано.

Законом о прекршајима[2], у даљем тексту: Закон, уређују се услови прекршајне одговорности, услови за прописивање и примену прекршајних санкција, систем санкција, прекршајни поступак, поступак извршења решења о прекршају и организација и рад органа за прекршаје.

Захтев за ванредно преиспитивање другостепеног правоснажног решења о прекршају може се поднети:

1. Због повреде материјалног права на штету кажњеног предвиђене у члану 252. Закона.

[1] Царински закон ("Службени лист СРЈ", бр. 45/92 ... 7/03).

[2] Закон о прекршајима ("Службени гласник СРС", број 44/89 и "Службени гласник РС", бр. 21/90 ... 55/04).

2. Због битне повреде одредаба прекршајног поступка из члана 251. став 1. тачка 1. до 4. и тачка 7. до 14.

3. Због погрешно и непотпуно утврђеног чињеничног стања из члана 253. Закона.

Имајући у виду значај примене Закона у области царинских прекршаја у пракси, као и чињенице да је знатан број предмета из ове области у структури по захтеву за ванредно преиспитивање решења, код Врховног суда Србије, у овом реферату ћемо анализирати разлоге за уважавање захтева и укидање решења Министарства финансија и економије Републике Србије - Сектор за другостепени прекршајни поступак, праћене кроз педесетак пресуда донетих у 2004. и 2005. години. Ради систематичности, разлоге ћемо поделити на процесно-правне повреде Закона о прекршајима и повреде материјално-правне природе, мада је кроз образложења појединих пресуда указивано и на једне и на друге пропусте.

1. Процесни пропусти у примени Закона о прекршају

Највећи број примедби Врховног суда код уважених захтева тиче се управо битних повреда одредаба прекршајног поступка из члана 251. став 1. тачка 14. Закона јер изрека решења је неодређена и неразумљива, с обзиром да не садржи све елементе бића прекршаја за који су окривљени оглашени одговорним. Поред тога у изреци решења није јасно разграничена радња окривљеног одговорног лица коју је он предузимао и из које би произлазила одговорност оркивљеног правног лица. Наиме, правно лице је одговорно за прекршај, ако је до извршења прекршаја дошло радњом или пропуштањем дужног надзора од стране органа управљања и одговорног лица или радњом другог лица које је било овлашћено да поступа у име правног лица. Према томе, приликом оглашавања правног лица одговорним за прекршај, потребно је претходно тачно навести у изреци решења коју радњу је предузело одговорно лице у правном лицу поступајући у име и за рачун правног лица.

Изреком решења у смислу члана 239. Закона се решава о предмету прекршаја, због чега овај део решења мора бити потпун, јасан и одређен, па је незаконито решење у коме се у изреци наводи само да су одговорни предузеће као окривљено правно лице и НН као одговорно лице и кажње-

ни новчаним казнама и обавезани на плаћање трошкова прекршајног поступка.

Такође је непотпуна изрека решења о прекршају, ако не садржи битан елемент бића прекршаја као на пример, "извршио је пријављивање друге врсте робе да би платио мању царину", без обзира што се у образложењу наводи да је нетачно пријављивање вредности извршено у намери да плати мањи износ царине, чиме је учињена битна повреда прекршајног поступка из члана 251. став 1. тачка 14.

"Наиме, тиме што изрека решења о прекршају не садржи битан елемент бића прекршаја, да је у намери да се плати царина у мањем износу извршено пријављивање друге вредности робе, без обзира што се у образложењу решења наводи да је нетачно пријављивање вредности извршено у наведеној намери повређена су правила поступка."[3]

Није редак случај да прекршајни органи не наведу материјалноправну одредбу, чија повреда је санкционисана као прекршај за који је окривљени оглашен одговорним, због чега се не може оценити правилност утврђеног чињеничног стања.

Непотпуно и неправилно утврђено чињенично стање у прекршајном поступку је чест разлог да се по захтеву за ванредно преиспитивање решења не може проверити правилност примене материјалног права. Указујемо на повреду члана 74. Закона којим је прописано да је првостепени орган за прекршаје дужан да истинито и потпуно утврди чињенице које су од важности за доношење законитих одлука и са једнаком пажњом испита и утврди како чињенице које терете окривљеног тако и оне које му иду у корист. Потом да у смислу члана 77. истог закона оцени доказе по свом слободном уверењу, при чему оцењује које ће чињенице узети као доказане, а на основу савесне и брижљиве оцене сваког доказа посебно и свих доказа заједно и на основу резултата целокупног поступка о томе донети решење. Незаконито је решење ако му је изречена за учињени прекршај новчана казна и заштитна мера одузимања робе, која је предмет прекршаја, а првостепеним решењем није ближе опредељено о каквим се стварима ради у конкретном случају, да ли се ради о личним стврима окривљеног и да ли су исте нове или половне, на које околности се окривљени изјаснио

[3] Уп. 548/04 од 1. 2. 2006. године.

у својој изјави, а наиме да су од њега одузете личне ствари које су његово власништво и власништво његове родбине и пријатеља и да се ради о старим употребљаваним стварима.

2. Пропусти у примени материјално-правне норме

Не мали број примедби Врховног суда код укидања решења односи се на погрешну примену материјално-правне норме из члана 258. Закона по којој одредби другостепени орган за прекршаје испитује решење о прекршају у оном делу у којем се побија жалбом, али мора увек по службеној дужности испитивати:

1. Да ли постоји битна повреда прекршајног поступка из члана 251. став 1. тачка 1, 3. и 7. до 14., и

2. Да ли је на штету окривљеног повређен материјални пропис.

Најчешће су примедбе на став 2. наведеног члана 258. Закона по коме је решење незаконито, ако другостепени орган по службеној дужности не пази на стварну надлежност првостепеног прекршајног органа, или када другостепени орган пропусти да оцени да ли прекршај за који је подносилац захтева оглашен одговорним у 2002. години по раније важећем ЦЗ а оспорено решење донето је у 2004. години по новом ЦЗ од када је у примени и одредба члана 401. став 1. Царинског закона[4], па радња и даље представља прекршај и постоји прекршајна одговорност и по новом сада важећем ЦЗ, те да ли има места примени наведене одредбе Царинског закона за случај да је измењени пропис блажи за учиниоца. Није редак случај да у решењима није дата оцена да ли су примењени прописи блажи за окривљеног, па је Врховни суд нашао да је у таквим случајевима побијаним решењима повређен материјално-правни пропис о прекршају на штету окривљеног из члана 252. став 1. тачка 4. Закона.

Повреда материјалног закона из члана 252. став 1. тачка 4. такође постоји у свим случајевима када се у решењу орган позива на члан 188. став 1. тачка 1. ЦЗ и изриче физичком лицу новчану казну, без позивања и на примену члана 198. став 1. истог Закона, који прописује новчану казну

[4] "Службени гласник РС", бр. 73/03.

и за прекршај из члана 188. став 1. тачка 1. за физичко лице, домаће или страно.

Велики је број захтева који су одбачени у смислу члана 277. став 1. Закона јер нису испуњени услови за његово подношење у смислу члана 272. Закона или је захтев одбачен као неблаговремен, јер је поднет по истеку прописаног рока из члана 275. Закона или је исти одбачен, јер је недозвољен у смислу члана 274. Закона.

Намера овог реферата је била да се бави пропустима у раду првостепене Комисије за царинске прекршаје и другостепеног прекршајног органа у примени прекршајног закона. На тај начин смо желели да допринесемо остваривању сврхе из члана 1. Закона те да кроз анализу разлога за уважавање захтева и укидање решења допринесемо обезбеђењу спровођења закона и на закону заснованих одлука у односу на извршавање обавеза по основу царина. Стога предмет оцене овог реферата нису биле пресуде у којима је захтев за ванредно преиспитивање правоснажних решења о прекршају одбијен, јер је у тим предметима сврха закона остварена.

Горан Јосифов,
саветник Врховног суда Србије

НАКНАДНА КОНТРОЛА ЦАРИНСКЕ ДЕКЛАРАЦИЈЕ И ПОНАВЉАЊЕ УПРАВНОГ ПОСТУПКА
(однос општег и посебног)

У в о д

Повод за овај реферат је покушај да се одговори на питање да ли је накнадна контрола декларације, па у вези с тим и накнадни обрачун, наплата, повраћај царине и других увозних дажбина посебна врста управног поступка која одступа од општег или је то у суштини понављање управног поступка прописано одредбама Закона о општем управном поступку[1] (у даљем тексту ЗУП). Ово посебно с разлога што Царинским законом[2] (у даљем тексту ЦЗ) није ближе прописано о каквој се то врсти поступка ради нити су, како то наводи Управа царина у образложењима оспорених решења, у том поступку примењене одредбе ЗУП-а о понављању поступка.

Наиме, одредбом члана 3. ЗУП-а који је систематизован у оквиру основних одредби, односно основних начела о "важењу закона", прописано је да одредбе овог закона којима се, због специфичне природе управних ствари у појединим управним областима, прописују неопходна одступања од правила општег управног поступка, морају бити у сагласности са основним начелима утврђеним овим законом. То указује да је овом одредбом прописан однос ЗУП-а и закона донетих за поступање у посебним управним материјама што подразумева могућност одступања од опште норме применом законом прописаних посебних правила. У том случају следи позната латинска изрека ***lex specialis derogat legi generali*** **(посебан закон искључује општи)** која је и данас у примени као правно теоријско

[1] Закон о општем управном поступку ("Сл. лист СРЈ" бр. 33/97 и 31/01)
[2] Царински закон ("Сл. гласник РС" бр. 73/03, 61/05 и 85/05)

правило за однос између посебног и општег закона, ако позитивним правом није другачије прописано.

Да би се потпуније упознали са управним поступком који проводе царински органи нужно је указати на одређене специфичности.

Посебност царинског управног поступка

По дефиницији другачије или посебно поступање при решавању одређене управне материје заснива се на претпоставкама и то:

- посебна правила су одраз специфичне природе управних ствари у појединим управним областима;

- да су због специфичности одступања неопходна;

- да су одступања прописана законом и

- да специјалне управно-процесне норме морају бити у сагласности са основним начелима прописаним одредбама члана 1-16 ЗУП-а.

С обзиром на напред наведене опште услове основано се поставља питање да ли је управни поступак који се проводи пред царинским органима посебан управни поступак?

Одговор на ово питање је НЕ и ДА, а што произилази из одредбе члана 22 ЦЗ којим је прописано да се на поступак пред царинским органима примењују одредбе закона који уређује општи управни поступак, осим ако овим законом није друкчије предвиђено. Дакле, једноставно речено посебно ће, где год је то прописано, искључити опште, па ћу стога у појашњењу одговора на ово питање дати неколико претходних напомена.

Комуникација декларанта са царинским органом врши се подношењем декларације. По свом садржају то је писмена (или писана) пријава робе за царињење коју подноси њен власник који може право у вези с тим пренети на треће лице које тада у своје име а за рачун налогодавца предузима одређене радње, што је у пракси најчешће шпедитер (члан 835 Закона о облигационим односима). Иначе, декларација се подноси надлежном царинском органу на прописаном обрасцу који је потписан од њеног подносиоца и садржи податке неопходне за примену прописа којима је уређен царински поступак за који се роба пријављује. По свом значењу декларација, у смислу одредбе члана 54 став 1 ЗУП-а, није ништа друго но

поднесак којим декларант захтева од царинског органа да се изврши деклaрисање робе у прописаној форми и на прописан начин, што подразумева спровођење одговарајућег царинског поступка над робом. Стога је декларација полазна основа за преглед робе од стране надлежне царинарнице и наплату царине и царинских дажбина. Уз декларацију се наравно подносе царинске исправе на основу којих се и обавља царињење, а то су, по правилу, товарни лист, теретница или коносман, рачуни о пореклу и превозу робе и др. докази од којих зависи примена царинске тарифе.

У чему је посебност царинског поступка са аспекта ЦЗ? Одговор на ово питање огледа се у следећем:

Царински орган ће одмах прихватити декларацију (члан 90 ст. 1 ЦЗ) под условом да је поднета у писаној форми, на прописаном обрасцу, потписана од њеног подносиоца и да садржи све неопходне податке за примену прописа за који се роба пријављује као и да су уз њу приложене исправе потребне за примену прописа.

Ради контроле прихваћене декларације царински орган може (члан 95) - што значи да није дужан :

- да изврши преглед исправа које су приложене уз декларацију,

- да захтева од декларанта доставу и других исправа како би утврдио тачност података наведених у декларацији,

- да изврши преглед робе или узме узорке ради анализе и испитивања робе.

По правилу, царински орган врши контролу декларације оног момента када је роба обухваћена декларацијом допремљена царинарници. Дакле, пошто царински орган има дискреционо право да контролише прихваћену декларацију то су у вези с тим ЦЗ прописане радње које он може да предузима (чл. 87-104 ЦЗ) у том поступку.

То су само неке од карактеристика овог управног поступка.

Међутим, царински орган у оквиру редовних послова из своје законом прописане надлежности, према одредби члана 105 ЦЗ, врши по службеној дужности и накнадну контролу декларације која у суштини представља "ревизију" редовне контроле декларације. Ако је тако, а очигледно да јесте, у питању је ништа друго до понављање управног поступка по службеној дужности по општим правилима прописаним одредбама ЗУП-а.

ПОНАВЉАЊЕ УПРАВНОГ ПОСТУПКА

1. По службеној дужности применом ЗУП-а

Одредбом члана 239 ЗУП-а прописано је да ће се поступак окончан решењем против кога нема редовног правног средства у поступку (коначно решење) поновити, при чему су од тачке 1 закључно са тачком 11 прописани разлози за покретање таквог поступка. Како је одредбом члана 240 ст. 1 истог закона прописано да се понављање поступка може покренути **и по службеној дужности**, основано се поставља питање у којим се то случајевима може покренути такав поступак. Одговор на ово питање је да до покретања понављања поступка по службеној дужности може доћи само када је то потребно ради заштите јавног интереса. Јавни интерес у смислу ЗУП-а дефинисан је одредбом члана 114 по коме је орган дужан да покрене поступак по службеној дужности када је законом или другим прописом одређено да се он мора покренути. Међутим, покретање поступка по службеној дужности врши се и према оцени самог органа када је неопходна заштита јавног интереса која се заснива, по правилу, на сазнатом чињеничном стању. У том смислу је и правно схватање Одељења за управне спорове бившег Савезног Врховног суда бр. 7/62 од 29. 3. 1962 год. по коме

"Уколико поступак понављања покрене странка и у току истог одустане, поступак ће се наставити по службеној дужности једино ако налаже јавни интерес".[3]

Понављање поступка по службеној дужности може се покренути због изузетно широког и растегљивог појма јавног интереса, јер је по самој дефиницији то интерес друштвене заједнице или њених појединих делова о коме право мора да води рачуна, па је стога веома комплексно одредити када и у којим случајевима треба заштитити јавни интерес. У пракси се то најчешће оставља органу који води поступак да сам цени у сваком конкретном случају да ли је повређен јавни интерес.

У поновљеном поступку по службеној дужности значајно је напоменути да се странци мора дати могућност да се изјасни о новим доказима на основу којих је орган поновио поступак и да у вези с тим користи сва права странке и брани своје законом заштићено право.

[3] Пресуда Врховног суда Југославије, Уж. 5739/65 од 22. 10. 1965

2. Накнадна контрола царинске декларације по службеној дужности

У глави II ЦЗ - Царински поступци; наслову-Стављање робе у царински поступак; поднаслову 2) Накнадна контрола декларације, чланом 105 прописано је да царински орган може **по службеној дужности** или на захтев декларанта да проверава исправност декларације после пуштања робе. То значи да царински орган има дискреционо право да по службеној дужности поред "редовне" врши и накнадну контролу декларације која обухвата:

- проверу тачности података наведених у декларацији,

- контролу комерцијалних докумената и података који се односе на увоз и извоз робе или накнадне комерцијалне послове у вези са робом,

- преглед робе, ако је још увек доступна.

Свака, па и накнадна контрола није сама себи циљ већ одређена доза "сумње" да приликом редовне контроле декларације чињенично стање није било у потпуности утврђено, иако је тада роба била непосредно пред царинским органом. У том случају, према досадашњој пракси царинских органа, веома често је "експлоатисан" став 5 наведеног члана тог закона којим је прописано да ако се накнадном провером декларације утврди да су прописи који уређују царински поступак примењени на основу неистинитих или непотпуних података, царински орган ће, предузети потребне мере за правилно спровођење поступка.

Оваква стипулација одредбе овог става наведеног закона није случајна јер царински орган, по правилу, у свим накнадним контролама декларације сазнаје за нове чињенице у погледу неистинитих или непотпуних података о роби које су постојале или нису постојале у тренутку прихвата декларације, а за које није знао или није могао знати. То значи да се у том поступку утврђује "додатно" чињенично стање од чијег исхода зависи и обавеза декларанта.

Стога, у овако широкој лепези "моћи" царинског органа накнадна контрола декларације није ништа друго до понављање поступка по службеној дужности које треба спровести применом одредби ЗУП-а, тим пре што се радње из таквог овлашћења могу предузимати у веома дугом временском периоду, односно до истека 5 година од дана прихватања декларације.

Аргументи за овакав закључак произилазе из следећег:

1. - ако је прихват декларације коначан управни акт првостепеног царинског органа тиме је испуњен основни услов за понављање управног поступка;

2. - ако је у поступку накнадне контроле декларације утврђено да су приликом прихвата декларације, царињења и пуштања робе прописи који уређују царински поступак примењени на основу неистинитих или непотпуних података, по интонацији одредбе става 5 члана 105 ЦЗ следи императивно поступање царинског органа у погледу предузимања потребних мера за правилно спровођење поступка у складу са претдходно и новоутврђеним чињеничним стањем;

3. - према досадашњој пракси царинских органа у поступку накнадне контроле декларације коришћени су нови докази као што су:

а) - подаци о цени робе од иноиспоручиоца (оригинална фактура за увезену робу)

б) - иностранa извозна декларација

в) - налаз царинске лабораторије о узорковању робе са истим трговачким називом, од истог иностраног произвођача према подацима произвођачке спецификације,

г) - технички подаци о роби са сајта и каталога произвођача робе,

д) - записник надлежне инспекције о извршеној контроли комерцијалних докумената,

ђ) - Класификационо мишљење Светске царинске организације и Европске уније,

е) - Коментар Царинске тарифе,

ж) - акт Одељења за тарифирање робе по коме робу треба сврстати у други тарифни став ЦТ,

а који у вези са већ изведеним и употребљеним доказима доводе до другачијег решења да су ти докази били употребљени у окончаном поступку.

У складу са новим околностима, за разлику од претдходно проведеног царинског поступка, царински орган је решењем и то првим ставом диспозитива вршио "исправку или измену" података у декларацији док је ставом другим диспозитива истог решења декларант "обавезиван" на уплату одређеног новчаног износа на име мање плаћене царине и цари-

нсих дажбина, или само "обавезиван" на уплату мање плаћеног износа, без измене података у декларацији.

Ако смо сагласни да накнадна контрола декларације није ништа друго до понављање управног поступка пред првостепеним царинским органом, остаје питање да ли царински орган и поступа у складу са овим општим правилима о понављању поступка. Према досадашњој пракси царинских органа одговор на ово питање је негативан из више разлога.

Пре свега, у уводу ових решења првостепени царински орган се позивао да решава по службеној дужности и погрешно наводио да је основ за њихово доношење његов делокруг прописан одредбом члана 252 ст. 2. т. 7. ЦЗ која се односи на надлежност Управе царина, а не и на царинарницу као првостепени царински орган, као и на одредбу члана 192 ЗУП-а којом је прописано да орган надлежан за решавање доноси решење о управној ствари на основу одлучних чињеница. Тачно је то да царински орган као и сваки други управни орган решење доноси на основу одлучних чињеница, али се у поступку накнадне контроле не може изгубити из вида да је прихватом декларације управни акт постао коначан, извршан и правоснажан кога он у тој контроли мења, па се према овој управној ствари не може односити као да о њој решава по први пут на основу одлучних чињеница.

Затим, царински орган у образложењу решења наводи да је измену података извршио у односу на тарифни број и стопу царине применом одредбе члана 105 истог закона. То у суштини битно мења чињенично стање које је утврђено приликом прихвата декларације, па тиме и декларантову обавезу у погледу коначне исплате царине и царинских дажбина. Стога се у жалбама декларанта против решења донетих у поступку накнадне контроле декларације најчешће истиче:

- да је одређивање новог тарифног броја, а тиме и нове стопе царине, извршено без учешћа странке,

- да су налази других лабораторија у којима је вршено испитивање узорковане робе у супротности са налазом Царинске лабораторије,

- да се измена решења врши супротно одредби члана 251 и 255 ЗУП-а без пристанка или по захтеву странке,

- да се новодонетим решењем не врши исправка решења и сл.

Управа царина као другостепени орган овакве наводе у жалбама декларанта оцењивала је неоснованим из следећих разлога:

- да се не ради о понављању поступка прописаном одредбама ЗУП-а,

- да се не ради о утврђивању новог чињеничног стања већ да је решење донето због утврђене неусаглашености стварног стања робе са исправама поднетим уз исту,

- да се не ради о исправци решења већ о исправци података о стању робе уписаних у декларацији који се могу мењати само доношењем решења у управном поступку,

- да је царина овлашћена за предузимање предузетих радњи те да је првостепено решење правилно и на закону засновано.

Такође, треба напоменути да се у досадашњој пракси Управног одељења Врховног суда Србије у царинским предметима може запазити да се управни спорови покрећу и воде, поред других разлога, и због незадовољства декларанта са решењима царинских органа донетим у поступку накнадне контроле декларације.

Коначно, када је законом већ прописана накнадна контрола декларације, а из напред изложеног произилази да ову контролу треба вршити на начин и у случајевима прописаним одредбама ЗУП-а о понављању поступка (јер се најчешће ради о сазнању за нове чињенице или стекне могућност да се употребе нови докази који доводе до другачијег решења да су те чињенице или докази били употребљени у поступку прихвата декларације), у том случају и сам диспозитив решења првостепеног царинског органа неминовно би требао да гласи не на начин како то чини првостепени царински орган већ сасвим другачије. Ово стога што је у накнадној контроли декларације коју првостепени царински орган врши по службеној дужности дужан да примени одредбу члана 240 став 1. ЗУП-а, па би уместо до сада коришћених диспозитива решења: "исправља се", "мењају се", "обавезује се" и сл., диспозитив ЗАКЉУЧКА, према одредби члана 247 став 1. ЗУП-а, правилно требао да гласи:

ДОЗВОЉАВА СЕ понављање управног поступка увозног царињења робе окончаног прихватом декларације ЈЦИ ____ од ___ године, по службеној дужности.

У поновљеном управном поступку извршиће се накнадна контрола декларације из става 1. диспозитива овог закључка по службеној дужности у оквиру које ће се предузети следеће радње и то :___

Против овог закључка може се изјавити жалба (чл. 249 ЗУП-а), а по његовој правоснажности орган ће одлучити (чл. 248 ЗУП-а) да ли решење које је било предмет понављања поступка остаје на снази или се замењује новим, у ком случају се може раније решење поништити или укинути.

У овом реферату значајно је указати да се закључком "отварају врата"[4] понављању поступка, па је стога у истом потребно навести законом прописане разлоге и чињенице које оправдавају његово доношење и евентуалну могућност да се другачије одлучи у односу на претходно чињење робе. Ово посебно с разлога што странци на чију штету би могло бити дозвољено понављање поступка мора бити омогућено да се изјасни да ли сматра да су испуњени законом прописани услови за понављање, а уколико се дозволи странка ће учествовати у поступку понављања ради заштите њених права и правног интереса[5]. О томе да ли ће се поновити цео или само један део поступка зависи од самих разлога понављања.

У елаборирању питања понављања поступка треба нагласити да је одредбом члана 247 став 2 ЗУП-а прописана могућност да се посебан закључак не доноси када је то могуће према околностима случаја, а у интересу је убрзање поступка. У том случају - када се утврди да постоје услови за понављање, прелази се на оне радње поступка које треба поновити, при чему треба бити посебно обазрив због тога што се недоношењем закључка одузима право странци на коришћење жалбе као редовног правног средства против тог закључка. Због наведеног као и других специфичности понављање поступка је једно од најсложенијих питања у управном поступку. На то указују и радње у том поступку јер се на основу утврђеног чињеничног стања у окончаном и поновљеном поступку, доноси решење којим се мериторно решава о главној ствари применом начела оцене доказа из члана 10 ЗУП-а и то на основу материјалног прописа који је био на снази у време доношења решења којим је ранији поступак окончан, што је примерено духу понављања. У вези с тим у поновљеном поступку одлучује се тако што коначно решење

- остаје на снази, или се

- замењује новим и то његовим поништавањем или укидањем.

---

[4] Коментар Закона о општем управном поступку, др Зоран Томић и Вера Бачић, седмо издање ЈП "Сл. лист СРЈ", Београд 1999, страна 371.

[5] Пресуда ВСС У-8798/57 од 22. 7. 1958. год.

Према досадашњој пракси Врховног суда Србије решења Управе Царина којим је жалба изјављена против првостепених решења у којима је диспозитив гласио на један од напред наведених начина ("исправљају се подаци у ЈЦИ", "мењају се подаци у ЈЦИ", "обавезује се" и сл.,) нису поништавана због тога што није проведено понављање поступка већ с разлога што се диспозитивом решења донетог у накнадној царинској контроли одлучује о исправци података у ЈЦИ, а не о њиховој измени[6] или с разлога што се о измени података у накнадној царинској контроли не одлучује диспозитивом решења пре одлуке о утврђивању обавезе плаћања царинског дуга[7] или због неучествовања декларанта као странке у поступку који је претходио доношењу ожалбеног решења.

Дакле, не ради се о разлозима формално-правне већ суштинске природе с обзиром да је таквим диспозитивом решења учињена повреда правила управног поступка, па би у том случају Управа царина била дужна да таква решења поништава јер је очигледно да је у поступку накнадне контроле царинске декларације проведено понављање управног поступка супротно одредбама ЗУП-а.

Имајући у виду напред наведено овај реферат би требало да послужи као подстицај за размишљање да ли су жалбе, а тиме и тужбе, царинских обвезника у којима се указује да је у поступку накнадне контроле царинске декларације учињена повреда правила о понављању управног поступка, основане.

ЗАКЉУЧАК

Царинским законом није прописан посебан управни поступак у случају накнадне контроле декларације, па је стога царински орган у том случају дужан да применом одредбе члана 22 истог закона поступи у свему према одредбама Закона о општем управном поступку које се односе на понављање поступка.

[6] Билтен судске праксе ВСС бр. 4 из 2005 год. страна 148, 149 и 150.
[7] Билтен судске праксе ВСС бр. 4 из 2005 год. страна 148, 149 и 150.

Душанка Марјановић,
судија Врховног суда Србије

ПРЕКРШАЈНА ОДГОВОРНОСТ ОДГОВОРНОГ УРЕДНИКА ЈАВНОГ ГЛАСИЛА

Јавно информисање је први пут дефинисано као право на јавно информисање у Закону о јавном информисању[1] које обухвата: право на слободу изражавања мисли, право на слободу прикупљања, истраживања, објављивања и ширења идеја, информација и мишљења, слободу штампања и дистрибуције (растурања) новина и других јавних гласила, слободу производње и емитовања радио и телевизијског програма, слободу примања идеја, информација и мишљења, као и слободу оснивања правних лица која се баве јавним информисањем. Ово право засновано је на одређеним начелима, од којих су најзначајнија: начело слободе јавног информисања, начело обавезе новинарске пажње, начело информисања о стварима од интереса за јавност и начело забране монопола у области јавног информисања. У даљем тексту задржаћу се на начелу слободе јавног информисања и начелу обавезе новинарске пажње.

СЛОБОДА ЈАВНОГ ИНФОРМИСАЊА У ДОМАЋЕМ И МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВУ

Слобода јавног информисања, као слобода изражавања мишљења, значи да јавно гласило има право да само одређује садржину информација из којих ће се састојати, врсту медија кроз која ће се изражавати и право на несметано објављивање информација.

У нашем праву, слобода јавног информисања је уставна категорија и гарантована је Повељом о људским и мањинским правима и грађанским слободама државне заједнице Србија и Црна Гора, чланом 30. Уста-

[1] "Службени гласник РС" бр. 43/03 и 61/2005

ва Републике Србије, Законом о јавном информисању и Законом о радиодифузији. Установљавање слободе јавног информисања Уставом и законом, представља темељ сваког демократског друштва и један је од основних услова за напредак друштва и развој сваког човека, будући да јавна гласила, односно медији служе информисању јавности, односно формирању слободног и обавештеног појединца и формирању слободног и обавештеног јавног мњења. Уставна гаранција слободе јавног информисања намеће обавезу држави да поштује слободу јавног информисања, пропише механизме заштите у случају повреде и обезбеди услове за остваривање слободе јавног информисања.

Обавеза државе да поштује слободу јавног информисања у суштини значи да ниједна власт (законодавна, судска и извршна) не сме да предузме било какву радњу или акт који би представљали недопуштену повреду слободе јавног информисања. Ова обавеза државе је изражена у уставној и законској забрани цензуре штампе и других видова јавних информисања у чл. 46. став 6. Устава Републике Србије и у члану 2. став 2. Закона о јавном информисању. Поред ових изричитих законских забрана, Закон о јавном информисању наводи још неке недопуштене повреде слободе јавног информисања у члану 2. став 3. и 4. и чл. 16. Закона, којима је прописано да нико не сме, ни на посредан начин, да ограничава слободу јавног информисања, нарочито злоупотребом државних или привредних овлашћења, злоупотребом права, утицаја или контроле над средствима за штампање и дистрибуцију јавних гласила или над уређајима за емитовање и радиофрекфенцама, као ни било којим другим начином подесним да ограничи слободан проток идеја, информација и мишљења; као и да нико не сме да врши било какав физички или други притисак на јавно гласило и његово особље, као ни утицај подесан да их омете у обављању посла; односно да лице које се бави дистрибуцијом јавних гласила не сме да одбије да дистрибуира нечије јавно гласило без оправданог комерцијалног разлога, као ни да за дистрибуцију јавног гласила поставља услове који су супротни тржишним принципима. Због тога је у свим осталим случајевима, за које није прописом изричито предвиђено да представљају недопуштене повреде слободе јавног информисања, потребно у сваком конкретном случају утврђивати да ли се ради о допуштеном или недопуштеном повређивању ове слободе.

Поред уставне и законске гаранције слобода јавног информисања гарантована је и међународним актима од којих су најзначајнији:

Универзална декларација о људским правима (усвојена и проглашена резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 217 А (III) од 10. 12. 1948. године, која у члану 19. одређује: "Свако има право на слободу мишљења и изражавања; ово право укључује право да се има мишљење без мешања и да се траже, примају и шире информације и идеје било којим средством и без обзира на границе".

Међународни пакт о грађанским и политичким правима из 1966. године у члану 19. став 1. одређује: "Свако има право да има мишљења без мешања", став 2.: "Свако има право на слободу изражавања. То право укључује слободу да тражи, прима и шири информације и идеје било које врсте, без обзира на границе, усмено, писано или путем штампе, у уметничком облику или било којим другим средством по свом избору".

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода из 1950. године у члану 10. став 1. одређује: "Свако има право на слободу изражавања. Ово право укључује да се има мишљење и да се примају и саопштавају информације и идеје без мешања јавне власти и без обзира на границе. Овај члан не спречава државе да захтевају дозволе за рад телевизијских, радио и биоскопских предузећа".

ОБАВЕЗЕ НОВИНАРСКЕ ПАЖЊЕ

Коришћење права на слободу изражавања подразумева и одређене дужности и одговорности. Једна од најзначајнијих дужности (обавеза) која је у важећем Закону о јавном информисању дигнута на ниво начела је начело Обавезе новинарске пажње. Садржај овог начела је прописан чл. 3. Закона и гласи: "Новинар и одговорни уредник јавног гласила дужни су да пре објављивања информације која садржи податке о одређеном догађају, појави или личности, са пажњом примереном околностима, провере њено порекло, истинитост и потпуност; новинар и одговорни уредник јавног гласила, дужни су да туђе информације, идеје и мишљења пренесу и објаве веродостојно и потпуно, а уколико је информација пренета из другог јавног гласила, уз навођење гласила из којег је информација пренета". Дакле новинарска пажња је основ професионалне одговорности новинара односно одговорног уредника и мора бити примерена објективним окол-

ностима. Због тога је и услов за допуштеност објављивања информације, да је пре објављивања, информација проверена са дужном пажњом и то првенствено због интереса јавности, јер јавност има интерес да сазна истиниту информацију. Новинарска пажња при провери порекла, истинитости и потпуности информације зависи од случаја до случаја и подразумева и обраћање лицу на кога се информација односи, пре објављивања саме информације. За поштовање овог начела је од значаја чињеница да је новинар стекао поверење да је информација истинита, али чак и када је приликом провере остала доза сумње у истинитост информације, информација се може објавити уколико постоји оправдан интерес јавности за њено објављивање, уз обавезу указивања јавности на разлоге за сумњу.

ОГРАНИЧЕЊА СЛОБОДЕ ИЗРАЖАВАЊА - ЈАВНОГ ИНФОРМИСАЊА

Већ дуже време сведоци смо многобројних примера злоупотреба слободе јавног информисања нарочито на штету права личности. Поједини новинари оптужују, "хапсе", "осуђују", објављују детаље из судских поступака затворених за јавност са фотографијама и именима малолетних лица која су странке у тим поступцима. Непримереним језиком се коментаришу судске одлуке или унапред најављују одлуке у појединим поступцима, за које је веома изражен интерес јавности и то са непримереним коментарима. У појединим случајевима јавно обавештавање се свело на вулгаран језик улице који је наметнут нажалост као стандард.

Како ниједно право није неограничено, тако ни право на слободу јавног информисања није неограничено. Границу представљају туђа права и слободе и управо ради заштите туђих права и слобода дошло је до ограничења слободе објављивања. Приликом оцене односно утврђивања допуштености или недопуштености ограничења, треба имати у виду успостављене правне критеријуме у домаћем и међународном праву.

Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама одређује критеријуме о допуштености ограничавања слободе у члану 29. став 3: "Право на слободу изражавања се може ограничити законом, ако је то неопходно ради заштите права и угледа других лица, очувања ауторитета и непристрасности суда, националне безбедности, јавног здравља и морала или јавне безбедности".

Међународни пакт о грађанским и политичким правима критеријуме дефинише на следећи начин: "Коришћење слобода предвиђених у ставу 2. овог члана... се... може подврћи извесним ограничењима, која морају бити предвиђена законом и која су неопходна:

а) За поштовање права или угледа других лица;

б) "За заштиту националне безбедности или јавног поретка, или јавног здравља или морала" (члан 19. став 3). "Свака пропаганда у корист рата законом ће се забранити" (члан 20. став 1). "Законом ће се забранити свако заговарање националне, расне или верске мржње која представља подстицање на дискриминацију, непријатељство или насиље" (члан 20. став 2).

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода критеријуме дефинише у члану 10. став 2. на следећи начин: "Пошто коришћење ових слобода повлачи за собом дужности и одговорности, оно се може подврћи формалностима, условима, ограничењима или казнама прописаним законом и неопходним у демократском друштву у интересу националне безбедности, територијалног интегритета или јавне безбедности, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, заштитеа угледа или права других, спречавања откривања обавештења добијених у поверењу, или ради очувања ауторитета и непристрасности судства".

Из наведених одредаба очигледно је да се слобода медија може ограничити али да за ограничење мора постојати правни основ. За постојање правног основа потребно је да је ограничење прописано законом или у складу са законом, да је ограничење легитимно односно да је оправдано са становишта циља због којег се ограничава слобода и да је оправдано у погледу начина односно избора средстава ограничења. У противном ограничење слободе јавног информисања постаје недопуштено. Највећи број недопуштених ограничења слободе медија садржан је у прекршајним одредбама Закона о јавном информисању из 1998. године[2]. Овај Закон је у казненим одредбама прописивао забрану медијима за преношење и реемитовање радио и телевизијских програма страних радиодифузних организација супротно члану 27. Закона (ради се о програмима чије се емитовање заснива на реципроцитету, утврђеном међудржавним уговорима), прописивао је драконске новчане казне и кратке рокове за вођење прекр-

[2] "Службени гласник РС" бр. 36/98

шајног поступка, доношење одлуке и извршење, тако да су ефекти прекршајне заштите у потпуности обесмислили судску заштиту. При том су минималне запрећене прекршајне новчане казне достизале или престизале прописани максимум новчане казне као кривичне санкције за кривична дела тако да је реч о недопуштеним ограничењима слободе медија, јер се прекомерним казнама медији односно новинари санкционишу далеко теже него што је то потребно за заштиту легитимних циљева итд.

ПРЕКРШАЈНА ОДГОВОРНОСТ КАО ОГРАНИЧЕЊЕ СЛОБОДЕ ИЗРАЖАВАЊА

У циљу заштите права и угледа других лица допуштено је ограничење слободе јавног информисања. Заштита права личности остварује се ванинституционално и институционално. Институционална заштита остварује се пред органима државне власти кроз судску заштиту и кроз управну заштиту.

Судска заштита обезбеђена је у судском поступку кроз кривичноправну и грађанско-правну заштиту.

Управна заштита је прекршајно-правна, која се реализује у прекршајном поступку пред надлежним органом судијом за прекршаје, као органом управе и уређена је казненим одредбама из чл. 93. -99. Закона о јавном информисању и одредбама Закона о прекршајима.

Важећи Закон о јавном информисању у казненим одредбама прописао је новчане казне за привредне преступе и прекршаје, као вид ограничења права на јавно информисање, које је неопходно ради заштите угледа и права других. У овом реферату задржаћу се на прекршајној одговорности одговорног уредника јавног гласила која је прописана у члану 94. и 95. Закона.

Закон о јавном информисању је у члану 94. прописао:

Новчаном казном од 5.000 до 60.000,00 динара казниће се за прекршај одговорни уредник јавног гласила, ако истовремено са одговором, исправком, накнадном информацијом о исходу кривичног поступка, односно пресудом објави њихов коментар (чл. 57. и 90).

Лица на која се односи информација којом је повређено њихово право или интерес или која је подесна да повреди њихово право или инте-

рес, имају право на одговор на информацију и исправку информације као и право на објављивање информације о исходу кривичног поступка, а одговорни уредник је дужан да одговор и исправку објави без измена, изостављања и допуна као и информацију о исходу кривичног поступка. Истовремено објављивање коментара чини радњу прекршаја за које је прописана новчана казна. По мом мишљењу примена овог члана у пракси не би требало да изазива било какве дилеме.

Закон о јавном информисању је у члану 95. прописао:

Новчаном казном од 30.000, 00 до 200.000,00 динара казниће се за прекршај одговорни уредник јавног гласила:

1. ако се у објављеној информацији неко означи учиниоцем каквог кажњивог дела, односно огласи кривим или одговорним пре правоснажне одлуке суда или другог надлежног органа (члан 37);

2. ако садржај јавног гласила који може угрозити развој малолетника није јасно и видно означен, односно ако је малолетник учињен препознатљивим у објављеној информацији која је подесна да повреди његово право или интерес (члан 41. став 2. и 3);

3. ако одговор, исправку, накнадну информацију о исходу кривичног поступка, односно пресуду не објави по правоснажној судској одлуци, или не објави у роковима и на начин предвиђен овим законом (члан 39. став 1; члан 50. став 2. и 3: члан 51. став 2. и 3; члан 56. и 64; члан 71. став 2; члан 76; члан 90. став 1);

4. ако објављивање одговора, исправке, накнадне информације о исходу кривичног поступка, односно пресуде условљава плаћањем накнаде (члан 39. став 1; члан 47. став 1; члан 71. став 2; члан 74. став 1; члан 90. став 1).

У примени ове одредбе у пракси интересантна је тачка 1, док тачке 2, 3. и 4. не би требало да изазивају проблеме у практичној примени.

У пракси се може појавити дилема око прекршајне одговорности одговорног уредника јавног гласила, када јавно гласило објави, односно пренесе туђу недопуштену информацију која гласи управо онако како је добијена на извору, а којом је неко лице означено учиниоцем каквог кажњивог дела, или оглашено кривим или одговорним пре правоснажности одлуке суда или другог надлежног органа. Одговорни уредник у својој од-

брани углавном истиче да је добијена информација верно пренета и то без икаквог додатног коментара, због чега нема основа за његову прекршајну одговорност.

Из формулације тачке 1. члана 95. Закона, види се да закон не прави разлику између изношења и проношења информације, којом се неко означава учиниоцем каквог кажњивог дела, односно оглашава кривим пре правоснажности одлуке суда или другог органа. Закон говори искључиво о објављеној информацији и за постојање прекршаја довољно је да јавно гласило објави информацију којом се повређује члан 37. Закона (претпоставка невиности). За постојање прекршаја према самом законском тексту није од значаја да ли објављена информација са недопуштеним садржајем представља пренету туђу информацију или став јавног гласила. По мом мишљењу, чињеница да је јавно гласило пренело туђу информацију која је по садржају недопуштена јер је противна забрани из члана 37. Закона, не ослобађа одговорног уредника прекршајне одговорности, само из разлога што је информација пренета веродостојно и потпуно. Такав закључак не произлази из самог законског текста. Због тога је одговорни уредник, односно новинар био у обавези да пре објављивања туђе недопуштене информације која садржи тврдњу - исказ, која једно лице означава учиниоцем неког кажњивог дела или га оглашава кривим пре правоснажности одлуке суда, ове податке провери са дужном новинарском пажњом, примереном објективним околностима. Ради се о правном стандарду за чије постојање се утврђују околности у сваком поједином случају, јер до повреде личних права долази када новинар, односно одговорни уредник не искаже довољан степен новинарске одговорности. Овако правно становиште заузео је Врховни суд Србије у две пресуде[3].

ПРЕДЛОГ ЗАКЉУЧАКА

1. Главни и одговорни уредник јавног гласила прекршајно одговара када објави информацију у којој је неко лице означено учиниоцем каквог кажњивог дела, односно када је неко лице оглашено кривим или одговорним пре правоснажне одлуке суда или другог надлежног органа. Ње-

[3] Рев. 607/04 од 19. 05. 2004. године
Узз. 7/04 од 30. 03. 2006. године

гова одговорност проистиче из кршења одредби из чл. 3. и 37. Закона о јавном информисању.

2. Аутентично пренета туђа недопуштена информација којом се крши одредба члана 37. Закона о јавном информисању не ослобађа одговорног уредника прекршајне одговорности уколико није поступао са дужном новинарском пажњом.

3. Одговорни уредник јавног гласила се може ослободити прекршајне одговорности уколико се јавно гласило дистанцира од туђе недопуштене тврдње.

Литература:

- "Право људских права", Београдски центар за људска права др Милан Пауновић
- "Право медија", група аутора, Београдски центар за људска права
- "Право масмедија" проф. др Владимир В. Водинелић

Ружа Урошевић,
саветник Врховног суда Србије

ДОСТУПНОСТ ИНФОРМАЦИЈА ОД ЈАВНОГ ЗНАЧАЈА ПРЕМА ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Савет Европе је основан 05. 05. 1949. године у Лондону као европска организација за унапређење међудржавне и парламентарне сарадње и основних демократских вредности на начелима истинске демократије: поштовања људских права и индивидуалних политичких слобода и владавине права. У циљу заштите ових вредности, 13 чланица Савета Европе је у Риму, 04. 11. 1950. године потписало Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту: Конвенција), имајући у виду Универзалну декларацију о људским правима коју је Генерална скупштина Уједињених нација прогласила 10. 12. 1948. године. Србија и Црна Гора је постала члан Савета Европе 03. 04. 2003. године, а Конвенцију је ратификовала 26. 12. 2003. године. Конвенција је ступила на снагу за Србију и Црну Гору 3. 3. 2004. године, депоновањем ратификационих инструмената, с тим што је Србија и Црна Гора том приликом, у складу са чланом 57. Конвенције, ставила резерве које се односе на: примену прописа о обавезном притвору, поступак пред прекршајним органима, јавну расправу у управном спору и правне лекове у надлежности Суда Србије и Црне Горе. Данас Савет Европе има 46 земаља чланица и све су потписнице Конвенције.

Потписивањем Конвенције све чланице Савета Европе, које се називају Високим странама уговорницама, прихватиле су обавезу поштовања људских права тако што јемче сваком у својој надлежности права и слободе одређене Конвенцијом и Протоколима уз Конвенцију (14) и то: право на живот, забрана мучења, нечовечног и понижавајућег поступања, забрана ропства и принудног рада, право на слободу и сигурност, право на правично суђење, кажњавање само на основу закона, право на пошто-

вање приватног и породичног живота, слобода мисли, савести и вероисповести, слобода изражавања, слобода окупљања и удруживања, право на склапање брака, право на делотворни правни лек, забрана дискриминације, право на мирно уживање имовине, право на образовање, право на слободне изборе, забрана дужничког ропства, слобода кретања, забрана протеривања сопствених држављана, забрана колективног протеривања странаца, забрана изрицања и извршавања смртне казне, заштита у поступку протеривања странаца, право на жалбу у кривичним стварима, право на накнаду за погрешну осуду, право да се не буде суђен или кажњен два пута у истој ствари, једнакост супружника, општа забрана дискриминације и апсолутна забрана смртне казне. Заштита ових права и слобода зајемчених Конвенцијом у почетку се одвијала кроз Европску комисију за људска права и Европски суд за људска права. Комисија је укинута Протоколом 11 и успостављен је Европски суд за људска права (у даљем тексту: Суд), као стални орган. Седиште Суда је у Стразбуру у Француској и има онолико судија колико има Високих страна уговорница. Судије се бирају на шест, односно три године, и могу бити поново изабрани. За судију овог Суда из Србије и Црне Горе изабран је Драгољуб Поповић.

Поступак пред Европским судом за људска права

Поступак пред Судом покреће се подношењем појединачне представке од стране појединца, невладине организације или групе лица, или покретањем међудржавног спора између држава чланица, уколико једна држава сматра да је друга прекршила Конвенцију или Протоколе уз њу. Представке могу да се односе само на догађаје који су се одвијали после ратификовања конвенције.

Поступак се одвија у две фазе. Прва, у којој се утврђује прихватљивост представке и друга, у којој се разматра сам случај. Услови прихватљивости прописани су одредбом члана 35. Конвенције према којој ће бити одбачена свака представка коју суд не сматра прихватљивом, односно која не испуњава следеће услове:

- да су исцрпљени сви унутрашњи (домаћи) правни лекови и да није прошло 6 месеци од дана када је у спорној правној ствари донета правоснажна одлука;

- да представка није анонимна и у суштини истоветна са представком коју је Европски суд већ разматрао;

- да није неспојива са одредбама Конвенције или Протокола уз њу, очигледно неоснована и да не представља злоупотребу права на представку.

Тек уколико су испуњени услови прихватљивости, представку може да разматра Веће од 7 судија или Велико веће од 17 судија. Иницијално, случај може доћи пред Велико веће уступањем предмета у надлежност Великом већу, у свакој фази поступка, од стране Већа:

- ако се покреће неко важно питање од значаја за тумачење Конвенције и Протокола

- ако решење питања може довести до одлуке која је у супротности са већ донетом одлуком Суда.

Случај долази пред Велико веће и ако било која од страна у спору, у року од 3 месеца од дана доношења одлуке Већа, захтева да се предмет изнесе пред Велико веће. О том захтеву одлучује Колегијум од 5 судија, који не мора да образлаже своју одлуку.

Пресуда Већа постаје правоснажна:

- ако Колегијум одбије захтев за изношење предмета пред Велико веће,

- ако ни једна страна не поднесе захтев за обраћање Великом већу и

- ако обе стране изјаве да неће поднети тај захтев.

О извршењу пресуде стара се Комитет министара, који чине министри иностраних послова Високих страна уговорница, тако што проверава да ли су предузете све неопходне мере да би се спречиле нове повреде и у потпуности исправио положај подносиоца представке. У циљу спречавања нових повреда, Комитет министра препоручује државама чланицама да се у свом законодавству и пракси држе начела изнетих у Препорукама које се односе на различита поља примене.

Доступност информација према Конвенцији

У Конвенцији нема општег права на приступ информацијама. На први поглед може се закључити да је то право обухваћено чланом 10. као слобода изражавања, која укључује слободу поседовања сопственог ми-

шљења, примања и саопштавања информација и идеја без мешања јавне власти и без обзира на границе.

"Суд је већ више од петнаест година мишљења да се члан 10. односи само на обавештења која други желе да пренесу. Право да се добије обавештење релевантно за добробит појединца, које други, нарочито државна тела, не желе да дају обично ће бити регулисано чланом 8. Европске конвенције о људским правима".[1]

Због тога право на слободан приступ информацијама треба довести у везу са другим правима прописаним Конвенцијом, као што су:

- право на правично суђење, прописано чланом 6. Конвенције које, између осталог, подразумева право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом и поштовање претпоставке невиности,

- право на поштовање приватног и породичног живота, дома и преписке, прописане чланом 8. Конвенције.

Оба ова права нису апсолутна, односно могу бити ограничена, готово под истим условима. У члану 6. став 1. Конвенције прописано је да се пресуда изриче јавно "али се штампа и јавност могу искључити из целог или из дела суђења у интересу морала, јавног реда или националне безбедности у демократском друштву када то захтевају интереси малолетника или заштита приватног живота странака, или у мери која је, по мишљењу суда, нужно потребна у посебним околностима када би јавност могла да нашкоди интересима правде". У члану 8. став 2. прописано је да се: "јавне власти неће мешати у вршење овог права сем ако то није у складу са законом и неопходно у демократском друштву у интересу националне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала или заштите права и слобода других."

Дакле, сама Конвенција даје право држави да се на одређени начин меша у остваривање ових права, с тим што држава при том мора да води рачуна о пропорционалности-равнотежи интереса јавности да зна и

[1] Коментар пресуде у случају MG против Уједињеног краљевства 24. 9. 2002. године.

права сваког на правично суђење, очување ауторитета и непристрасности судства и заштите угледа и права других.

"Суд сматра да до извесне границе треба оставити поље слободне процене надлежним националним властима у одређивању правичне равнотеже између интереса јавности судског поступка, са једне стране, и интереса странке или трећег лица у заштити поверљивости таквих података, са друге стране. Ширина поља слободне процене ће зависити од таквих чинилаца, као што су природа и озбиљност интереса, који су у питању и тежина мешања."[2]

Суштина одлучивања Суда је да утврди да ли је дошло од стране јавних власти до повреде неког од права гарантованих Конвенцијом, тако што ће утврдити:

- да ли је било мешања јавних власти

- да ли је мешање било легитимно (прописано законом)

- да ли мешање тежи неком оправданом циљу (спречавање нереда, заштита морала и сл.)

- да ли је мешање било нужно у демократском друштву.

Како је једно од основних начела у демократском друштву начело владавине права, то подразумева "и да мешање у права појединаца од стране извршне власти мора бити подложно ефикасној контроли, коју по правилу треба да врши судство, бар у крајњој истанци, због тога што судска контрола пружа најбоље гаранције независности, непристрасности и правилног поступка."[3]

Пракса Европског суда за људска права

С обзиром на напред речено, да право на слободан приступ информацијама од јавног значаја није прописано као опште право, и да се одредба члана 10. Конвенције неретко тумачи од стране подносилаца представке као право на примање информација, односно обавеза на давање информације од стране органа јавне власти, Суд је у случајевима када

[2] Пресуда Leander против Шведске од 26. 3. 1987. године

[3] Пресуда Klaus против Немачке од 6. 9. 1978. године

се подносилац представке позвао на повреду члана 10. Конвенције јер му није омогућен приступ, односно примање информација, утврдио да нема кршења члана 10. или је Комисија такве представке прогласила неприхватљивим, у смислу наведеног члана Конвенције. У тим случајевима се може говорити о тзв. негативним обавезама државе, односно одсуству обавезе да на захтев заинтересованог лица прикупља и даје информације од јавног значаја.

У случају Guerra против Италије[4] суд је нашао да необавештавање локалног становништва о фактору ризика и мерама које треба предузети у случају несреће у оближњој хемијској фабрици не подлежу члану 10. "Суд је даље истакао да се међутим, чињенице овог случаја могу јасно разликовати од оних у претходним случајевима пошто се подносиоци представке жале на недостатке система... (који би требало да се носи са)... великим неочекиваним опасностима извесних индустријских активности опасних по околину и добробит локалног становништва. Према томе, у таквим околностима, слобода да се примају инфорамције не намеће позитивне обавезе државе да прикупља и шири информације."

У случају Leander против Шведске[5] суд налази да код забране приступа подносиоца представке поверљивим информацијама које су о њему чувале Шведске власти, позивајући се на разлоге везане за националну безбедност, нема кршења члана 10. Приликом оцене суд је водио рачуна о пропорционалности интереса државе да заштити националну безбедност, прикупљањем и чувањем поверљивих података о одређеној личности, и права појединца на поштовање његовог приватног живота, и закључио да је мешање државе у право подносиоца представке на поштовање приватног живота било нужно у демократском друштву ради заштите виших - националних интереса. "Интерес државе у заштити националне безбедности је морао бити одмерен према озбиљности мешања у право подносиоца представке на поштовање приватног живота. Нема сумње да је неопходно да државе за потребе заштите националне безбедности имају законе који надлежне домаће власти овлашћују да сакупљају и чувају информације недоступне јавности. Оне такође имају право да ове информације користе при процени подесности кандидата за запослење на местима од значаја за

[4] Пресуда од 11. 2. 1998. године

[5] Пресуда од 26. 3. 1987. године

националну безбедност. Међутим у демократском друштву морају постојати одговарајућа и делотворна јемства против злоупотребе.. . Чињеница да обавештење дато војним властима није саопштено подносиоцу представке, није сама по себи оправдала закључак да мешање није било неопходно у демократском друштву, пошто је сам недостатак таквог саопштавања осигуравао делотвнорност поступка провере особља".

У случају Gaskin против Уједињеног Краљевства[6] Суд је нашао да код одбијања надлежних британских административних власти да подносиоцу представке дају на увид лични досије који су о њему саставиле локалне власти којима је био поверен на старање док је био малолетан, нема кршења члана 10. "Досије у вези са личном историјом господина Gaskina постоји и он није имао могућност да га испита. Подносилац представке оспорава само пропуст да му се одобри неометан приступ досијеу случаја.. . Суд је једногласно закључио да није дошло до повреде члана 10. Конвенције. У овом случају члан 10. не укључује обавезу државе да саопшти информације појединцу." Дакле, ни у овом, као ни у случају Gueera против Италије, Суд не налази да држава има обавезу да у смислу члана 10. прикупља, шири и саопштава појединцима одређене информације до којих је дошла у вршењу јавних овлашћења. У овом случају је суд одмерио интерес подносиоца представке да му се пружи увид у досије (у циљу покретања поступка против локалних власти ради надокнаде штете због немара) према јавном интересу одржавања делотворног система за бригу о деци и закључио да је за функционисање службе за бригу о деци неопходно да "поверљивост релевантних података буде очувана."

Марта 1997. године Комисија је испитала две представке које су се односиле на ограничења, наметнута британским Законом о непоштовању суда из 1981. године, подносиоцима представке (новинару, продуцентској компанији, синдикату новинара и телевизијском каналу) да извештавају о кривичним процесима од значаја за јавност и прогласила их неприхватљивим у смислу члана 10.

Априла 1997. године Комисија је прогласила неприхватљивом и представку која се односила на одбијање да се компанији допусти слободан приступ судској архиви ради добијања информација о потенцијалним зајмотражиоцима које би продавала финансијским институцијама, и наве-

[6] Пресуда од 7. 7. 1989. године

ла да члан 10. Конвенције "не даје било којој особи или фирми апсолутно право приступа архивама које садрже информације о финансијској ситуацији стране, нити захтева да власти на нечији захтев саопштавају такве информације."[7]

Међутим, у два случаја суд је утврдио да постоји кршење члана 10, те да на страни државе постоји позитивна обавеза да се подносиоцу представке обезбеди право на добијање информација и то у случају Herczegfalvy против Аустрије[8] када је утврдио кршење права на поштовање приватности преписке и права подносиоца представке на добијање информација за време притвора и психијатријског лечења, као и у случају Open Dorr Counselling LTD и Dublin Well Woman против Ирске[9], у коме се издавање налога од стране Врховног суда Ирске 1988. године, којим се фирмама, подносиоцима представке, (саветовалишта) забрањује да трудницама дају информације о могућностима за абортус у иностранству, сматра кршењем члана 10. Конвенције.

Приликом подношења представке апликанти се најчешће позивају на повреде више права зајемчених Конвенцијом, када је Суд дужан да испита да ли је дошло до повреде по сваком од наведених чланова Конвенције. Отуда у једној одлуци Суда може бити утврђено да нема повреде члана 10. (слобода изражавања), али да постоји повреда по члану 8. (право на поштовање приватног и породичног живота), као у поменутом случају Gaskin против Уједињеног Краљевства, када је суд "ипак био мишљења да је подносилац представке имао витални интерес у примању обавештења неопходних да сазна и разуме своје детињство, што је заштићено Конвенцијом". Поверљивост јавних архива, којима је по прописима Уједињеног Краљевства приступ дозвољен само са пристанком даваоца података, по оцени Суда може бити сагласан обавезама према члану 8. Конвенције, имајући у виду слободу одлучивања државе, али и поред тога, интереси појединца, морају бити обезбеђени у ситуацији у којој давалац није доступан или на неодговарајући начин одбија да да свој пристанак. Суд је закључио да ће овај систем бити у складу са начелом сразмерности само ако је обезбеђено да независна власт, односно суд, донесе коначну одлуку по

[7] Grupo interpres SA проти Шпаније, одлука од 7. 4. 1997. године.

[8] Пресуда од 24. 9. 1992. године,

[9] Пресуда од 29. 10. 1992. године,

питању одобравања приступа када давалац није доступан или одбија давање сагласности без оправданих разлога. Како такав поступак није постојао, односно прописима државе није предвиђен, Суд је утврдио да је постојало кршење члана 8. Конвенције. И овде је изражена позитивна обавеза државе да у свом правном систему обезбеди да о праву појединца, на примање неопходних информација о његовом приватном животу, не одлучују само носиоци јавне власти, него независна и непристрасна власт, односно суд. Заштита интереса трећих лица, супротстављена је интересу појединца да добије информације о свом приватном животу. Имајући у виду да су оба ова права заштићена Конвенцијом, Суд није дао оцену који је од ова два интереса претежнији, него је закључио да одлуку о томе у сваком конкретном случају мора да донесе непристрасна и независна власт, што је држава дужна да обезбеди.

У случају Odievre против Француске[10] подносилац представке се жалила на немогућност да добије податке о идентитету биолошке породице противно члану 8. Конвенције. Такође се жалила да Француска није обезбедила поштовање приватног живота својим правним системом којим се у потпуности онемогућава покретање било каквог поступка за утврђивање материнства, ако биолошка мајка захтева поверљивост, и изнад свега спречава се приступ подацима о њеном идентитету. Суд је закључио да је подносиоцу представке пружен увид у податке који не идентификују њену мајку и породицу, али који су јој омогућили да утврди нешто о свом пореклу, осигуравајући ипак заштиту интереса треће стране. "Суд је сматрао да државама мора бити дата одређена слобода у одлучивању у погледу избора погодних мера да би се обезбедило осигуравање права зајемчених према Конвенцији. Француским правом се тежило успостављању равнотеже и обезбеђивању задовољавајуће сразмере између супротстављених интереса. Сходно томе, Француска није прекорачила границу слободе одлучивања и није дошло до повреде члана 8. Конвенције."

У случају Leander против Шведске утврђено је да нема повреде ни члана 10. ни члана 8. Конвенције, јер чување и давање обавештења из тајног полицијског досијеа послодавцу подносиоца представке (морнарици), а која су се односила на приватни живот подносиоца представке, заједно са чињеницом да то није њему саопштено, по мишљењу суда није пред-

[10] Пресуда од 13. 2. 2003. године

стављало мешање у право на поштовање приватног живота, пошто само чување, односно несаопштавање тих података обезбеђује делотворност поступка провере особља које се запошљава у морнарици. И овде је интерес националне безбедности сматран претежнијим у односу на интерес појединца да му подаци о његовом приватном животу буду саопштени и утврђена негативна обавеза државе да те податке не учини доступним јавности.

Иако је веома мали број случајева везаних за слободан приступ информацијама који су регистровани пред Европским судом за људска права, међу њима има случајева у којима је утврђена повреда члана 8. Конвенције. У тим случајевима утврђено је да је пропуст државе у томе што у свом правном систему није прописала делотворан поступак за остваривање права на слободан приступ информацијама и услове под којима може да се тражи увид или оспори ускраћивање права на увид у одговарајуће податке.

Поред случаја Gaskin против Уједињеног Краљевства, у пракси се често цитира случај Mc Ginley and Egan против Уједињеног Краљевства[11] у коме се подносилац представке жалио да му локалне власти нису омогућиле увид у досије социјалне службе, који се односи на време које је провео у њиховом старатељству, а нарочито у погледу периода за који није добио никакве податке. "Европски суд је приметио да подносиоцу представке 1995. године омогућен само ограничен увид у досије, ако се упореди са документима које је суду поднела влада Уједињеног Краљевства. Уз то он није имао законско право на увид у ове податке нити је путем обавезујућег правног акта било јасно указано на разлоге на основу којих би могао да захтева увид или да оспори ускраћивање овог увида и, што је најважније, није имао могућност жалбе независном телу на ускраћивање увида у досије.

У случају Roche против Уједињеног Краљевства[12] подносилац представке се жалио да му је противно члану 8. Конвенције ускраћен одговарајући приступ подацима у погледу тестирања гаса иперита и нервног гаса, спроведених под окриљем британских оружаних снага, којима се подвргнуо у касарни Porton Down 1962. и 1963. године. Такође се жалио

[11] Пресуда од 24. 9. 2002. године

[12] Пресуда од 19. 9. 2005. године

да уверење Министарства одбране, којим се спречава сваки поступак везан за догађаје пре 1987. године, а дозвољава му се једино да поднесе захтев за војну пензију, представља повреду права на суд зајемченог чланом 6. став 1. Конвенције.

Суд је заузео став да Уједињено Краљевство није испунило своју позитивну обавезу да обезбеди делотворан и доступан поступак, који подносиоцу представке омогућава приступ свим релевантним и одговарајућим подацима ради процене опасности којој је био изложен током тестирања. Стога је дошло до повреде члана 8. Европске Конвенције о људским правима. Што се тиче члана 6. став 1. Конвенције суд је нашао да подносилац представке није имао грађанско право, признато у домаћем законодавству, које може довести до примене чл. 6. ст. 1. Конвенције, односно које му омогућава приступ суду, јер је прописима Уједињеног Краљевства изричито прописано да "ако војно особље претрпи повреде приписиве војсци, не може постојати право на поступак (пред судом), већ се примењује безусловни пензијски систем, при чему уверење министарства служи само да потврди да су повреде приписиве војсци и тиме омогући приступ том систему."

Обавезе држава

Поступак пред Европским судом за људска права не би имао никаквог смисла уколико би се ограничио само на утврђивање постојања повреде права зајемчених Конвенцијом. Стога Суд у својим одлукама, када утврди кршење неког права или постојање могућности да право буде угрожено, указује и на позитивне обавезе државе у циљу спречавања даљег кршења права.

У случају Mc Ginley and Egan против Уједињеног Краљевства суд је закључио да, када сама држава предузима активности које имају негативне последице по физичку и психичку добробит одређених лица, члан 8. Конвенције захтева да буду "утврђене делотворне и доступне процедуре" које лицу омогућују да сагледа све релевантне и одговарајуће информације ради покретања одговарајућег поступка.

Пресуда Roche против Уједињеног Краљевства је значајна за војно особље изложено отровним материјама током службе, јер наглашава позитивну обавезу државе да обезбеди "делотворан и доступан поступак" у

циљу добијања релевантних података ради процене опасности којој је учесник тестирања био изложен.

У случају Т. Р и К. М. против Уједињеног Краљевства[13] суд је закључио да позитивне обавезе могу захтевати од државе да омогући увид у релевантне информације, чак и ако појединац о коме се ради то не захтева.

У случају Кипар против Турске (Cyprus v Turkey)[14] недавање информација рођацима о несталим Кипранима грчке националности, суд је окарактерисао као трајну повреду члана 3. и 5. Конвенције, сматрајући да је дошло до пропуста власти тужене државе да спроведу "делотворну истрагу" кретања и судбине несталих Кипрана грчке националности, у погледу којих је постојала доказива тврдња да су били у Турском притвору у време њиховог нестанка, као и да је ћутање власти и непредузимање мера истраге упркос великој забринутости рођака достигло ниво озбиљности који може бити окарактерисан само као нечовечно поступање. Кроз овај пример промовисана је још једна позитивна обавеза државе, а то је да истражи шта се догодило, уколико јој то није било службено познато, и о резултатима истраге, односно прикупљеним подацима обавести заинтересована лица.

У свим овим случајевима Европски суд је утврдио да се државе морају уздржавати од активног кршења заштићених права, али је увек наглашавао да члан 1. Конвенције намеће позитивне обавезе да постоје закони неопходни за материјалну и процесну заштиту права по Конвенцији. Осим тога, правни систем мора бити тако уређен да коначну одлуку по овом питању не доносе органи јавне власти, него суд, као независна и непристрасна власт.

Доступност информација према праву Републике Србије

Комитет министара, који се стара о извршењу пресуда Европског суда за људска права, усвојио је 21. 02. 2002. године Препоруку Р (2002) 2 државама чланицама о увиду у службене документе, имајући на уму пре свега члан 19. Универзалне декларације о људским правима, чланове 6, 8. и 10. Европске конвенције о људским правима и основним слободама, као и друге конвенције, декларације и препоруке из ове области. Поштујући

[13] Пресуда од 10. 5. 2001. године

[14] Пресуда од 10. 5. 2001. године

начела изнета у овој препоруци, Народна скупштина Републике Србије је 02. 11. 2004. године донела Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја[15] који је ступио на снагу 07. 01. 2005. године.

Овим Законом предвиђено је право на слободан приступ информацијама од јавног значаја којима располажу органи власти, али су прописана и искључења и ограничења слободног приступа када је то неопходно у демократском друштву ради заштите од озбиљне повреде претежнијег интереса заснованог на уставу и закону. Искључења и ограничења слободног приступа информацијама од јавног значаја прецизно су наведена у Глави II Закона и усклађена са могућим ограничењима увида у службене документе, дефинисаним Препоруком Р (2002) 2.

Законом је уређен и поступак за остваривање овог права пред органима власти и пред Повереником, који одлучује по жалби, као самосталан и независан у вршењу своје надлежности. Против решења Повереника, решења Народне скупштине, председника Републике, Владе Републике Србије, Врховног суда Србије, Уставног суда и Републичког јавног тужиоца, дозвољено је вођење управног спора пред надлежним судом.

На овај начин у нашем правном систему је обезбеђена доступна и делотворна процедура, као и судска заштита права на слободан приступ информацијама од јавног значаја, што је суштина позитивних обавеза које се једној држави намећу кроз судску праксу Европског суда за људска права, када се доводи у питање остваривање тог права.

[15] "Службени гласник РС" бр. 120/04

Гордана Џакула,
судија Врховног суда Србије

УПРАВНО-СУДСКА ЗАШТИТА ОСУЂЕНИХ ЛИЦА ТОКОМ ИЗВРШЕЊА КАЗНЕ ЗАТВОРА

ПРАВНИ ОСНОВ ЗАШТИТЕ

Законом о извршењу кривичних санкција[1] (у даљем тексту: Закон) се (чл. 1. Закона) уређује, ако посебним законом није друкчије уређено, поступак извршења кривичних санкција према пунолетним лицима, права и обавезе лица према којима се извршавају санкције, организација Управе за извршење заводских санкција, надзор над њеним радом, извршење санкција изречених за привредне преступе и прекршаје, одузимање имовинске користи стечене кривичним делом и привредним преступом и применом мере притвора, а ако је, Законом о ратификацији међународног уговора уређено неко питање из става 1. чл. 1. Закона, примењиваће се одредбе тог Закона (ст. 2. чл. 1. Закона).

Ступањем на снагу Закона (01. 01. 2006. године), престао је да важи раније важећи Закон о извршењу кривичних санкција[2]. **Закон садржи низ нових законских решења, у односу на раније важећи Закон о извршењу кривичних санкција, чиме је извршено усклађивање са системом кривичних санкција које су прописане Кривичним законом. Нова законска решења су резултат (неопходности) циља законодавца да и у овој правној области, усклади наше законодавство са европским правним стандардима, односно међународним документима**, а посебно онима којима је прописан положај и заштита основних права и слобода (Универзална декларација о људским правима из 1948. године, Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, Међународни пакт о грађанским и поли-

[1] "Сл. гласник РС" бр. 85/2005

[2] "Сл. гласник РС" бр. 16/97 и 34/01

тичким правима, УН Конвенција против тортуре и других сурових, нечовечних или понижавајућих поступака или кажњавања, Европска конвенција за превенцију мучења, нехуманог или понижавајућег понашања и кажњавања, УН Принципи за заштиту свих особа које су притворене или затворене, УН стандардна минимална правила о поступању са затвореницима, Европска затворска правила којима се ревидирају стандардна минимална правила о поступању са затвореницима).

Прописивањем, у складу са међународним документима, низа права осуђених лица и института ("основним одредбама о положају осуђених лица према коме се извршава санкција" и одредбама о положају осуђених лица који конкретизују ове основне одредбе), као и права осуђеног на судску заштиту у управно-судском спору (чл. 165. и чл. 166. Закона), Закон даје правни основ да се спречи тортура, нечовечно или понижавајуће поступање са осуђеним лицима, омогући да се заштите и остваре основна права и слободе осуђених лица у току извршења казне затвора и да се обезбеде основни услови потребни за боравак лица у затворским установама

ЗНАЧАЈНА НОВИНА У ЗАКОНУ

Значајна новина дата Законом, у односу на раније важећи Закон о извршењу кривичних санкција, је прописивање новог правног средства - управно-судске заштите против коначне одлуке којом је осуђеном у току извршења казне затвора ограничено или повређено неко право утврђено овим Законом. Раније важећим Законом о извршењу кривичних санкција, на основу одредбе чл. 6., је била искључена могућност вођења управног спора против коначних одлука којима је одлучивано о правима и обавезама осуђених лица у току извршења кривичне санкције. Ово правно средство је прописано одредбом чл. 165. и чл. 166. Закона.

Члан 165. Закона: "Против коначне одлуке којом је осуђеном током извршења казне затвора ограничено или повређено неко право утврђено овим Законом осуђени има право на судску заштиту.

Судска заштита из става 1. овог члана остварује се у управном спору".

Члан. 166. Закона: "Тужба за судску заштиту се подноси у року од 3 дана од дана достављања одлуке.

О тужби из става 1. овог члана надлежни суд одлучиће у року од 15 дана од дана пријема тужбе.

Тужба одлаже извршење одлуке, осим у случајевима утврђеним овим Законом када жалба не одлаже извршење решења."

Циљ прописивања судске контроле у управном спору законитости одлука којима се одлучује о правима и обавезама осуђених у току извршења казне затвора, је стварање правне могућности да се санкционише повреда права осуђених прописаних Законом, која у току извршења казне затвора могу да буду често, и на различите начине угрожена и повређена. На овај начин **ово правно средство треба да представља правну гаранцију да ће осуђени да остваре и заштите права, посебно основна права и слободе која су прописана Законом.**

Значај овог правног средства, посебно са становишта наше државе, је и у томе што, у случају повреде права прописаних Законом, осуђени имају правни основ да се обрате представком Европском суду за људска права.

Наведено указује да је веома важно, не само да је Законом прописана управно-судска заштита, већ и да та судска заштита буде ефикасно правно средство које ће да омогући остваривање и заштиту Законом прописаних права осуђених лица током извршења казне затвора и да евентуална повреда тих права буде санкционисана.

Управно-судска заштита може да буде ефикасно правно средство за заштиту права осуђеног лица, само у случају да су норме, којим је ово правно средство прописано, прецизне и јасне, да су обухваћене све правне ситуације у којима могу да буду повређена права осуђеног, да су Законом прецизно прописана права осуђених чија повреда се штити у управном спору, поступак за остваривање и заштиту тих права у управном поступку, који одговара специфичности ове правне области. **У противном прописивање управно-судске заштите је само формалног карактера.**

Аутор, овим рефератом, има за циљ да (покуша) да одговор на питање да ли је Законом прописана управно-судска заштита ефикасно правно средство за заштиту права осуђених лица прописаних Законом, ради чега ће посебно дати (своје виђење) анализу Закона у погледу круга лица која имају право на управно-судску заштиту прописану одредбом чл. 165. и чл. 166. Закона, права прописана Законом која уживају управно-судску заштиту, одлука чија се законитост цени у управно-суд-

ском спору, поступак за остваривање и заштиту права у управном поступку пред органима који су надлежни за извршење казне затвора и управно-судске заштите прописане одредбом чл. 165. и чл. 166. Закона.

Лица која имају право на управно-судску заштиту

Право на судску заштиту у управном спору, на основу одредбе чл. 165. ст. 1. Закона, има осуђени током извршења казне затвора, дакле лице према коме се извршава санкција казне затвора, и то од почетка извршења казне (дан када се осуђени јавио у завод на издржавање казне - чл. 45. ст. 2. Закона, односно дан када је осуђени лишен слободе - чл. 46. Закона) до отпуштања осуђеног из завода (чл. 167. - чл. 173. Закона).

Осуђени је лице коме је правноснажном пресудом суда изречена казна затвора за кривично дело за које је оглашено кривим. По мишљењу аутора, **право на управно-судску заштиту прописану одредбом чл. 165. Закона, имају и кажњени који издржавају казну затвора изречену за прекршај.** Овакав закључак се заснива на одредби чл. 214. Закона којом је прописано да се казна затвора изречена за прекршај извршава према одредбама овог Закона, ако посебним законом није друкчије одређено, на одредби чл. 308. Закона о прекршајима[3] којом је прописано да се казна затвора извршава по Закону којим се уређује извршење кривичних санкција и да није прописана надлежност прекршајног органа за одлучивање о правима и обавезама кажњених лица током извршења казне затвора.

ПРАВА ОСУЂЕНИХ ЛИЦА КОЈА СЕ ШТИТЕ У УПРАВНО-СУДСКОМ СПОРУ

Да би се дао одговор на питање која се права осуђених лица штите у управно-судском спору применом одредбе чл. 165. Закона, потребно је претходно разјаснити да ли се прописана заштита односи само на права која су тим термином и означена у Закону или и на сва друга права која произилазе из Законом прописаних института и поступака, и заснивају се на самој чињеници да су ови институти и поступци прописани.

[3] "Сл. гласник СРС" бр. 44/89, "Сл. гласник РС" бр. 21/90. . . 55/04

До наведене дилеме долази јер су термином права осуђеног означена само права, која су прописана основним одредбама о положају осуђеног (чл. 6., чл. 7. и чл. 8. Закона) и одредбама чл. 65. - 115. Закона. Поред ових права, (која се могу означити као права у ужем смислу) Законом је прописано поступање органа надлежних за извршење казне затвора у различитим фазама извршења казне затвора (од пријема у завод до отпуштања), те су прописани и посебни институти и поступци (права у ширем смислу). Поједини институти су прописани у делу VI Главе треће Закона који носи наслов "Положај осуђеног" (премештај осуђеног - чл. 116., чл. 117. Закона, прекид извршења казне затвора одлуком директора Управе - чл. 118. Закона, опозив прекида извршења казне затвора - чл. 122. Закона). Поред ових института прописани су и накнадно распоређивање у завод осуђеног (чл. 40. Закона), разврставање осуђеног (чл. 63. Закона) и др.

Аутор је становишта, да је **интенција законодавца да се, у смислу одредбе чл. 165. Закона, управно-судска заштита односи на сва права која су прописана Законом, дакле и на права означена термином "права" (права у ужем смислу), као и на права која се остварују, односно могу бити повређена при одлучивању применом означених института, односно поступака (права у ширем смислу).** Наведени закључак се заснива на прописаном начину извршења санкција (основне одредбе о положају лица према коме се извршава санкција - чл. 6., чл. 7. чл. 8 Закона) и прописаној сврси извршења санкција (чл. 2. Закона).

У реферату ће бити само набројана права (у ужем смислу) која су прописана Законом, без анализе садржине тих права, и њихове усклађености са међународним документима (ипак аутор указује да је посебно значајно право на притужбу, прописано одредбом чл. 114. Закона, јер је притужба правно средство за заштиту повреде свих других права "у ужем смислу").

Права осуђених за време извршења казне затвора су прописана "основним одредбама о положају лица према коме се извршава санкција" - чл. 6., чл. 7., чл. 8., као и одредбама чл. 65. - 115. Закона.

Члан. 6. Закона: "Санкција се извршава на начин којим се јамчи поштовање и достојанство лица према коме се она извршава.

Забрањени су и кажњиви поступци којима се лице према коме се извршава санкција подвргава било каквом облику мучења, злостављања, понижавања или експериментисања.

Кажњива је принуда према лицу према коме се извршава санкција ако је несразмерна потребама њеног извршења".

Члан 7. Закона: "Лице према коме се извршава санкција не сме бити стављено у неравноправан положај због расе, боје коже, пола, језика, вере, политичких и других уверења, националног или социјалног порекла, имовног стања, образовањае, друштвеног положаја или другог личног својства".

Члан. 8. Закона: "Лице према коме се извршава санкција има право на заштиту основних права прописаних Уставом, ратификованим међународним уговорима, опште прихваћеним правилима међународног права и овим Законом.

Лице према коме се извршава санкција може бити ограничено у основним правима само у мери неопходној за извршење санкција у поступку прописаним овим Законом".

Одредбом чл. 65. до одредбе чл. 115. Закона су прописана следећа права осуђеног за време издржавања казне затвора:

Право на човечно поступање (чл. 65), право на смештај (чл. 66), на просторије у којима осуђени живи и ради (чл. 67), слободно време осуђеног (чл. 68), на исхрану (чл. 70. и чл. 71), на одећу, рубље и обућу (чл. 72. и чл. 73), на упућивање поднесака (чл. 74), дописивање (чл. 75), на телефонски разговор (чл. 76), на правну помоћ (чл. 77), на посете (чл. 78., чл. 79., чл. 80. и чл. 81), на боравак у посебној просторији (чл. 82. и чл. 83), на пријем пакета (чл. 84), на пријем новчаних пошиљки (чл. 85), на рад и права по основу рада (чл. 86. - чл. 100), на здравствену заштиту (чл. 101. - чл. 105), право осуђене жене која има дете (чл. 106. - чл. 108), на обавештавање (чл. 109), на образовање (чл. 110., чл. 111., чл. 112), на верска права (чл. 113), на притужбу и жалбу (чл. 114); посебна права осуђеног (чл. 115).

ОДЛУКЕ ПРОТИВ КОЈИХ ЈЕ ДОЗВОЉЕНА УПРАВНО-СУДСКА ЗАШТИТА

Правна природа одлука и поступак у коме се одлуке доносе

Коначне одлуке којима се осуђеном током извршења казне затвора ограничава или повређује неко право утврђено овим Законом, и односу

на које је дозвољена управно-судска заштита, су управни акти у смислу одредбе чл. 6. Закона о управним споровима[4] (у даљем тексту: ЗУС) и сагласно одредби чл. 1. и чл. 3. Закона о општем управном поступку[5] (у даљем тексту: ЗУП) доносе се у управном поступку прописаном Законом, као и прописаном ЗУП, и то само за она питања поступка који нису прописани Законом.

Поступак је као уређени процедурални скуп правила једини правно могућ начин да се оствари или заштити неко прописано право. Из овог разлога је неопходно да је прописан одговарајући поступак који омогућава да се заштићена права остваре.

Положај осуђених током извршења казне затвора, карактеристике Законом прописаних права осуђених и начин на који се та права могу да повреде, захтевају таква правила поступка која дају могућност да се прописана права осуђених остваре и заштите, и то брзо у кратком временском периоду. **Правила ЗУП-а, пре свега, она правила којима су прописани рокови за подношење жалбе, за поступање надлежних органа и др., нису одговарајућа за остваривање и заштиту права осуђених, па је законодавац био у обавези да Законом пропише правила поступка различита од оних прописаних ЗУП-ом. Међутим, законодавац није поступио на овај начин.**

Закон, за већину прописаних права осуђених и института није прописао посебна правила за остваривање и заштиту права, док је за нека права прописао поступак само делимично, правно недоследно и нормама које нису прецизне. Није прописан целовит и прецизан поступак ни за један од прописаних института и права осуђених.

Указаће се само на неке пропусте Закона у прописивању поступка.

Законом за већину права није прописано: начин (захтевом или по службеној дужности) на који се покреће поступак за њихово остваривање или заштиту (права прописана чл. 66., чл. 67., чл. 68. Закона и др.), орган који је надлежан да поступа и одлучује, рокове, краће од прописаних ЗУП-ом, за подношење жалбе и поступања органа (нпр. захтев за остваривање права из чл. 104. Закона).

[4] "Сл. лист СРЈ" бр. 33/97

[5] "Сл. лист СРЈ" бр. 33/97

Овај, иначе најкрупнији недостатак Закона, има за последицу правно-апсурдну ситуацију да је Законом прописан низ права осуђених лица (у складу са Међународним документима), али да се та права, у суштини, не могу да остваре и заштите, јер није прописан ефикасан механизам за њихову заштиту у управном поступку.

Имајући у виду речене недостатке Закона у погледу прописивања поступка за остваривање и заштиту права која су прописана Законом, то ће се одговор наћи у сваком конкретном случају, а судска пракса се у том смислу мора да определи.

Аутор ће навести своје мишљење само о неким питањима поступка у коме се доносе одлуке који уживају управно-судску заштиту и то:

- осуђени, ако то природа самог права прописаног Законом дозвољава, има право да поднесе захтев за остваривање права, односно за отклањање повреде тог права, као и да право штити притужбом прописаном одредбом чл. 114. Закона;

- за поступање по захтеву за остваривање права осуђеног надлежан је, у зависности од конкретног права на који се односи захтев, директор завода, односно директор Управе за извршење заводске санкције, сагласно одредби чл. 12., чл. 13., чл. 26. и чл. 27. Закона;

- против сваке одлуке директора завода, као и директора Управе за извршење заводских санкција је дозвољена жалба и то директору Управе против одлуке директора завода, а Министру правде Републике Србије против првостепене одлуке директора Управе, на основу одредбе чл. 12., чл. 18., чл. 213., чл. 214. ЗУП-а, одредба чл. 12., чл. 13., чл. 26., чл. 27. Закона и чл. 1. и чл. 28. Закона о државној управи[6].

Врсте одлука

Врста одлука против којих је одредбом чл. 165. Закона прописана управно-судска заштита је одређена правима осуђених која уживају управно-судску заштиту, као и начином на који та права могу да буду ограничена или повређена. Права осуђеног могу да буду повређена у свим фазама извршења казне затвора и одлукама донетим у тим фазама

[6] "Сл. гласник РС" бр. 79 од 16. 09. 2005. године

од пријема осуђеног, његовог развстављања у одређену васпитну групу, начина на који му је омогућен смештај, исхрана, дакле кроз одређене радње и различите одлуке које доносе службена лица, као што могу да буду повређена и применом мера за одржавање реда и безбедности, као и одлукама које су донете при примени ових мера (нпр. "усамљење" - чл. 140. Закона), и решењем којим се окончава дисциплински поступак (одредба чл. 144. - 164. Закона).

Управно-судска заштита, следствено наведеном, по мишљењу аутора је дозвољена против одлука:

- којима је одлучено о неком од права осуђеног прописаних одредбом чл. 6., чл. 7., чл. 8., чл. 65. - чл. 115. Закона;

- којима је окончан поступак прописан институтима из чл. 40., чл. 116. и чл. 117., чл. 118., чл. 122. Закона;

- којима се изриче нека од мера за одржавање реда и безбедности (посебне мере),

- којима се окончава дисциплински поступак против осуђеног.

УПРАВНО-СУДСКА ЗАШТИТА

Квалитет правне норме

Одредбе чл. 165. и чл. 166. Закона, којима је прописана управно-судска заштита осуђеног нису у сагласности са Законом о управним споровима и Законом о парничном поступку[7] (у даљем тексту: ЗПП), непотпуне су и непрецизне.

Одредба чл. 166. Закона није у складу са одредбама ЗУС-а и ЗПП-а, јер прописује краћи рок (рок од 3 дана) за подношење тужбе за судску заштиту, од рока прописаног одредбом чл. 22. ЗУС-а (тужба се подноси у року од 30 дана од дана достављања управног акта странци која је подноси) и прописује рок за одлучивање суда по тужби (15 дана). **Правна последица ове неусаглашености је да се нарушава принцип законитости,** који је један од основних принципа на којима се заснива сваки озбиљан правни систем, према коме закони морају да буду усагла-

[7] "Сл. гласник РС" бр. 125/04

шени једни са другима **и да суд примењујући одредбу чл. 166. Закона поступа противно одредбама ЗУС-а.**

У вези означене неусаглашености Закона на седници Управног одељења од 14. 04. 2006. године изјаснио се Врховни суд Србије следећим закључцима:

- због несагласности одредаба чл. 165. и чл. 166. Закона о извршењу кривичних санкција са одредбама ЗУС-а и ЗПП-а које се односе на поступање суда по неуредним и непотпуним тужбама судије овог Одељења неће моћи да примењују у потпуности процесне одредбе наведених Закона;

- у претходном поступку одређује се рок од 24 часа за отклањање неуредности тужбе;

- рок из чл. 166. ст. 2. Закона о извршењу кривичних санкција односи се на доношење одлуке од стране суда, а одлуку писмено израдити у законском року сходно одредбама ЗПП-а.

Одредба чл. 165. Закона је непрецизна јер нису јасно означена лица која имају право на управно-судску заштиту, нити су прецизно означена права чија се заштита остварује у управно-судском спору.

Непотпуност одредбе чл. 165. Закона је у пропусту да се пропише право на управно-судску заштиту и у случају да надлежни орган не одлучи о захтеву осуђеног који се односи на остваривање или заштиту права прописаног Законом. По мишљењу аутора тужба за судску заштиту се може поднети и у том случају ("ћутања администрације"), јер одлуке којима се одлучује о праву или заштити права прописаног Законом јесу управни акти у смислу одредбе чл. 6. ЗУС-а. Наведена непотпуност одредбе чл. 165., има за последицу, и да постоји правна дилема у погледу рока за подношење тужбе у овом случају.

Надлежност суда

Врховни суд Србије је надлежан да одлучује о тужбама за судску заштиту поднетим у смислу одредбе чл. 165. Закона, на основу одредбе чл. 17. ст. 1. под ђ) Закона о судовима[8], који се примењује на основу од-

[8] "Сл. гласник РС" бр. 46/91 и 71/92

редбе чл. 84. Закона о уређењу судова[9], јер је доносилац коначног управног акта директор Управе за извршење кривичних санкција која је у саставу Министарства правде Републике Србије, односно Министар правде Републике Србије, дакле републички органи.

Садржина управно-судске заштите

Смисао и циљ прописивања управно-судске заштите осуђених лица током извршења казне затвора је да повреда права осуђених лица од стране надлежних органа за извршење казне затвора, буде санкционисана, и да осуђена лица и остваре, односно заштите права која су прописана Законом.

Међутим, овај циљ је веома тешко остварити, и поред тога што је Закон прописао управно-судску заштиту. Разлог се налази у правној природи управно-судске заштите, која је одређена одредбама ЗУС-а, правној природи самог права, односно правног односа о коме се одлучује одлукама чија се законитост цени, да је Закон непрецизан и непотпун у погледу поступка за остваривање и заштиту права и у чињеници да је Закон прописао да надлежни орган по правилу одлучује на основу слободне оцене.

Стварни домашај управно-судске заштите је ограничен самим законским решењима датим у ЗУС-у, тако да се управно-судска заштита састоји и своди на оцену законитости коначних одлука којима се осуђеном током извршења казне затвора ограничава и повређује неко право, као и у обавези, прописаној одредбом чл. 61. и чл. 63. ЗУС-а, доносиоца коначне одлуке да у случају да је његов акт поништен у управном спору, у року од 30 дана, од достављања пресуде, донесе нову одлуку, с тим што је у поновном поступку везан правним схватањем, као и примедбама суда. Непоступање доносиоца акта сходно обавези прописаној одредбом чл. 61. и чл. 63. ЗУС-а санкционисано је само кроз овлашћење суда да, ако су за то испуњени услови, поништи и новодонети акт, односно да донесе управни акт. ЗУС, међутим, није прописао и неке друге санкције (за разлику од Закона неких земаља Западне Европе који садрже и казнене одредбе) и то у односу на доносиоце акта.

[9] "Сл. гласник РС" бр. 63/2001, 42/2002, 27/2003 и 29/2004

Практичан значај судске заштите посебно је ограничен обзиром да је велики број одлука надлежан орган овлашћен да донесе по слободној оцени, сагласно чл. 5. ст. 2. ЗУП-а, из ког разлога је и оцена законитости тог акта ограничена у смислу одредбе чл. 10. ст. 2. ЗУС-а, као и обавезност пресуде суда у односу на акте донете по слободној оцени.

Суд је у управном спору, код оцене одлука донетих по слободној оцени, овлашћен само да испита и цени да ли је орган материјалним прописом био овлашћен на решавање по слободној оцени, да ли је решење донето у границама тог овлашћења у складу са циљем у коме је овлашћење дато, правилност проведеног поступка, али није овлашћен да цени саму целисходност одлуке.

Управно-судска заштита је у великој мери ограничена и непрецизношћу и непотпуношћу самог Закона у погледу поступка за остваривање и заштиту права осуђених лица тако да и у случају када суд у управном спору поништи коначну одлуку право осуђеног се практично не може да оствари, јер су рокови за поступање надлежног органа, прописани ЗУП-ом, сувише дуги.

Речени проблеми, остваривања управно-судске заштите права осуђених лица током извршења казне затвора, (који су само један део проблема) **по мишљењу аутора,** су доказ да **управно-судска заштита прописана одредбом чл. 165. још увек не представља делотворну судску заштиту права осуђених, нити гаранцију да ће та права која су прописана Законом стварно бити остварена и заштићена.**

Судска пракса

Закон је ступио на снагу 01. 01. 2006. године, из ког разлога је Врховном суду Србије до писања овог реферата, поднет релативно мали број тужби, па је цењена законитост малог броја одлука. То је разлог да се судска пракса, до сада, није изјаснила о многим питањима која јесу спорна у примени Закона.

Судска пракса се изјаснила у погледу права која се штите у управно-судском спору (прихваћено је становиште да се штите права у ширем смислу), тако што је поступано по тужбама, и ако су за то били испуњени процесни услови, одлучивано мериторно пресудом о тужбама којима су оспорене одлуке којима се решавало о премештају осуђених из једног за-

вода у други (институт прописан одредбом чл. 116. Закона)[10], као и против одлука директора Управе за извршење заводских санкција о накнадном распоређивању осуђених лица (институт прописан одредбом чл. 40. Закона)[11] и одлука којима се одлучивало о молби за прекид издржавања казне затвора (институт прописан одредбом чл. 118. Закона)[12].

Анализа оспорених одлука чија је законитост цењена пред Врховним судом Србије указује да је већина одлука донета у поступку из чл. 40., чл. 116., чл. 118. и чл. 114. Закона, по слободном овлашћењу, у скраћеном поступку и да образложења одлука не садржи све што је прописано из чл. 199. ст. 2. и ст. 3. ЗУП-а, јер није наведено утврђено чињенично стање, докази на основу којих је чињенично стање утврђено и разлози који су руководили орган за одлучивање, што је био и разлог да се пресудама пониште ове одлуке.

Наведена анализа управно-судске заштите прописане одредбом чл. 165. и чл. 166. Закона, по ставу аутора, даје следеће

ЗАКЉУЧКЕ

1. Закон о извршењу кривичних санкција прописао је, у складу са европским стандардима, права и положај осуђених лица током извршења казне затвора, као и управно-судску заштиту против коначних одлука којима су осуђенима током извршења казне затвора ограничена или повређена нека права прописана овим Законом. На овај начин је извршено усклађивање са европским стандардима законодавства наше државе и у области извршења кривичних санкција.

2. Закон није прописао целовит и одговарајући поступак за остваривање и заштиту права осуђених током извршења казне затвора, из ког разлога је остваривање и заштита права осуђених отежано, а у појединим случајевима и потпуно онемогућено. Овај, најзначајнији недостатак Закона, се има отклонити изменама и допунама Закона, које ће садржати и решења сагласна ставовима, које ће о појединим питањима, заузети судска пракса, при одлучивању у овој врсти управног спора.

---

[10] Пресуде У. 1165/06 од 18. 04. 2006. године, У. 1884/06 од 20. 04. 2006. године

[11] Пресуде У. 1658/06 од 17. 04. 2006. године, У. 1717/06 од 20. 04. 2006. године

[12] Пресуда У. 1334/06 од 17. 04. 2006. године

3. Смисао и циљ, одредбом чл. 165. и чл. 166. Закона, прописане управно-судске заштите против коначне одлуке којом је осуђеном током извршења казне затвора ограничено или повређено неко право утврђено Законом, је да повреда права осуђених лица, од стране надлежних органа за извршење казне затвора, буде санкционисана и да прописана права осуђена лица и остваре, односно заштите.

4. Управно - судска заштита осуђених лица током извршења казне затвора, још увек не представља делотворну судску заштиту права осуђених, нити гаранцију да ће та права која су прописана Законом стварно бити остварена и заштићена. Како се ова судска заштита односи на права осуђених током извршења казне затвора, чија повреда, представља правни основ да се осуђени обрате за заштиту Европском суду за људска права, то наша држава мора да предузме све што је потребно (доношење одговарајућих закона, обезбеђење материјалних средстава за рад органа који су надлежни за извршење казне затвора и надлежног суда и др.) да се створе услови да прописана управно-судска заштита буде делотворно средство заштите прописаних права.

Обрад Андрић,
судија Врховног суда Србије

ЗАШТИТА ПОСЛАНИЧКОГ МАНДАТА

1. ИЗБОРНО ПРАВО И РАСПОДЕЛА МАНДАТА

У Републици Србији вишестраначки систем је уведен Уставом Републике Србије који је донела "једностраначка" скупштина Социјалистичке Републике Србије, на заједничкој седници свих већа, 28. 9. 1999. године. Први вишестраначки парламентарни избори за Народну скупштину Републике Србије одржани су 9. 12. 1990. године и само је на овим изборима прихваћена расподела посланичких мандата према већинском изборном моделу. На свим каснијим парламентарним изборима, редовним и превременим, примењен је принцип пропорционалне расподеле мандата[1] према систему највећег количника[2]. У расподели мандата учествују само изборне листе које су добиле најмање 5% гласова од укупног броја гласова бирача који су гласали у изборној јединици. Политичке странке националних мањина и коалиције политичких странака националних мањина учествују у расподели мандата и када не пређу овај изборни цензус[3].

Према члану 2. Устава Републике Србије, сувереност припада свим грађанима Републике Србије, а грађани остварују сувереност референдумом, народном иницијативом и преко својих слободно изабраних представника.

Изборно право је једно од основних политичких права гарантованих Уставом Републике Србије. Одредбама члана 42. Устава утврђено је следеће: "Грађанин који је навршио 18 година живота има право да бира и да буде би-

[1] Према члану 4. став 1. и 2. Закона о избору народних посланика посланици се бирају у Републици Србији, као једној изборној јединици, на основу изборних листа, а посланички мандати се расподељују сразмерно броју добијених гласова.

[2] Систем највећег количника је упрошћена варијанта Донтовог система који је ближе регулисан чланом 82. Закона о избору народних посланика.

[3] Види: члан 81. став 2. Закона о избору народних посланика.

ран у Народну скупштину и друге органе и изборна тела. / Избори су непосредни, бирачко право је опште и једнако, а гласање је тајно. / Кандидата за народног посланика и за друге органе и изборна тела може предложити политичка странка, друга политичка организација или група грађана".

Полазећи од оваквог Уставног одређења, под изборним правом се најчешће подразумева само активно и пасивно бирачко право. Међутим, садржина изборног права је много шира, јер поред права грађанина да бира и да буде биран оно обухвата и право предлагања кандидата и кандидовања, право грађанина да буде уписан у бирачки списак и захтева измену података унетих у бирачки списак, право бирача и других учесника избора да буду благовремено, истинито, објективно и непристрасно информисани о кандидатима за посланике и њиховим изборним програмима, право на учествовање у органима за спровођење избора, право на контролу избора и на коришћење института заштите изборног права у случајевима када је оно повређено.[4]

Изборно право подразумева и право посланика на несметано уживање посланичког мандата[5] из чега произлази и право на заштиту мандата у случају његовог престанка.

2. УСЛОВИ СТИЦАЊА И РАЗЛОЗИ ПРЕСТАНКА ПОСЛАНИЧКОГ МАНДАТА

2. 1. Услови стицања мандата

Услови који се траже да би неко лице могло да буде изабрано за посланика утврђени су у члану 42. став 1. Устава Републике Србије, без икаквог упућивања на закон. Ово стога, што се услови за стицање избор-

[4] Види: Катарина Манојловић - Андрић, Заштита изборног права пред Врховним судом Србије, Билтен судске праксе Врховног суда Србије број 4, Београд, 2002. године.

[5] У Завршном документу Организације за европску безбедност и сарадњу на Другом заседању Конференције о људској димензији у Копенхагену 1990. године, државе чланице су се поред осталог, обавезале да ће обезбедити да кандидати који добију потребан број гласова у складу са законом на време преузму дужност и да ће им дозволити да остану на тој дужности док им мандат не истекне, или док се не оконча на други начин прописан Законом и у складу са демократским парламентарним и уставним процедурама.

ног права наведени у Уставу не могу проширивати законом. Ипак, чланом 10. Закона о избору народних посланика[6] (у даљем тексту: Закон), поред услова наведених у Уставу, предвиђена је и пословна способност као додатни услов. У наведеном члану услови за активно и пасивно бирачко право су изједначени.

Посланик мора да ужива бирачко право, јер онај ко нема право да бира, не може да буде ни изабран. Неопходна животна доб посланика је изједначена са пунолетством (18 година). Посланик мора бити грађанин Републике Србије који има пребивалиште на њеној територији. Посебан услов за остваривање активног и пасивног бирачког права предвиђен Законом је југословенско држављанство. На свим до сада одржаним парламентарним изборима у Републици Србији за посланике су могли бити бирани југословенски држављани, без обзира на то да ли имају држављанство Републике Србије, или неке друге републике у саставу заједничке државе. Тек је чланом 4. Закона о држављанству Републике Србије[7] прописано да држављанин друге државе чланице Србије и Црне Горе на територији Републике Србије има једнака права и обавезе као њен држављанин, изузев изборног права, али ова одредба није инкорпорирана у изборно законодавство Републике Србије, а у међувремену је државна заједница Србија и Црна Гора престала да постоји.

Посланик може постати само оно лице које је било кандидат на изборној листи којој је Републичка изборна комисија доделила мандате применом система највећег количника. Закон се определио за тзв. чврсту или блокирану изборну листу за коју бирачи гласају у целини. Редослед на листи, по правилу, није од утицаја на добијање мандата, јер подносилац изборне листе може добијене посланичке мандате доделити кандидатима не водећи било каквог рачуна о њиховом редоследу. Само у случају када подносилац изборне листе не достави изборној комисији податке о кандидатима са изборне листе којима се додељују добијени посланички мандати, Републичка изборна комисија ће посебним решењем све добије-

[6] "Службени гласник РС", бр. 35/2000, 69/2002, 57/2003, 72/2003, 18/2004, 85/2005 и 101/2005

[7] "Службени гласник РС", број 135/2004

не мандате са те изборне листе доделити кандидатима са листе према њиховом редоследу на листи.[8]

Републичка изборна комисија издаје посланику уверење да је изабран (члан 87. Закона). На основу издатих уверења и извештаја изборне комисије, Народна скупштина Републике Србије врши верификацију мандата. Верификација мандата се може сматрати завршном техничком радњом у изборном поступку, тако да се верификовани мандати више не могу оспоравати због изборних неправилности.[9]

2. 2. Разлози престанка мандата

Основи престанка посланичког мандата, поступак утврђивања престанка мандата, као и попуњавање упражњених посланичких места, уређени су Законом.[10]

Разлози престанка мандата таксативно су наведени у члану 88. став 1. Закона. То су најпре разлози неизборности који настају отпадањем неког од услова за уживање пасивног бирачког права. Тако се мандат не може задржати када посланик буде лишен пословне способности (тачка 4), у случају губљења држављанства (тачка 6) и када посланику престане пребивалиште на територији Републике Србије (тачка 7). Посланички мандат престаје и ако је посланик правноснажном судском одлуком осуђен на казну затвора безусловно у трајању од најмање 6 месеци (тачка 3). При томе, није битна природа дела, већ само врста и висина изречене казне. Несагласност парламентарног мандата са другим функцијама тзв. парламентарна инкопатибилност је, такође, један од основа за престанак мандата. По овом основу, посланику престаје мандат преузимањем посла или функције који су, према овом Закону, неспојиви са функцијом посланика (тачка 5). Мандат посланика престаје и из разлога који су искључиво везани за личност посланика. То су подношење оставке (тачка 2) и смрт посланика (тачка 8).

---

[8] Види: члан 83. Закона

[9] Види: Драган М. Стојановић, Правни положај посланика, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, 1999. година.

[10] Чланом 74. став 3. Устава је утврђено да се избор и престанак мандата народних посланика и образовање изборних јединица уређује Законом.

У току последњег скупштинског сазива оставка посланика је била најчешћи основ престанка посланичког мандата. Поједини случајеви престанка мандата по овом основу изазвали су бурне полемике, па и оспоравања у јавности. Расправе у научним круговима поводом ових случајева првенствено су се односиле на питања о томе како се подноси оставка, коме се подноси, од ког момента се може поднети, као и да ли се и до ког момента може опозвати.

У ранијој парламентарној пракси код нас најчешћи разлози за престанак мандата били су престанак чланства у политичкој странци или коалицији на чијој изборној листи је изабран посланик (некадашња тачка 1) и брисање из регистра политичке странке, односно друге политичке организације на чијој је изборној листи посланик изабран (некадашња тачка 9).

Одлуком Уставног суда Републике Србије I У број 197/02 од 27. 5. 2003. године[11] утврђено је да одредбе члана 88. став 1. тачка 1. и 9. Закона о избору народних посланика ("Службени гласник РС", број 35/2000) нису у сагласности с Уставом. У образложењу те одлуке, поред осталог, је наведено: "Народни посланик, као носилац јавне функције у државном органу, као што је Народна скупштина, има Уставом загарантовану слободу у представљању оних који су га бирали и не може бити везан правно обавезујућим налозима политичких партија, односно коалиција, чије би непоштовање могло имати за последицу престанак мандата... Народни посланик коме је престало чланство у политичкој странци, односно у коалицији са чије листе је изабран, може имати политичку и моралну обавезу да врати мандат, односно поднесе оставку, али правна обавеза није Уставом конституисана... Без обзира да ли су кандидати предложени на униноминалним или пропорционалним изборима, да ли их предлаже на основу члана 42. став 3. Устава политичка странка или коалиција, друга политичка организација или група грађана, својство посланика се стиче искључиво чином избора, односно једино вољом бирачког тела... Судбина мандата народног посланика не може се законом непосредно везати за статусне и организационе промене политичке странке, односно друге политичке организације која их је кандидовала за народног посланика".

[11] "Службени гласник РС", број 57/2003

3. ЗАШТИТА МАНДАТА

Народни посланик има мандат који је у правном смислу слободан. Законски разлози престанка мандата указују на то да се мандат посланику не може одузети ни одлуком бирача, ни захтевом носиоца изборне листе на којој је био кандидован. Да би се посланику омогућило несметано обављање јавне функције у Народној скупштини ослобођено притисака ма које врсте, његов положај и независност се обезбеђују посебним гаранцијама. У ове парламентарне гаранције спадају: парламентарни имунитет, парламентарна инкопатибилност и парламентарни индемнитети.

Гаранције парламентарног имунитета су утврђене у члану 77. Устава и пре свега се односе на заштиту слободе говора и слободе личности посланика. Парламентарна неодговорност искључује позивање посланика на било који облик правне одговорности[12] за изражено мишљење или давање гласа у Народној скупштини. Посланичка неповредивост искључује меру притвора и вођење кривичног поступка против посланика за радње и дела која не стоје у непосредној вези са његовом парламентарном делатношћу. Народна скупштина може одлучити да се примени имунитет према народном посланику иако се сам на њега није позвао, када је то потребно ради вршења његове функције (члан 77. став 5. Устава).

Парламентарна инкопатибилност значи неспојивост посланичке функције са другим пословима и функцијама наведеним у члану 11. став 1. Закона. Она у извесној мери ограничава посланика, али је уведена као гаранција независности посланичког мандата.

Посланички индемнитети обухватају различите врсте накнада и принадлежности које имају посланици. Циљ њиховог увођења није био да се посланици ставе у привилегован положај у односу на носиоце других јавних функција, већ да се за народне представнике изаберу и грађани који нису имућни, а који без овакве врсте материјалне потпоре не би били у стању да обављају посланичку функцију. Посланички индемнитети треба да спрече корупцију посланика и утицај моћних политичких и економских група на доношење одлука у парламенту.

[12] Посланик може сносити дисциплинску одговорност у складу са одредбама Пословника Народне скупштине.

За несметано вршење посланичког мандата изузетно је важно да он буде заштићен од његовог произвољног одузимања. Ова заштита се мора обезбедити у поступку одлучивања о престанку мандата и то у одговарајућем судском поступку. Ово стога што је пасивно бирачко право гарантовано Уставом, а чланом 12. став 4. Устава утврђено је да се обезбеђује судска заштита слобода и права зајемчених и признатих Уставом. Поред тога, чланом 22. Устава је утврђено да свако има право на за све једнаку заштиту својих права у поступку пред судом, другим државним или било којим органом или организацијом, као и да је свакоме зајемчено право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се решава о његовом праву или на закону заснованом интересу.

4. МОГУЋНОСТ ЗАШТИТЕ ПОСЛАНИЧКОГ МАНДАТА У СУДСКОМ ПОСТУПКУ

4. 1. Могућност заштите посланичког мандата у изборном спору

Разлоге престанка мандата народног посланика, на основу овлашћења из члана 67. Пословника Народне скупштине Републике Србије[13] разматра Административни одбор и о томе подноси Народној скупштини извештај са предлогом за доделу мандата новом народном посланику, на начин прописан законом.

Према одредби члана 88. став 3. Закона, дан престанка мандата констатује Народна скупштина Републике Србије на првој наредној седници после пријема обавештења о разлозима за престанак мандата.

Законом није прописан даљи поступак одлучивања о престанку мандата.

Наиме, чланом 7. Закона је прописано да заштиту изборног права обезбеђују Републичка изборна комисија, Врховни суд Србије и надлежни судови. Међутим, заштита пасивног изборног права није обухваћена прописаним поступком правне заштите изборног права у Закону.

Поступак заштите изборног права прописан одредбама члана 94. - 97. односи се само на одлуке, радње и пропусте којима је повређено из-

[13] "Службени гласник РС", бр. 69/94, 70/94, 4/01, 15/01, 18/01, 59/01, 60/01, 62/01, 30/02, 32/02, 57/03, 12/04, 16/04, 29/04, 54/04, 53/05 и 56/05

борно право у току избора, дакле од момента расписивања избора до момента објављивања резултата избора. То се може закључити на основу субјеката који уживају правну заштиту, као и на основу одлука и радњи које се могу оспоравати због повреде изборног права. Субјекти заштите изборног права су: бирач, кандидат и подносилац изборне листе (члан 95. став 1), али не и народни посланик. Републичкој изборној комисији се могу поднети приговори због повреде изборног права у току избора или неправилности у поступку предлагања односно избора (члан 95. став 1), као и против одлуке, радње или пропуста бирачког одбора (члан 95. став 2). Против сваког решења донетог по приговору може се изјавити жалба Врховном суду Србије. Законом није утврђена надлежност Врховног суда Србије да одлучује о законитоти аката Народне скупштине којима се утврђује постојање разлога за престанак мандата народног посланика, односно констатује престанак мандата.

Уставни суд Србије је према члану 125. став 1. тачка 7. Устава, надлежан да одлучује о изборним споровима који нису у надлежности судова или других државних органа. Та надлежност, која је ближе уређена Законом о поступку пред Уставним судом и правном дејству његових одлука,[14] међутим, не односи се на тзв. постизборне спорове. Ово стога, што захтев за одлучивање о изборном спору који није у надлежности судова или других државних органа, такође, не може поднети народни посланик, већ бирач, кандидат за председника Републике, посланика, односно одборника и подносилац предлога кандидата (члан 31). Уставни суд доставља један примерак поднетог захтева за одлучивање о изборном спору органу за спровођење избора у вези са чијом активношћу се изборни спор покреће, са налогом да у одређеном року достави одговор и потребне изборне акте, односно документацију (члан 32). Ако је неправилност у изборном поступку доказана, а имала је битан утицај на изборни резултат, Уставни суд ће одлуком поништити цео изборни поступак или делове тог поступка, који ће се у року од 10 дана од дана достављања одлуке Уставног суда поновити (члан 33).

Из свега наведеног произлази да ни Врховни суд Србије, а ни Уставни суд Србије нису надлежни за правну заштиту посланичког мандата у изборном, односно постизборном спору. У случају престанка ман-

[14] "Службени гласник РС", број 32/91

дата не може се говорити о спору насталом у изборном процесу, већ о престанку пасивног бирачког права стеченог у поступку избора.

Врховни суд Србије је у свом решењу У 6810/05 од 2. 11. 2005. године, којим је одбачена тужба поднета против одлуке Административног одбора којом је одбијен предлог да се утврде разлози за престанак мандата посланика, навео да се у смислу члана 95. и 97. Закона о избору народних посланика, поступак за заштиту изборног права може од законом овлашћених лица покренути и спроводити пред судом у жалбеном поступку само у току и до окончања избора, али не и касније.

Уставни суд Србије је у донетим одлукама заузео став према коме изборни спор не обухвата акте и радње после легално објављеног избора, тј. акте који се односе на престанак посланичког мандата.[15] У предмету I У број 435/2004 тај суд је изнео став да "Уставни суд није надлежан за оцену захтева за заштиту изборног права поводом констатације Народне скупштине Републике Србије о престанку мандата народном посланику подношењем оставке".[16]

4. 2. Могућност заштите посланичког мандата у управном спору

У пракси Врховног суда Србије, али и у стручној јавности, поставило се питање да ли мандат народног посланика ужива заштиту у управном спору. Врховни суд Србије је у својим одлукама дао негативан одговор на ово питање, али су те одлуке биле предмет критике појединих правних стручњака.

Законом о управним споровима[17] прописано је да право покретања управног спора има појединац или правно лице ако сматра да му је управним актом повређено какво право или непосредни лични интерес заснован на Закону (члан 2. став 1). Управни акт, у смислу овог Закона, јесте акт којим државни орган и предузеће или друга организација у вршењу јавних овлашћења решава о одређеном праву или обавези физичког лица или правног лица или друге странке у управној ствари (члан 6. став 2).

---

[15] Види: Решење Уставног суда Србије I У број 124/99 од 2. 3. 2000. године.

[16] Види: Билтен Уставног суда Србије број 1/2005

[17] "Службени лист СРЈ", број 46/96

Да ли је одлука Народне скупштине Републике Србије, донета на основу члана 88. став 3. Закона о избору народних посланика, којом се констатује дан престанка мандата на основу обавештења (извештаја) Административног одбора о разлозима престанка мандата посланика, управни акт?

Врховни суд Србије је у својим одлукама[18] изнео правни став према коме акт Народне скупштине Републике Србије којим се констатује дан престанка мандата нема карактер управног акта у смислу члана 6. Закона о управним споровима, због чега су поднете тужбе биле одбачене применом члана 28. став 1. тачка 2. истог Закона.

Да би један акт имао својство управног акта у смислу овог прописа, он мора испуњавати услове у погледу доносиоца, мора бити ауторитативан, решавајући (правно дејство), појединачан (конкретност) акт, и мора бити донесен у управној ствари.[19] У својим последњим одлукама, Врховни суд Србије је оценио да предметни акти Народне скупштине немају решавајући карактер, јер не решавају о одређеном праву или обавези физичког лица у управној ствари.

Акт Народне скупштине којим се констатује дан престанка мандата, и поред свог декларативног карактера, по мом мишљењу, има решавајуће, односно непосредно правно дејство. Од дана његовог доношења за странку, у овом случају народног посланика, наступају непосредне правне последице, јер он више не може обављати функцију посланика.

Сматрам, међутим, да спорни акт, и поред своје ауторитативности, конкретности и решавајућег карактера, није донет у управној ствари.

Изборни систем и изборно право спадају у уставну, а не управну категорију. Изборно право (активно и пасивно) је по својој суштини индивидуално политичко право зајемчено Уставом, које се уређује, остварује и штити у поступку прописаном посебним законом (Законом о избору народних посланика).

Спровођење изборног поступка није поверено органима управе, јер по својој садржини не спада у управну област, већ посебним изборним орга-

---

[18] Види: решење Врховног суда Србије У. 1128/99 од 31. 3. 1999. године, У. 5540/04 од 1. 6. 2005. године и У. 7792/05 од 28. 12. 2005. године.

[19] Види: Вера Бачић и др Зоран Томић, Коментар Закона о управним споровима са судском праксом, "Службени лист СРЈ", 2002. година.

нима које именује скупштина. Надлежност судова за одлучивање у поступку заштите изборног права прописује се изборним законима, односно законима на које они упућују, што је последица специфичне садржине правне ствари о којој се одлучује. Уколико би се прихватио закључак да правне ситуације везане за стицање и престанак мандата представљају управну ствар, не би постојала никаква потреба да се надлежност суда да о њима одлучује, уређује изборним законодавством, већ би се примењивали општи прописи о уређивању надлежности судова. Треба имати у виду и то да се у већини европских земаља, управо због правне природе изборног права заштита тог права обезбеђује пред уставним судом, а не редовним судом.

С обзиром на наведено, мишљења сам да акт Народне скупштине Републике Србије којим се констатује дан престанка мандата народном посланику, нема карактер управног акта у смислу члана 6. став 2. Закона о управним споровима, јер није донет у управној ствари, због чега Врховни суд Србије не може оцењивати његову надлежност у управном спору.

4. 3. Могућност заштите посланичког мандата у поступку по уставној жалби и жалби грађана

Одредбом члана 124. став 1. тачка 6. Устава СРЈ[20] било је утврђено да Савезни уставни суд одлучује о уставним жалбама због повреде појединачним актом или радњом слобода и права човека и грађанина утврђених овим Уставом, а одредбом члана 128. да Савезни уставни суд одлучује о уставној жалби када није обезбеђена друга правна заштита.

Полазећи од тога да је бирачко право (активно и пасивно) гарантовано чланом 34. Устава СРЈ, а да "важећим правним системом у Републици Србији правна заштита наведеног Уставног права није обезбеђена", Савезни уставни суд је у предмету Уж број 25/2002 оценио да је надлежан за одлучивање о уставним жалбама 21 подносиоца, који су сматрали да су им незаконито одузети мандати народних посланика појединачним актом Административног одбора од 11. 6. 2002. године и констатацијом Народне скупштине Републике Србије од 12. 6. 2002. године. Савезни уставни суд је 26. 7. 2002. године донео Одлуку којом је уважио поднете жалбе, поништио акт - Извештај Административног одбора Народне скупштине

[20] "Службени лист СРЈ", број 1/92

Републике Србије и одредио враћање одузетих посланичких мандата подносиоцима уставних жалби. После скоро 12 година вишестраначког парламентаризма у Републици Србији ово је била прва, али нажалост, и последња одлука којом је један суд, прихватајући надлежност за одлучивање о престанку посланичких мандата, пружио правну заштиту посланицима којима су мандати незаконито одузети.

Након престанка рада Савезног уставног суда, надлежност за одлучивање по тзв. уставној жалби, односно жалби грађана, била је поверена чланом 46. став 1. алинеја 3. Уставне повеље[21] и чланом 9. став 2. Повеље о људским и мањинским правима и грађанским слободама[22] Суду Србије и Црне Горе.

Пред Судом Србије и Црне Горе били су покренути поступци у 3 предмета по жалбама грађана којима су оспоравани акти Народне скупштине Републике Србије којима је констатован престанак мандата 5 народних посланика. Тај суд је прихватио надлежност за одлучивање по поднетим жалбама оцењујући да заштита пасивног бирачког права у конкретним случајевима није обезбеђена у Републици Србији, ни пред Врховним судом Србије, а ни пред Уставним судом Србије. Међутим, поступци у овим предметима нису окончани због престанка рада Суда Србије и Црне Горе. Прецизније речено, поступци су обустављени на основу члана 4. став 3. Уредбе о положају институција бивше Србије и Црне Горе и служби Савета министара ("Службени гласник РС", број 49/2006), јер ниједан суд у Републици Србији није надлежан да преузме ове нерешене предмете и поступа по жалбама грађана (уставним жалбама)[23].

4. 4. Немогућност заштите посланичког мандата у судском поступку

Имајући у виду све наведено, може се закључити да у Републици Србији тренутно није обезбеђена правна заштита посланичког мандата у случају његовог престанка, односно да постоји немогућност заштите стеченог па-

[21] "Службени лист СЦГ", број 1/2003

[22] "Службени лист СЦГ", број 6/2003

[23] Чланом 125. Устава Републике Србије није утврђена надлежност Уставног суда Србије да одлучује о уставној жалби.

сивног бирачког права у било ком судском поступку. Ову правну празнину неопходно је што пре попунити доношењем одговарајућих прописа.

Сматрам да би наведени проблем у остваривању уставности и законитости у области Уставом зајемченог изборног права грађана требало отклонити, пре свега, одговарајућим уставним решењима. Нови Устав би поред постојећих гаранција изборног права, требало да гарантује и заштиту посланичког мандата у току његовог трајања у посебном судском поступку.

Према мом мишљењу, било би најцелисходније да се до доношења новог устава изврши измена и допуна Закона о избору народних посланика или Закона о поступку пред Уставним судом и правном дејству његових одлука. Сматрам да је примереније решење да о заштити одузетог посланичког мандата одлучује онај суд који је био надлежан да одлучује о његовом стицању, а то је Врховни суд Србије. Такво решење захтевало би допуне одредаба о заштити изборног права у Закону о избору народних посланика, које би се морале хитно извршити пред Народном скупштином Републике Србије. У супротном, због одсуства правне заштите мандата народног посланика у позитивним прописима Републике Србије, могло би се поставити питање повреде права на делотворни правни лек гарантованог чланом 13. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.

ЗАКЉУЧАК

1. Изборно право, поред осталог, подразумева право народног посланика на несметано уживање посланичког мандата из чега произлази и право на заштиту мандата у случају његовог престанка;

2. Положај и независност посланичке функције се гарантују: парламентарним имунитетом, парламентарном инкопатибилношћу и парламентарним индемнитетима, али се морају обезбедити и заштитом посланичког мандата од произвољног одузимања;

3. О престанку посланичког мандата се не може одлучивати у изборном спору пред Врховним судом Србије и Уставним судом Србије, управном спору пред Врховним судом Србије, а од престанка рада Суда Србије и Црне Горе ни у поступку по жалби грађана;

4. Ову правну празнину неопходно је што пре попунити доношењем одговарајућег прописа.

Весна Даниловић,
саветник Врховног суда Србије

САГЛАСНОСТ НА ЕЛАБОРАТ О ОПРАВДАНОСТИ ОСНИВАЊА ФАКУЛТЕТА, ОДНОСНО УНИВЕРЗИТЕТА*

Нормативно решење оснивања универзитета, односно факултета чији оснивач није Република

Имајући у виду да сам за тему овог рада изабрала питање поступка и начина оснивања универзитета, односно факултета (чији оснивач није Република) прописаног Законом, који је престао да важи, осећам потребу да, најпре, укратко дам своје разлоге "о оправданости писања на ову тему".

Наиме, разматрањем (анализом) чл. 12. и чл. 13. Закона на основу којих су одговарајући органи, одн. тела доносили своје одлуке (одн. претходно давали своја мишљења) које су биле предмет оспоравања тужбом поднетом код Врховног суда Србије у управном спору, желим да укажем на проблем који може да настане у практичној реализацији правних норми из којих (би) правни субјект (требало да) црпи своје право, а у ситуацији када те норме нису до краја изведене како би и практично довеле до остваривања тог права, а потом се, као последица таквог непрецизног, до краја неизведеног и незаокруженог датог норматива, догађа и то да, за тако прописано право, уколико се датом правном субјекту не омогући да га оствари одлуком надлежног органа-фактички не добије ни **ефикасну заштиту** код надлежног суда.

Када кажем **ефикасну заштиту** код надлежног суда, мислим на могућност мериторног одлучивања по његовој тужби изјављеној против одлука, у овом случају, надлежног републичког органа, донетих на основу истих тих норми, о којима је реч.

---

* **Напомена:** у питању је разматрање нормативног решења датог у Закону о универзитету ("Сл. гласник РС" бр. 21/02) - у даљем тексту: Закон, који је престао да важи 10. 09. 2005. године даном ступања на снагу Закона о високом образовању ("Сл. гласник РС" бр. 76/05)

Дакле, желим да укажем на проблем практичне примене недоследне, непрецизне и "незаокружене" норме, која може довести (и доводи) до отежаног остваривања (или чак неостваривања) права правног субјекта и отежане могућности његове правне заштите, која се чак граничи и са одсуством такве заштите.

Оснивање универзитета и факултета у складу са Законом

Законом у чл. 10. ст. 1. прописно је да универзитет и факултет може основати Република, правно и физичко лице. У складу са чл. 12. ст. 1-5 Закона, универзитет, односно факултет може почети са радом и обављати делатност ако испуњава кадровске, просторне и техничке услове, које прописује министарство просвете и спорта на предлог Републичког савета за развој универзитетског образовања. Министарство просвете и спорта утврђује испуњеност услова за почетак рада и обављање делатности универзитета, односно факултета. **Оснивач уз захтев за утврђивање испуњености услова за почетак рада и обављање делатности** универзитета, односно факултета, подноси **доказе о испуњености услова**. Против **решења којим се одбија захтев за оснивање универзитета, односно факултета може се водити управни спор**.

Одредбама чл. 13. ст. 2-5. Закона прописано је да у поступку оснивања универзитета, односно факултета, чији оснивач није Република, оснивач доноси елаборат о оснивању. **Елаборат** из ст. 2. садржи **разлоге** за оснивање, **услове** које обезбеђује оснивач за почетак рада и обављање делатности и **предлог** наставног плана и програма студија. **Оснивач** (из ст. 2. овог члана) доноси **акт о оснивању** универзитета, односно факултета, по прибављеној сагласности из ст. 4. овог члана.

Републички савет за развој универзитетског образовања (у даљем тексту: Републички савет), у складу са чл. 115. Закона образовала је Влада. Овај савет су у складу са чл. 116. Закона сачињавали ректори и проректори Универзитета у Републици и десет чланова које је именовала Влада, при чему је Републички савет, у складу са чл. 117. Закона имао **председника**, који је биран из реда чланова Републичког савета (дакле, именованих од стране Владе), а његов председник је, у конкретном случају, био Министар просвете и спорта. Овај Савет је, између осталог, и то у складу са чл. 118. ст. 1. тач. 1. и тач. 5. утврђивао предлог услова за поче-

так рада и обављање делатности универзитета, одн. факултета и обављао и "друге послове у складу са законом".

У вези са одлучивањем о Елаборату о оправданости оснивања оснивача из чл. 13. ст. 2. Закона (у даљем тексту Елаборат), Републички савет је на седници одржаној 13. 01. 2003. год. донео Одлуку о оснивању Комисије за акредитацију високог образовања, која је **давала мишљење** - позитивно или негативно - о Елаборату (које мишљење, при том, није везивало Републички савет у давању сагласности) и предлагала Савету да донесе одлуку о давању ове сагласности, уколико је мишљење било позитивно. Решења Републичког савета, наравно, потписивао је Председник, који је уједно, као што је већ речено, и тада био Министар просвете и спорта (што је у оваквом "ланцу" тела и органа који су у овој ствари одлучивали, по мишљењу аутора, неприхватљиво, а и додатно је компликовало могућност схватања суштине садржине и карактера донетих одлука).

У складу са наведеним чл. 13. ст. 5. Закона, након прибављене сагласности, оснивач је доносио **акт о оснивању**. Тек тада, фактички, стиче право и могућност да се, уопште, обрати Министарству просвете и спорта, као надлежном органу **са захтевом** за доношење **решења о утврђивању испуњености услова за почетак рада и обављање делатности** (универзитета, односно факултета) **уз подношење доказа о испуњености услова** (из чл. 12. ст. 1. Закона, који су, заправо, већ приказани и у самом Елаборату).

Дакле, актом о снивању заокружује се правни субјективитет **оснивача**, али да би могао да почне са радом и да обавља делатност, мора да добије - од надлежног органа- **и решење о испуњености услова за почетак рада и обављање делатности**.

Међутим, члан 12. ст. 5. Закона прописује да "против решења **којим се одбија захтев за оснивање** универзитета, односно факултета **може се водити управни спор**" (дакле, другачије него у одредби става 4. чл. 12. Закона, а **акт о оснивању** је већ донео - или није - оснивач) и ту се читава ствар око правног регулисања оснивања и доношења одлука у том поступку, додатно компликује, али је јасно да **решење о утврђености услова**, заправо, представља **дозволу за рад**, одн. **обављање делатности**!

Карактер акта Републичког савета којим је одбијена сагласност на Елаборат о оправданости оснивања универзитета, односно факултета, чији оснивач није Република

На основу свега што је до сада речено, може се закључити да акт, којим је одбијена сагласност на елаборат, ни формално ни суштински, **нема карактер самосталног управног акта** у смислу чл. 6. Закона о управним споровима, па се против њега не може водити управни спор. Наиме, одредбом чл. 6. Закона о управним споровима прописано је да се управни спор може водити само против управног акта. Управни акт, у смислу овог закона јесте акт којим државни орган и предузеће или друга организација у вршењу јавних овлашћења решава о одређеном праву или обавези физичког лица, правног лица или друге странке у управној ствари.

Тако је Врховни суд Србије стао на становиште да "одлучивање по захтеву факултета чији оснивач није Република за давање сагласности на елаборат о оправданости оснивања факултета не представља решавање управне ствари",[1] па и акт донет у тој ствари не представља управни акт.

Због тога су тужбе ових факултета, одн. универзитета (може се рећи - у оснивању) управљене против Републичког савета као туженог, ради поништаја тих аката- одбациване.[2]

Наведено правно становиште има своје упориште у чл. 12. ст. 3., ст. 4. и ст. 5. Закона, у вези чл. 6. ЗУС-а, при чему је јасно прописано да решење из чл. 12. ст. 5. Закона може бити побијано у управном спору, што све указује да је управо то решење самостални управни акт донет у овом (управном) поступку, а **сагласност на елаборат је један од услова** за доношење **акта о оснивању** (који доноси **оснивач**) и који даље представља **услов за обраћање оснивача ресорном Министарству за доношење коначног решења**.

Међутим, управо начин на који је у овом случају нормативно регулисана могућност оснивања универзитета, одн. факултета (од стране оснивача који није Република) и доношење одлука у том поступку (начин и овлашћења), довео је до тога да управо ти акти Републичког савета којима је одбијена сагласност на елаборат, а против којих правни субјект нема могућности да покрене управни спор ради оцене њихове законитости

[1] У-1169/04 од 07. 07. 2004. године, Билтен судске праксе Врховног суда Србије бр. 1/05

[2] У. 2560/05 од 13. 05. 2005. године; У. 2837/05 од 16. 06. 2005. године

пред надлежним судом, имају наизглед (или у суштини - зависи са ког становишта се посматра) решавајући карактер.

На који начин?

- Пре свега, Решење Републичког савета о давању или одбијању давања сагласности на елаборат, потписује Председник овог Савета, који је уједно и Министар просвете и спорта, који у том својству потписује и коначни управни акт у овој ствари (из чл. 12. ст. 5. Закона) против кога јесте допуштено вођење управног спора, а што је по мишљењу аутора неприхватљиво, јер нема ни јасне диференцијације органа који у овој ствари учествују у поступку одлучивања и који доносе одлуке, а што је иначе нужно у поступку управног одлучивања;

- у ставу првом диспозитива решења Републичког савета "одбија се захтев за давање сагласности на Елаборат о оправданости Универзитета...", а у ставу другом (и ту Републички савет иде корак даље) диспозитива констатује се да "Имајући у виду да није дата сагласност на Елаборат..., **оснивач не може** донети **акт о оснивању** Универзитета"[3]; (што је, по мишљењу аутора сувишно за диспозитив ове одлуке, јер оснивачу сам Закон не омогућава у овој ситуацији доношење оснивачког акта, а и додатно збуњује, обзиром на формулацију одредбе из чл. 12. ст. 5. Закона);

- члан 12. ст. 5. Закона даје формулацију да "против решења којим се одбија "**захтев за оснивање универзитета, односно факултета** може се водити управни спор", иако чл. 12. ст. 4. Закона прописује шта оснивач треба да поднесе уз "**захтев за утврђивање испуњености услова за почетак рада и обављања делатности**..." (дакле не каже "уз захтев за оснивање") па диспозитив коначног решења треба у том смислу и да гласи (што је и био случај у 2 одлуке Министарства, које су дошле до Врховног суда Србије по тужби за оцену њихове законитости)[4];

- из образложења одлуке Републичког савета произлази да је тенденција органа да у одлучивању теже ка доношењу неке врсте тзв. везаног акта и то из чл. 194. ст. 4. Закона о општем управном поступку (наравно,

[3] Одлуке Републичког савета бр. 612-00-205/2004-04 од 07. 03. 2005. године; бр. 612-00-296/2004-04 од 08. 03. 2005. године

[4] Одлуке Министарства просвете и спорта бр. 612-00-663/2004-04 од 03. 03. 2004. године; бр. 612-00-248-1/2003-04 од 25. 08. 2004. године

говорим условно, јер у питању није управни акт), јер се доноси по претходно прибављеном мишљењу Комисије за акредитацију високог образовања, које при том не везује Републички савет у доношењу одлуке о давању сагласности. (Што је у образложењима ових одлука и наведено)[5].

Дакле, овакав начин нормативног регулисања оснивања универзитета и факултета и овакво формулисање одредаба (из чл. 12. и 13. Закона), по мишљењу аутора довело је до извесне конфузије, па и блокаде могућности правног субјекта да се у случају доношења одлуке, која му не иде у прилог остваривању његовог права-обрати надлежном суду, да од њега тражи и добије ефикасну правну (судску) заштиту.

Значи, одбијена је сагласност на Елаборат (који при том садржи комплетан приказ онога што Закон назива "испуњеношћу услова" - техничких, просторних, кадровских, програмских и планских), због чега странка у поступку не може да донесе акт о оснивању, па не може да се обрати ни Министарству да донесе коначну одлуку у овој (управној) ствари, која би могла да се оспорава тужбом код надлежног суда. При том, не може ни на који начин да тражи оцену законитости, нити оваквој оцени подлеже акт Републичког савета, који се показао суштинским за стицање могућности почетка рада универзитета, односно факултета. И тако сада настаје једна "правна конфузија", стање status quo, па овакво нормативно решење, пре свега, наноси штету правном субјекту, који при том, у извесном смислу, нема ефикасну правну заштиту, јер је, иначе надлежни Суд, као институција пред којом (би) по правилу, ову заштиту (требало да) тражи, практично онемогућен да одлучује о законитости тог акта, јер се тужбама једино и тражи(ла) оцена законитости акта, који ни у формалном ни у садржинском смислу (као што смо показали) није управни акт.

У овој ситуацији ако правни субјект хоће да дође до могућности да се о некаквој законитости у конкретном случају одлучује, он једино може да, супротно одредбама чл. 12. и чл. 13. Закона, упркос недобијању сагласности, донесе акт о оснивању, поднесе захтев из чл. 12. ст. 4. Закона Министарству, које ће, наравно, одбити овај захтев и онда поднети тужбу Врховном суду Србије ради поништаја овог акта. Овде се, међутим, поставља питање "успешности" ове тужбе, јер остаје питање - докле би ишао Суд са оценом законитости, односно, како би одлучивао у ситуацији, када у конкретном случају нема сагласно-

[5] Види одлуке наведене под 3

сти на елаборат, па самим тим ни услова за доношење акта о оснивању, дакле, да ли би се, у поступању по тужби, уопште упуштао у оцену правилности, па и законитости одлуке о одбијању ове сагласности (иако је она, очигледно, од суштинског значаја за евентуално и могуће оснивање универзитета, одн. факултета). Такав пример оспоравања имали смо у предмету Врховног суда Србије[6] у коме је тужбом оспорена одлука Министарства[7], којом је управо одбијен захтев странке у поступку као "захтев за утврђивање испуњености услова за почетак рада и обављање делатности факултета, према члану 12. Закона о универзитету," а управо из разлога што није дата сагласност на Елаборат упркос предлогу поменуте Комисије да се сагласност да, па није донет ни оснивачки акт (уз напомену да је овај спор покренут најпре због тзв. "ћутања управе"). Међутим, странка је у овом случају од поднете тужбе одустала, јер је у међувремену добијена сагласност на Елаборат, па даље није било сметњи за добијање по њу позитивног коначног акта, тако да питање "успешности тужбе остаје без одговора, јер се оваква ситуација није окончала мериторним одлучивањем, већ решењем Суда којим је поступак обустављен.[8]

Да је све ово стварало конфузију и органу који је требало да одлучује и да је и само Министарство, по мишљењу аутора, имало добру вољу да се ова правна ситуација превазиђе доказује одговор овог органа на поднету тужбу у предмету Врховног суда Србије[9] (и то истичем уједно и као куриозитет) у коме је тужени Републички савет, али је одговор на тужбу доставило управо Министарство просвете и спорта, које је у одговору предложило "да се предмет са комплетном документацијом поново изнесе Републичком савету или да суд уважи тужбу и преиначи оспорено решење туженог органа" (иако су Министарству свакако већ тада могле бити познате одлуке Суда по таквим тужбама). Наравно и у овом предмету донета је одлука којом је тужба одбачена.[10] При том су правни субјекти у овом правном односу, очигледно, интерним договорима налазили закониту могућност за превазилажење ове (недопустиве) "нормативне блокаде" и незаокружене правне ситуације у смислу могуће и ефикасне правне за-

[6] У. 3096/04 од 31. 03. 2004. године

[7] Бр. 612-00-248-1/2003-04 од 25. 08. 2004. године

[8] Види као под 6

[9] У. 2837/05 од 16. 06. 2005. године

[10] Види као под 9

штите, што је резултирало одустајањем од тужбе, јер су накнадно даване сагласности на елаборат (где се још једном враћамо на то да, у суштини ствари-онако како је законодавац регулисао овај поступак оснивања - има решавајући карактер, јер је накнадно донета сагласност на Елаборат резултирала истовремено и одустајањем од тужбе).

Закон о високом образовању[11]

Да овакво нормативно регулисање могућности оснивања универзитета, одн. факултета чији оснивач није Република, није било прихватљиво, сматрам да доказује управо начин на који је ово питање регулисано новим Законом (при чему су се, у складу са чл. 129. ст. 2 новог Закона "започети поступци за оснивање, односно добијање решења о испуњености услова за рад према прописима који су важили до дана ступања на снагу овог закона" имали окончати по тим прописима у року од шест месеци од дана ступања на снагу овог закона, дакле ове одредбе су се примењивале до 10. 03. 2006).

Наиме, чл. 40. новог Закона прописано је да самосталну високошколску установу могу основати Република, правно и физичко лице, у складу са законом. Чланом 41. ст. 1, 2, 3, 4 и 7. тог Закона прописано је да високошколска установа може почети са радом и обављати делатност по добијању дозволе за рад, коју издаје Министарство на захтев високошколске установе. Уз захтев из става 2. овог члана високошколска установа доставља оснивачки акт и доказе о испуњености услова за добијање дозволе за рад и акредитацију студијских програма. У року од 30 дана од дана пријема захтева Министарство упућује захтев са документацијом Комисији, ради давања мишљења. Министарство издаје дозволу за рад високошколској установи ако Комисија да позитивно мишљење (о свему ономе што је по ранијем Закону садржавао Елаборат о оправданости оснивања) одн. ономе што бисмо назвали "испуњеност услова за рад и почетак обављања делатности", прописаном у тачкама од 1-3 чл. 7. овог Закона.

Одредбом чл. 41. ст. 15. истог Закона прописано је да је **решење о одбијању захтева за издавање дозволе за рад - коначно у управном поступку** и као што смо видели, и оно је нормативно дефинисано као везани

[11] "Сл. гласник РС" бр. 76/2005 од 02. 09. 2005. године, ступио на снагу 10. 09. 2005. године - у даљем тексту: нови Закон

акт из чл. 194. ст. 4. Закона о општем управном поступку, дакле, врло слично (само овог пута исправније) "покушају" из претходног Закона, али је и сам коначан управни акт и нормативно решење могућности приступа суду и ефикасне судске заштите дато јасно, недвосмислено и заокружено, па самим тим и као једино могуће исправно законско решење.

Закључак

По мишљењу аутора, за практичну примену правних норми - у смислу њиховог правилног тумачења и примене од стране оних који по њима поступају и одлучују (у овом случају управних органа и надлежног суда у управном спору) врло је значајно на који начин законодавац дефинише и регулише одређена права правног субјекта и могућност њиховог остваривања, на који начин даје решења за одређена правна питања (па и када постоји тзв. правна празнина да могућност њеног попуњавања "не искаче" из логике ваљаног, квалитетног "нормирања") а посебно на који начин, одн. како регулише читаву област- или њен део - и то са амбицијом системског решавања, као што је у конкретном случају могућност оснивања тзв. приватног факултета или универзитета, које имају далекосежан значај и у правном и у социолошком смислу. С једне стране значај се - када је реч о конкретном питању, којим се бавио овај реферат - огледа у томе што регулише део система образовања, чији ће се квалитет рефлектовати на будућност саме друштвене заједнице, а чији су садашњи или будући могући конзументи и активни учесници и наша деца, а с друге стране и у потреби да се достигне и одржи ниво квалитета образовања као значајне компоненте квалитета живљења и функционисања исте те заједнице. Отуда је разумљива неопходност да се, с једне стране, планира систем образовања и образовних установа, али, с друге стране и одржи контрола (верујем добронамерна и сврсисходна) од стране државе (као организације управљања) у овој области уз, по мишљењу аутора, прогресивну могућност оснивања високошколских установа од стране субјеката-оснивача, који није Република (држава), али је стога неопходна и јасна, дефинисана и недвосмислена правна регулатива која ће дати чврсту и квалитетну законску основу за функционисање овог дела система друштва у коме живимо.

Наравно, ове чврсте и квалитетне законске основе нема без јасно дефинисане и недвосмислено примењиве могућности **ефикасне заштите пред надлежним судом**, што је стандард и апсолутни императив, посебно

када је у питању управно-правна област где су у правном односу (и то је њен спецификум) с једне стране правно или физичко лице, а с друге стране државни органи, који одлучују о праву ових правних субјеката (лица) одлукама, које, управо због доношења са ауторитетом власти, морају бити подложне преиспитивању од стране надлежног суда, који поступа са позиција непристрасног.

При том остваривање ефикасне судске заштите - која мора да се подразумева, а која се посебно наметнула са демократизацијом друштва (мислим и на ширу, међународну друштвену заједницу), а која је као таква имплементирана и у наше, национално право ратификацијом Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода[12] (а пре свега чл. 6. Конвенције) и која фактички прописује управо **обавезу државе** да својим грађанима омогући **ефикасну заштиту пред судом**, а она, као што смо видели мора бити пре свега нормативно дата или бар омогућена (јер, наравно, није искључена могућност постојања правне празнине) што значи да она није питање "добре воље суда" (како се у примеру овог одлучивања могло учинити правним субјектима - оснивачима о којима је било речи и како се, истини за вољу, на први поглед учинило и аутору овог текста) - представља једно системско питање које се поставља, креира и решава на једном ширем друштвено-политичком и правном нивоу.

И, коначно, али не мање важно, управо промена начина регулисања оснивања, тзв. приватних високошколских установа дата у новом Закону указује на то да је решење питања оснивања, тзв. приватних универзитета, одн. факултета дато у Закону, које је било тема овог реферата, било једно лоше решење, које је било нужно променити, при чему ова промена не умањује значај критичког бављења и критичке анализе решења датог у старом Закону, да би се на тај начин подвукао пример лошег законског решења одређеног питања и како би се истакло да такав пример у нормативној пракси - у било којој области права - више не сме да се понови, а посебно не у области управног права.

[12] Донета у Риму 04. 11. 1950. године - у даљем тексту: Конвенција. Србија и Црна Гора, након што је постала члан Савета Европе 03. 04. 2003. године, ратификовала је Конвенцију са пратећим Протоколима 26. 12. 2003. године, а ступила је на снагу за Србију и Црну Гору 03. 03. 2004. године

Јелена Тишма-Јовановић,
саветник у Врховном суду Србије
члан Пројектне и Радне групе Савета Европе за управно право

АКТИВНОСТИ И ЗАКЉУЧЦИ ПРОЈЕКТНЕ И РАДНЕ ГРУПЕ САВЕТА ЕВРОПЕ ЗА УПРАВНО ПРАВО (2003. -2006. ГОДИНА)

Увод

Од тренутка када је постала држава чланица Савета Европе, 03. априла 2003. године, наша земља преузела је обавезу да поштује принцип владавине права, јачања демократских институција и заштите људских права. Такође је стекла могућност да преко својих представника учествује у раду свих тела Савета Европе.

У области управног права - најважније радно тело је Пројектна група за управно право која је, по овлашћењу Комитета министара, од Европског комитета за правну сарадњу добила мандат да изради најрелевантније препоруке у циљу унапређења управног права у државама чланицама.

Задатак Пројектне групе Савета Европе за управно право у 2003. години био је да изради нацрт Препоруке о извршењу управних и судских одлука у области управног права. Ова Препорука усвојена је од стране Комитета министара СЕ 9. септембра 2003. године, под бројем 16.

У 2004. години, Пројектна група СЕ сачинила је нацрт Препоруке о судској контроли управних аката који је Комитет министара СЕ усвојио 15. децембра 2004. године, као Препоруку број 20.

Ради лакшег и ефикаснијег деловања, Пројектна група формирала је 2005. године Радну групу СЕ са задатком да до децембра 2006. године изради нацрт Препоруке о доброј државној управи.

На састанцима у марту и новембру 2005. као и у априлу и јулу 2006. године, креиран је предлог текста Препоруке о доброј државној управи и утврђен је план будућег рада Пројектне групе.

У овом прегледу активности Пројектне и Радне групе СЕ за управно право, акценат је стављен на нацрт Препоруке која ће бити усвојена крајем 2006. године, а не на оне које су већ донете и које су објављене на сајту Савета Европе (www. coe. int.).

Полазне основе за рад у 2005. и 2006. години

Имајући у виду да јавна управа игра кључну улогу у демократским друштвима, да се њено деловање протеже на велики број различитих области друштвеног живота, да се одражава на индивидуална права, слободе и интересе грађана, да правни систем Савета Европе нуди различите правне инструменте у овој области, из потребе да се појасне одредбе Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода - о праву грађана на добру управу, као и да је тежња Савета Европе да постигне веће јединство између свих чланова, Радна група Савета Европе за управно право током 2005. године, на састанцима у марту и новембру, припремила је нацрт Препоруке о доброј државној управи. Ова Препорука има за циљ да обједини на једном месту све принципе који већ постоје у правним инструментима Савета Европе и да их постави на бази општих начела, а која ће охрабрити сваку државу чланицу Савета Европе да појединцу гарантује право на добру државну управу и да донесе у свом националном правном поретку појединачан, савремен и консолидовани Кодекс о доброј државној управи.

Имајући у виду да свако у демократском друштву има право на добру државну управу, нацрт Препоруке о доброј државној управи разрађује основне принципе управног права ЕУ као што су: принцип владавине права, принцип једнакости пред законом, принцип недискриминације, принцип неутралног и непристрасног суђења у управним споровима, принцип на одговор на тужбу у управном спору, принцип транспарентности, пропорционалности и ефикасности (делотворности) у раду органа управе, принцип приступа странака службеној документацији, принцип правног континуитета, принцип да странка има право да јој се одлука у управном спору донесе у разумном року као и обавеза органа управе да предузима све мере у борби против корупције.

Нацрт Препоруке који је припремила Радна група Савета Европе за управно право најпре говори о обиму примене ове Препоруке и њеној сврси.

У следећим одредбама говори се о водећим принципима који чине добру државну управу:

- странка има право на добру државну управу;

- странка има право да управну ствар реши пред органом управе у разумном року, у поступку који је непристрасан и правичан.

Начело законитости:

- Органи управе су обавезни да поступају у складу са законом у вршењу својих управних овлашћења као и у складу са сврхом због које су им та овлашћења дата.

Начело једнакости:

- Органи управе морају да поштују принцип једнакости међу странкама и морају да се опходе на исти начин у управном поступку према странкама које се налазе у истој ситуацији. Они не смеју да праве дискриминацију између странака. Нарочито не смеју да праве дискриминацију у управном поступку између странака у односу на њихове различитости према полу, етничком пореклу, религији и уверењима.

Органи управе морају да поштују **начело неутралности и непристрасности** у управном одлучивању. Органи управе (као ни службена лица која воде управни поступак) не смеју поступати у стварима у којима директно или индиректно могу бити или јесу лично заинтересовани.

Начело пропорционалности:

- Органи управе морају да поштују начело пропорционалности. Они могу да управним актом наложе неку обавезу странки само до потребне мере и која задовољава јавни интерес. Они не смеју да поступају произвољно односно морају да избегавају коришћење прекомерних средстава. Када примењује дискрециono овлашћење односно када одлучује на основу слободне оцене, орган државне управе не сме поступати у циљу супротном од оног због кога му је установљено право дискреционог одлучивања. У вршењу овлашћења по слободној оцени морају да поступају

објективно, непристрасно и на основу одлучних чињеница које су утврдили у сваком појединачном случају.

Начело правне сигурности и начело забране ретроактивности:

- Органи управе морају да поштују начело правне сигурности. Такође, мора бити забрањен принцип ретроактивности, осим у случајевима који су прописани законом као оправдани.

Органи јавне управе морају да поступају у оквиру **разумног рока**. Морају да извршавају законом прописане обавезе у разумном року. Такође, морају да оставе странкама разуман рок за испуњење обавезе која им је управним актом наложена.

Органи управе морају да поштују неповредивост приватног и породичног живота, односно морају да поштују **право странке на приватност**. Они једино могу да интервенишу у области приватног и породичног живота странке ради заштите јавног реда и мира, односно кад је то у општем интересу.

Такође, једно од основних начела које постоји у већини националних законодавстава држава чланица је право странке на саслушање тј. **право да учествује у управном поступку.** Физичка лица, односно странке у поступку, морају да буду упознате са притужбама које се односе на њих и њихове правне интересе (посебно у управним стварима које повлаче санкционисање). Такође, странкама мора да буде омогућено да изврше увид у документацију која се односи на њих. Свака странка има право да у управном поступку буде саслушана, као и да одреди по свом слободном избору лице које ће јој помагати у предузимању било које радње која може бити од утицаја у управном поступку. Када се неки управни акт својим дејством протеже на више лица, сви они морају имати могућност да учествују у поступку доношења одлуке. Као што је важно да та лица учествују у поступку доношења управног акта од стране управног органа, тако је веома важно и да пре доношења управног акта тај круг заинтересованих лица буде укључен у то како ће се прописима регулисати одређена управна ствар. Они треба да могу да у форми консултација и јавне расправе дају своје мишљење о доношењу подзаконских општих аката о одређеној управној области. Мишљења изражена путем ових консултација и јавне расправе треба да буду у форми која омогућава надлежном органу да их узме у разматрање приликом доношења општих аката.

Појединачни акт органа управе мора бити достављен ономе на кога се односи, са упутством о правном леку и роком за подношење тог лека. Општи акти органа управе морају да буду објављени на начин којим се осигурава да они на које се односи могу са сигурношћу бити обавештени о томе да је тај акт ступио на снагу.

Индивидуални појединачни акт не може бити примењен док они на које се односи нису обавештени о њему. Наравно, велики је значај одредаба о достављању управних аката прописаних у већини националних законодавстава држава чланица Савета Европе.

Такође, нацрт Препоруке прописује да мора проћи разуман рок између доношења и јавног оглашавања с једне стране и примене управног акта с друге стране.

Органи управе морају да буду одговорни за извршење и за примену њихових сопствених управних одлука. Треба успоставити систем управних и кривичних санкција који је у складу са управним актом на чије непоштовање се односи.

Морају постојати правни инструменти да суд у управно-судском спору има право да акте који су незаконити, поништи и предмет врати на поновни поступак туженом органу управе.

Такође, мора постојати гаранција да управни акти који успостављају неко право за странку - па се касније оцени да су незаконити од стране надлежног органа - не могу бити измењени након протека одређеног рока прописаног законом. Осим у оправданим законом прописаним хитним случајевима, измена одређене законодавне регулативе која регулише неку управну област може да се примењује тек након што је протекао разуман рок од доношења тог новог прописа. Сви прописи (подзаконски акти које доносе органи управе) морају да буду објављени у складу са законом.

Начело права странке на приступ службеним документима:

Нацрт Препоруке такође обрађује право странке на информације које су од значаја за решавање њене управне ствари. Један од најважнијих правних докумената на који се у овом делу рада ослањала Радна група Савета Европе за управно право је Препорука Комитета министара Савета Европе број 2 из 2002. године о приступу службеним документима.

Странка мора да има приступ списима предмета. Нацрт Препоруке прописује шта се сматра списима предмета, односно набраја неке од примера као што су извештаји, записници, инструкције, мишљења надлежних органа, предвиђања, анализе и сл. Што се тиче овлашћења органа управе да одбије захтев странке за приступ информацијама, ти изузеци морају бити прецизно прописани законом државе чланице (када то захтевају интереси истраге, кривичног поступка, националне безбедности земље, ради чувања индустријске, привредне тајне и слични интереси од општег значаја).

Документација о нечијем приватном животу, лична и медицинска документација може једино бити стављена на увид лицима на која се односи.

Списи који представљају део управно-правног предмета не могу бити доступни јавности док се не донесе коначна одлука у тој управној ствари.

Ако јој није одобрен приступ траженом документу, странка мора да има право на жалбу посебном органу надлежном за случајеве одбијања захтева за приступ службеним документима и информацијама. Поједини чланови Радне групе предлагали су да се у Нацрт унесе одредба по којој странка мора да докаже да има правни интерес да захтева увид у списе предмета односно приступ службеним информацијама. У већини националних законодавстава то већ и јесте случај.

Странка има право да захтева да **орган управе донесе управни акт из своје надлежности**. Ако орган управе сматра да је странка поднела захтев за одлучивање о управној ствари која није из његове надлежности, дужан је да одмах тај захтев проследи надлежном органу и да о прослеђивању обавести странку. Законом мора бити прописано у ком року (од дана подношења захтева за решавање одређене управне ствари), је орган управе дужан да одлучи.

Такође, једно од основних начела које обрађује овај нацрт Препоруке је **право странке на жалбу**. Странка мора да буде овлашћена да поднесе жалбу против управног акта. Такође, странка мора имати право да поднесе жалбу на управни акт органу управе пре него што покрене тужбу пред судом. Због тога је веома важно и начело да сваки управни акт мора да садржи упутство о правном леку као и рок у коме се може тај правни лек поднети. Овај нацрт препоручује државама чланицама да у свом законодавству пропишу да ли непоступање управног органа по жалби значи одбијање жалбе или уважавање жалбе. Странка мора да задржи

право да поднесе тужбу суду ако орган управе није уопште одлучивао о њеној жалби ("ћутање администрације").

У поступку испитивања односно оцене законитости управних аката, управни судови морају да имају овлашћење да одлуче да ли је тај акт законит као и да наведу начин на који ће се та незаконитост отклонити. **Судска контрола управних аката:** суд у управном спору мора да цени законитост управних аката са свих аспеката. Када су органи управе донели неки управни акт у вршењу свог дискреционог права, суд мора да размотри да ли је то дискреционо право прекорачено односно да ли је управни акт донет у супротности са циљем због кога је то дискреционо право дато органу управе.

Физичка лица која претрпе штету незаконитим одлукама органа управе морају имати право да захтевају надокнаду претрпљене штете. Органи управе морају да буду одговорни за сваку штету која је настала не само услед доношења незаконитог управног акта него и услед грешке настале у вршењу службеног овлашћења јавних службеника. Налог суда органу управе да надокнади странци претрпљену штету мора да буде извршен у разумном року. Органи управе и јавни службеници који врше управна овлашћења морају да буду одговорни за штету насталу грешком коју су починили у извршавању својих надлежности. Пре него што поднесу суду тужбу за накнаду штете претрпљене незаконитим управним актом или радњом органа управе, странке морају да буду овлашћене да се прво обрате за надокнаду штете надлежном органу управе.

Наравно, Препорука о доброј државној управи, која ће бити усвојена крајем 2006. године, од стране Комитета министара СЕ мора се неизоставно посматрати у јединству са Препоруком о судској контроли управних аката коју је Комитет министара СЕ донео 2004. године у децембру, под бројем 20, а која разрађује начела гарантована одредбама Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.

Начела Препоруке о судској контроли управних аката:

- сви управни акти морају да подлежу судској контроли - оцени законитости.

- надлежни суд мора да буде овлашћен да оцењује законитост управног акта у смислу сваког кршења права укључујући и нестручност, повреду правила поступка као и злоупотребу овлашћења.

- приступ странака управно-судској заштити је веома важан. Физичка и правна лица морају да буду овлашћена да подносе тужбу у управном спору за оцену законитости управних аката. Државе чланице Савета Европе се охрабрују да испитају да ли ће у својим националним законодавствима приступ судској контроли управних аката тј. право на подношење тужбе у управном спору, дозволити и удружењима и другим скуповима грађана и другим телима која сматрају да треба да штите своје колективне или опште интересе повређене управним актом. Физичка и правна лица, пре него што поднесу тужбу у управном спору пред надлежним судом, претходно морају да имају могућност да исцрпе правна средства пред надлежним органом управе.

Трошкови за подношење тужбе суду не смеју да буду такви да обесхрабрују странке да траже заштиту својих права у управно-судском спору. Правна помоћ такође треба да буде омогућена лицима која не поседују неопходна финансијска средства да заштите своја права пред судом.

- Судска контрола управних аката мора да се спроводи на такав начин да обезбеди независност и непристрасност суда.

- Суд који одлучује у управном спору може да буде управни суд или део система редовног судства.

- Странка има право на правично суђење и на учествовање у поступку.

- Рок у коме суд доноси своју одлуку у једној управној ствари мора да буде разуман и у светлу сложености сваког појединачног предмета.

- Један од важних принципа је такође право странке да језик којим јој се обраћају органи управе у поступку буде јасан и лако разумљив.

- У поступку пред судом мора се омогућити **начело контрадикторности.** Даље, мора се омогућити једнакост правних средстава која странке могу да употребе у поступку пред судом, мора бити дата могућност и тужиоцу и туженом да изложе свој случај - без стављања од стране суда неке од странака у неповољнији положај. Осим ако национално законодавство не прописује изузетке, у важним предметима органи управе морају да омогуће суду увид у документацију и пруже све потребне податке од значаја за случај, односно за предмет спора. Странке морају имати право да суд испита и размотри све правне и чињеничне наводе које оне износе а које су од значаја за предмет спора.

- Поступак суђења у управним предметима треба да буде јаван осим у изузетним околностима. Судска одлука треба да буде објављена јавно.

- Судска одлука **треба да садржи образложење.** Судови морају да наведу са сигурношћу и јасно правни основ на којем су засновали своју одлуку. На све поднеске странке које је суд уважио, а који могу бити одлучни за резултат спора, суд мора одређено, прецизно и брзо одговорити.

- Судска одлука донета у управном спору мора да буде подложна жалби вишем суду осим ако та врста спорова није националним законодавствима већ стављена у надлежност вишег суда.

Делотворност и извршност судских одлука:

- Ако суд у управном спору нађе да је управни акт незаконит, мора да има овлашћење да успостави ситуацију која је у складу са законом односно овлашћење да поништи управни акт и да врати предмет органу управе на поновно одлучивање.

- Суд такође треба да има овлашћење да досуђује трошкове поступка као и да дозволи надокнаду у одговарајућим управним споровима.

Код питања извршења судских одлука, не може се овај нацрт Препоруке разматрати а да се не узме у обзир Препорука Комитета министара Савета Европе о извршењу управних и судских одлука у области управног права (број 16 из 2003. године). Она такође говори о томе да суд треба да има право да поништи управни акт и да предмет врати туженом органу управе на поновни поступак у складу са правним схватањем и примедбама суда.

Према овој Препоруци, суд треба да буде овлашћен да захтева од туженог органа управе да у разумном року изврши пресуду донету у управном спору. Државе чланице треба да осигурају да органи управе сносе одговорност у случају да одбију или пропусте да изврше судску одлуку. Јавни службеник задужен за извршење судске одлуке, треба да подлеже индивидуалној дисциплинској, грађанско-правној или кривичној одговорности ако пропусти да примени одлуку.

ЗАКЉУЧЦИ

Закључак Пројектне и Радне групе СЕ за управно право поводом нацрта Препоруке о доброј државној управи је да се добра управа не исцрпљује само у домену управног одлучивања. Добра управа подразумева фундаментално право човека да се органи управе опходе према њему исправно, ефикасно и правично у извршавању својих овлашћења, не само приликом доношења управних аката, него и у свим другим радњама и поступцима и да не поступају са позиција ауторитарне власти, већ да третирају странку као корисника њихових услуга.

Задатак Радне групе у 2005. и 2006 години био је да консолидује, обједини и презентује на једном месту све принципе о доброј државној управи који већ постоје у позитивном праву Савета Европе и да то буде подстицај државама чланицама СЕ да те принципе угради у своја национална законодавства.

Препоруке Комитета министара СЕ немају обавезујућу правну снагу за државе чланице али њихово поштовање је питање моралног опхођења у Европској заједници.

Договор чланова Групе је да теме за будући рад буду правни лекови у управном праву и разрада Препоруке број 15. из 1984. године, која се односи на јавну обавезу држава чланица да обезбеде механизме који ће гарантовати да судови и други државни органи извршавају своје надлежности и функције без обзира на недостатак средстава и техничких услова. Полазећи од стандарда у суђењу који су успостављени пресудама Европског суда за људска права у Стазбуру - на државама чланицама је да националним законима, подзаконским актима, пословницима о раду суда и слично - обезбеде потребан број судија, специјализацију управног суђења и разуман и примерен број предмета који ће се додељивати у рад судији.

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

34

БИЛТЕН судске праксе Врховног суда Србије / главни и одговорни уредник Драгиша Слијепчевић. - 1993, бр. 1- . - Београд : Intermex, 1993- (Београд : Радунић). -20 cm

Од броја 1/2002. наслов: Билтен судске праксе - Врховни суд Србије

ISSN 0354-4109 = Билтен судске праксе Врховног суда Србије
COBISS.SR-ID 34341634