Врховни суд Србије

БИЛТЕН

СУДСКЕ ПРАКСЕ

бр. 3/2007

I

intermex
Software & Communication

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: ***мр Драгиша Слијепчевић, судија Врховног суда Србије***

ЗАМЕНИК ГЛАВНОГ И ОДГОВОРНОГ УРЕДНИКА: ***Снежана Андрејевић, 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 Невенка Важић, 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: ***мр Драгиша Слијепчевић, Снежана Андрејевић, Новица Пековић, Стојан Јокић и Милена Саватић, судије Врховног суда Србије***

СЕКРЕТАР РЕДАКЦИЈЕ: ***Даница Илић, саветник Врховног суда Србије***

РЕДАКЦИЈСКА ПРИПРЕМА: ***Сузана Марковић, 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

I

ИЗВЕШТАЈ О РАДУ ПЕРСОНАЛНОГ ВЕЋА ВРХОВНОГ СУДА СРБИЈЕ

- *Соња Бркић*, ***судија Врховног суда Србије***
  ВЕЛИКО ПЕРСОНАЛНО ВЕЋЕ *11*

ЈАВНО ИНФОРМИСАЊЕ

- *Проф. др Владимир В. Водинелић*,
  Правни факултет Унион - Београд
  ЕВРОПСКИ СТАНДАРД СЛОБОДЕ МЕДИЈА *31*
- *Снежана Андрејевић*, ***судија Врховног суда Србије***
  ЗАКОН О ЈАВНОМ ИНФОРМИСАЊУ СРБИЈЕ: ГРАЂАНСКОПРАВНА ЗАШТИТА ПРАВА
  НА ЈАВНО ИНФОРМИСАЊЕ *71*
- *Снежана Николић-Гаротић*, ***судија Окружног суда у Београду***
  ЗАБРАНА ДИСТРИБУЦИЈА ИНФОРМАЦИЈА
  У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ *94*
- *Весна Дабић*, ***портпарол Врховног суда Србије***
  ПОЛОЖАЈ И УЛОГА СУДСКОГ ПОРТПАРОЛА
  У ОДНОСИМА С ЈАВНОШЋУ *107*

ОГЛЕДИ

КРИВИЧНО ОДЕЉЕЊЕ

КРИВИЧНО МАТЕРИЈАЛНО ПРАВО

- *Новица Пековић*, ***судија Врховног суда Србије***
  ОПШТИ ПОЈАМ КРИВИЧНОГ ДЕЛА У НОВОМ КРИВИЧНОМ ЗАКОНИКУ И СУДСКА ПРАКСА *121*
- *Драгомир Милојевић*, ***судија Врховног суда Србије***
  САУЧЕСНИШТВО У КРИВИЧНОМ ДЕЛУ *134*
- *Јанко Лазаревић*, ***судија Врховног суда Србије***
  УСЛОВНА ОСУДА *153*
- *Слободан Газивода*, ***судија Врховног суда Србије***
  ИЗМЕНЕ И ДОПУНЕ ЗАКОНА О МАЛОЛЕТНИЦИМА *159*
- *Миодраг Вићентијевић*, ***судија Врховног суда Србије***
  УБИСТВО ВИШЕ ЛИЦА *168*
- *Драган Јоцић*, ***судија Врховног суда Србије***
  НЕДОЗВОЉЕНО ДРЖАЊЕ ОРУЖЈА *191*
- *Бата Цветковић*, ***судија Врховног суда Србије***
  КРИВИЧНО ДЕЛО ТРГОВИНА ЉУДИМА *205*

КРИВИЧНО ПРОЦЕСНО ПРАВО

- *Мр Сретко Јанковић*, ***судија Врховног суда Србије***
  НЕДОЗВОЉЕНИ ДОКАЗИ У СУДСКОЈ ПРАКСИ *215*
- *Соња Манојловић*, ***судија Врховног суда Србије***
  МЕРЕ ЗА ОБЕЗБЕЂЕЊЕ ПРИСУСТВА ОКРИВЉЕНОГ
  И ЗА НЕСМЕТАНО ВОЂЕЊЕ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА ... *237*
- *Др Глигорије Спасојевић*, ***судија Врховног суда Србије***
  АНГАЖОВАЊЕ ПРИКРИВЕНОГ ИСЛЕДНИКА КАО ПОСЕБНА ДОКАЗНА РАДЊА *246*

- *Др Данило Л. Николић*, ***председник Окружног суда у Нишу***
  СПОРАЗУМ О ПРИЗНАЊУ КРИВИЦЕ..... 264

ГРАЂАНСКО ОДЕЉЕЊЕ

ПАРНИЧНИ ПОСТУПАК

- *Вида Петровић-Шкеро*, ***председник Врховног суда Србије***
  УБРЗАВАЊЕ ПАРНИЧНИХ ПОСТУПАКА..... 313
- *Љубица Милутиновић*, ***судија Врховног суда Србије***
  ПРИМЕНА ПРАВИЛА О ТЕРЕТУ ДОКАЗИВАЊА..... 324
- *Јелена Боровац*, ***судија Врховног суда Србије***
  ОЦЕНА ДОКАЗА..... 344
- *Проф. др Гордана Станковић*, ***Правни факултет у Нишу***
  МЕЂУПРЕСУДА..... 363

РАДНО ПРАВО

- *Лидија Ђукић*, ***судија Окружног суда у Новом Саду***
  ОТКАЗ УГОВОРА О РАДУ
  ИЗ ДИСЦИПЛИНСКИХ РАЗЛОГА..... 381
- *Слободан Дражић*, ***судија Врховног суда Србије***
  ПРАВА ЗАПОСЛЕНИХ КОД ПРОМЕНЕ ПОСЛОДАВЦА.. 394

II

ПОСЕБНИ ПОСТУПЦИ

- *Стојан Јокић*, ***судија Врховног суда Србије***
  ХИПОТЕКАРНИ ПОВЕРИОЦИ И ЊИХОВА СУДСКА, ВАНСУДСКА И
  РАЗЛУЧНА НАМИРЕЊА..... 411
- *Владимир Козар*, ***судија Трговинског суда у Београду***
  ИЗВРШЕЊЕ У ПОСТУПКУ ПРИВАТИЗАЦИЈЕ..... 437
- *Младен Николић*, ***судија Трговинског суда у Београду***
  СПОРНА ПИТАЊА У ПРИМЕНИ НОВОГ ЗАКОНА
  О ИЗВРШНОМ ПОСТУПКУ: СКРАЋЕНИ
  ИЗВРШНИ ПОСТУПАК..... 470
- *Невен Вукашиновић*, ***судија Вишег трговинског суда***
  СПОРНА ПИТАЊА ВЕЗАНА ЗА ПРАКТИЧНУ
  ПРИМЕНУ ОДРЕДБЕ ЧЛ. 346. ЗАКОНА
  О ПРИВРЕДНИМ ДРУШТВИМА..... 481

ПОСТУПАК У ПОРОДИЧНИМ СПОРОВИМА

- *Бранислава Апостоловић*, ***судија Врховног суда Србије***
  УЧЕШЋЕ ДЕТЕТА У СУДСКИМ ПОСТУПЦИМА..... 499
- *Проф. др Невена Петрушић*, ***Правни факултет Ниш***
  ПРАВО ДЕТЕТА НА СЛОБОДНО ИЗРАЖАВАЊЕ МИШЉЕЊА 521
- *Миломир Николић*, ***судија Врховног суда Србије***
  ЛЕГИТИМАЦИЈА СРОДНИКА У СПОРУ ЗА УРЕЂЕЊЕ ЛИЧНИХ ОДНОСА СА
  ДЕТЕТОМ..... 541
- *Зорана Делибашић*, ***судија Окружног суда у Београду***
  САДРЖИНА ПРЕСУДЕ У ПОРОДИЧНИМ СПОРОВИМА555

ПРИВАТИЗАЦИЈА И СТЕЧАЈ

- *Драгиша Слијепчевић*, ***судија Врховног суда Србије***
  СВОЈИНСКА ТРАНСФОРМАЦИЈА КРОЗ ПОСТУПАК ПРИВАТИЗАЦИЈЕ,
  СТЕЧАЈА И ИЗВРШЕЊА..... 573

- *Снежана Марић*, ***судија Вишег трговинског суда***
  ДЕЛИМИЧНА ДЕОБА ***588***

АКТУЕЛНА ПИТАЊА СУДСКЕ ПРАКСЕ

- *Владимир Тамаш*, ***судија Врховног суда Србије***
  СУДСКА ПРАКСА: АНАЛИЗА РАЗМАТРАНИХ СПОРНИХ ПРАВНИХ ПИТАЊА ***609***
- *Јасминка Станојевић*, ***судија Врховног суда Србије***
  СПОРОВИ ИЗ УГОВОРА О ИСПОРУЦИ ЕЛЕКТРИЧНЕ ЕНЕРГИЈЕ ***618***

УПРАВНО ОДЕЉЕЊЕ

- *Проф. др Бранко Лубарда*,
  Правни факултет Универзитета у Београду
  ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ДРЖАВНИХ СЛУЖБЕНИКА ***631***

МАТЕРИЈАЛНО ПРАВО

- *Љубодраг Пљакић*, ***судија Врховног суда Србије***
  ПРОДАЈА КАПИТАЛА И ИМОВИНЕ СУБЈЕКТА ПРИВАТИЗАЦИЈЕ МЕТОДОМ ЈАВНОГ ТЕНДЕРА ***651***
- *Снежана Живковић*, ***судија Врховног суда Србије***
  ДОЗВОЛА ЗА РАД НАСТАВНИКА, ВАСПИТАЧА И СТРУЧНИХ САРАДНИКА ***660***
- *Катарина Манојловић-Андрић*, ***судија Врховног суда Србије***
  ЗАШТИТА УСТАВНИХ ПРАВА ПРИПАДНИКА НАЦИОНАЛНИХ МАЊИНА У ИЗБОРНОМ СПОРУ ***667***
- *Јелена Ивановић*, ***судија Врховног суда Србије***
  ПРИНУДНО ИЗВРШЕЊЕ ОДЛУКА ПОВЕРЕНИКА ЗА ИНФОРМАЦИЈЕ ОД ЈАВНОГ ЗНАЧАЈА ***684***
- *Милена Петровић*, ***саветник Врховног суда Србије***
  ЛЕГАЛИЗАЦИЈА БЕСПРАВНО ИЗГРАЂЕНИХ ОБЈЕКАТА ***693***
- *Ружа Урошевић*, ***саветник Врховног суда Србије***
  ПРАВО НА РАД ПОЛИЦИЈСКИХ СЛУЖБЕНИКА ***700***
- *Гордана Богдановић*, ***саветник Врховног суда Србије***
  ПРИКАЗ НОВОГ ЗАКОНА О ПРЕКРШАЈИМА - НОВИНЕ И РАЗЛИКЕ СА РАНИЈИМ ЗАКОНОМ ***714***
- *Весна Даниловић*, ***саветник Врховног суда Србије***
  НОВЧАНА НАКНАДА ПО ОСНОВУ ПРЕОСТАЛЕ РАДНЕ СПОСОБНОСТИ ***731***

ПРОЦЕСНО ПРАВО

- *Вера Пешић*, ***судија Врховног суда Србије***
  ПОБИЈАЊЕ ОДОБРЕЊА ЗА ИЗГРАДЊУ ПРИМЕНОМ ВАНРЕДНИХ ПРАВНИХ СРЕДСТАВА ***743***
- *Гордана Џакула*, ***судија Врховног суда Србије***
  ДОЗВОЛА ЗА ЕМИТОВАЊЕ РАДИО И ТЕЛЕВИЗИЈСКОГ ПРОГРАМА - УПРАВНИ ПОСТУПАК И СУДСКА КОНТРОЛА ***749***
- *Надежда Николић*, ***саветник Врховног суда Србије***
  БИТНЕ ПОВРЕДЕ ПРАВИЛА ПОСТУПКА У УПРАВНОМ СПОРУ ***766***
- *Горан Јосифов*, ***саветник Врховног суда Србије***
  ЗАБРАНА **REFORMATIO IN PEIUS** ***У УПРАВНОМ ПОСТУПКУ*** ***774***
- *Љиљана Јефтић*, ***саветник Врховног суда Србије***
  УЧЕШЋЕ ПОРЕСКОГ ОБВЕЗНИКА У ПОСТУПКУ КАНЦЕЛАРИЈСКЕ И ТЕРЕНСКЕ КОНТРОЛЕ ***781***

- *Јелена Тишма-Јовановић*, ***саветник Врховног суда Србије***
  МЕДИЈАЦИЈА И ДРУГИ ОБЛИЦИ АЛТЕРНАТИВНОГ РЕШАВАЊА СПОРОВА У УПРАВНОМ ПРАВУ..... 790
- *Вера Стојчевић*, ***начелник Одељења за царинско-управне послове Управе царина Србије***
  ЗАХТЕВ ЗА ОСЛОБОЂЕЊЕ ОД ПЛАЋАЊА УВОЗНИХ ДАЖБИНА НАКОН СПРОВЕДЕНОГ ПОСТУПКА - СТАВЉАЊЕ РОБЕ У СЛОБОДАН ПРОМЕТ800

ИЗВЕШТАЈ О РАДУ ПЕРСОНАЛНОГ ВЕЋА ВРХОВНОГ СУДА СРБИЈЕ

Соња Бркић,
судија Врховног суда Србије

ВЕЛИКО ПЕРСОНАЛНО ВЕЋЕ

Искуства и резултати

Закон о судијама (Сл. гласник РС бр. 63 од 8. нов. 2001. г) који је ступио на снагу 1. јан. 2002. г. предвидео је да се у Врховном суду Србије установљава Велико персонално веће које одлучује о питањима положаја судија, која су одређена истим законом. Велико персонално веће (у даљем тексту ВПВ) чини девет судија Врховног суда Србије (у даљем тексту ВСС), приближно једнак број судија сваког одељења ВСС, судије улазе у ВПВ по редоследу који се утврђује његовим пословником. Одлуке доноси већином гласова, мандат члана ВПВ траје две године, а радом руководи председник кога међу собом бирају чланови (чл. 36 до чл. 40). Тај закон мењан је више пута, мењане су и одредбе које се односе на састав и делокруг рада Великог персоналног већа.

Надлежност ВПВ је да одлучује о обавезном удаљењу председника Врховног суда Србије (чл. 13 Зос), да донесе одлуку о враћању на посао судије пре окончања поступка за разрешење (чл. 14), да одлучи о приговору на удаљење судије (чл. 15), да донесе одлуку о приговору судије ВСС на годишњи распоред послова, промену врсте посла, одступање од редоследа пријема предмета или одузимању предмета (чл. 23), одлучује о притужби судије када је повређено неко право судије за које није предвиђена посебна заштита (чл. 26), одлучује о неспојивости службе или посла који обавља судија а за који постоји могућност да је неспојив са дужношћу судије (чл. 28), може да изрекне судији меру упозорења која се уписује у лични лист судије у поступку утврђивања неспојивости када утврди да постоји неспојивост (чл. 29), утврђује навршење радног века судије и разлоге за разрешење судије (чл. 56), покреће поступак за утврђење да ли је председник ВСС навршио радни век и да ли постоје разлози за његово разрешење (чл. 56), може да изрекне меру упозорења или меру уклањања из суда од једног месеца до једне године у поступку за разрешење због несавесног или нестручног вршења дужности судије (чл. 58).

Законом о судијама није уређена дисциплинска одговорност судија, али је предвидео да се у одређеним случајевима судијама могу изрећи неке мере које су у суштини дисциплинске мере. У том закону је прописано да ВПВ може, у поступку одлучивања о неспојивости послова и служби са судијском дужношћу да изрекне судији меру упозорења која се уписује у његов лични лист, на коју је дозвољен приговор о коме одлуку доноси Високи савет правосуђа (чл. 29). У поступку за разрешење због нестручног и несавесног рада ВПВ је овлашћено да изрекне меру упозорења или меру уклањања из суда од једног месеца до годину дана (чл. 58).

Законом о изменама и допунама Закона о судијама (Сл. гл. РС бр. 44/04 од 22. априла 2004. г) који је ступио на снагу 23. априла 2004. г. предвиђено је образовање Надзорног одбора у ВСС. Надзорни одбор (у даљем тексту НО) састоји се од пет судија које на четири године бира Општа седница из реда судија ВСС, радом НО руководи председник кога из својих редова бирају његови чланови, а овлашћен је да по притужби или самоиницијативно контролише судске предмете, изврши увид у предмете, а након тога може да покрене поступак за разрешњем судије због несавесног и нестручног вршења дужности или предложити изрицање дисциплинске мере судији (чл. 40а и чл. 40б).

За покретање поступка за разрешење судије поред НО надлежан је председник суда, председник непосредно вишег суда, председник ВСС, ВПВ ако се ради о председнику ВСС (чл. 56) и министар надлежан за правосуђе (чл. 13 Закона о изменама и допунама Закона о судијама Сл. гл. РС бр. 42/02 од 19. јула 2002. г. који је ступио на снагу 27. јула 2002. г).

Поводом покренутих поступака за разрешење судија и председника судова због нестручног и несавесног рада ВПВ је од 24. априла 2003. г. до априла месеца 2007. г. донело одлуке:

1. У петнаест случајева поступак је обустављен, јер је председник суда који је покренуо поступак свој предлог повукао - све ове одлуке су из 2003. г.

2. Утврђено је да нема разлога за разрешење у тридесетиосам (38) поступака, од тога

- 2003. г. у дванаест (12)
- 2004. г. у осам (8)
- 2005. г. у десет (10)
- 2006. г. у седам (7)
- 2007. г. у једном (1)

3. Одлуку да изрекне меру упозорења донело је у тридесетседам (37) поступака, од тога

- 2003. г. у деветнаест (19)
- 2004. г. у четири (4)
- 2005. г. у седам (7)
- 2006. г. у шест (6)
- 2007. г. у једном (1)

4. Одлуку да се утврђује да постоје разлози за разрешење донело је у тридесетпет (35) поступака, од тога

- 2003. г. у двадестидва (22)
- 2004. г. у пет (5)
- 2005. г. у једном (1)
- 2006. г. у пет (5)
- 2007. г. у два (2)

Одредбе Закона о судијама које се односе на поступак који за последицу има изрицање одређених мера према судијама и председницима судова су сувише уопштене. Није јасно одређено за који облик несавесног рада судији или председнику суда може бити изречена одређена санкција, није дефинисано шта је савесно, а шта несавесно вршење судијске дужности, шта је нестручан рад, за који степен нестручног рада може бити изречена одређена санкција, како се утврђује да ли судија ради стручно или нестручно, шта представља недостојно понашање или који су критеријуми да се то утврди.

ВПВ је кроз своје одлуке и кроз образложења тих одлука дало одговор на нека од ових питања. Ти одговори могу бити занимљиви и значајни не само судијама, него и овлашћеним лицима за покретање поступка за разрешење судија као и стручној јавности и писцима неких будућих закона и других прописа којима ће се уређивати ова значајна област.

Овај реферат је покушај да се прикажу критеријуми и мерила која је ВПВ имало у поступку доношења одлука. Истовремено се дају и други подаци (о иницијатору поступка, времену доношења одлуке, начину сазнања о раду судије или председника суда.) чија анализа може бар мало да помогне да се дисциплинска одговорност судија, које није било до октобарских промена, уреди на примерен начин, полазећи од постојећег стања, просечних радних резултата у Србији и циља који треба постићи.

Анализом ових одлука могао би се извести закључак о њиховој објективности, спремности судства да своје грешке призна и санкционише и стећи слика о стању у судству и узроцима таквог стања.

ОДЛУКЕ ВПВ – УТВРЂУЈЕ СЕ ДА НЕМА РАЗЛОГА ЗА РАЗРЕШЕЊЕ

Председник суда је покренуо поступак за разрешење судије због због несавесног вршења судијске дужности јер је судија као члан судског већа у тзв. изборним предметима учествовала у доношењу решења којима је одбачена жалба као преурањена, а председник суда сматра да су подносиоци жалби имали право да се о њиховим жалбама мериторно одлучује. ВПВ сматра да је одлука судског већа у коме је судија чије разрешење се тражи, донело правилну, закониту одлуку, наведене су одредбе закона које су примењене правилно, такође је утврђено да подносиоци жалбе нису побијали те одлуке у поступку ванредног преиспитивања пред Врховним судом Србије. ВПВ је утврдило да нема разлога за разрешење судије (одлука Су. бр. 99/03 и Су. бр. 100/03).

Поступак за разрешење судије због нестручног и несавесног вршења судијске дужности због поступања у једном истражном поступку и због тога што је у извештају о раду нетачно приказано да су завршени и они предмети који су били у раду окончан је доношењем одлуке којом се утврђује да нема разлога за разрешење, јер у истражним радњама судија није поступала несавесно, а извештај о раду са нетачним подацима о завршеним предметима није састављао тај судија. ВПВ не даје никакве податке о томе на основу чега је утврђено да у истражном поступку није било нестручног или несавесног рада, не наводи које радње и када су предузете и сл. (одлука Су. бр. 100/03).

Надзорни одбор је покренуо поступак за разрешење судије због одуговлачења поступка у једном парничном предмету који је покренут тужбом из 1994. г., а који је судија добио у рад 2002. г., заказао два рочишта у 2002. г., једно рочиште у 2003. г., а ни једно рочиште у 2004. г. НО је притужбу поднела странка и односила се на рад суда, а не на рад судије. ВПВ сматра да нема несавесног и нестручног вршења дужности, јер је утврдило да рочишта нису заказивана из оправданих разлога, недосајао је један уговор који је битан за пресуђење, а судија је била активна у прибављању тог документа, сем у периоду када се налазила на боловању, да је судија била задужена са 505 предмета, да је заказивала рочишта у предметима у којима је било услова за извођење доказа и окончање парнице, да странке нису тражиле да се расправа закаже, да је реч о искусном судији и да на рад у другим предметима није било притужби, да је од 2002. г. руководилац судске праксе и да је у међувремену судија напредовала избором у окружни суд (одлука Су. бр. 82/05).

На основу притужбе наследника странке у поступку ВПВ је иницирало поступак за разрешење судије због поступања у једном парничном предмету са којим је задужена 2003. г., у коме постоји и захтев за издавање привремене мере о коме није донета одлука. ВПВ веће сматра да не постоје разлози за разрешење, јер је у предмету заказано три пута рочиште у 2003. г. и једно рочиште у 2004. г. на коме је изведен доказни поступак и главна расправа закључена, да одлука није написана непуне две године, да није одлучено о привременој мери до покретања поступка за разрешење, да је тада привремена мера одбијена, да је судија учинила пропуст у раду јер је занемаривала прописане рокове за доношење привремене мере и одлуке о главној ствари само у једном предмету, да је имала у раду велики број предмета, да се ради о младом и неискусном судији (одлука Су. бр. 76/06).

На рад судије притужбу је поднео адвокат, а НО је покренуо поступак за разрешење због несавесног обављања дужности, јер у једном кривичном предмету скоро три године није заказан ни један главни претрес, а за то није постојао оправдан разлог. ВПВ је у одлуци детаљно приказало све предузете радње у том поступку до доношења одлуке, утврдило да је судија истовремено радио и у другом суду где је распоређен одлуком председника суда, да поступак није одуговлачен намерно и да нису наступиле штетне последице за оштећеног, да није дошло до застарелости кривичног гоњења, да је поступак вођен стручно и квалитетно, да је био компликован због спајања два кривична поступка и да је успорен јер је оштећени у току поступка умро. Такође је утврђено да је судија имао добре резултате рада, да је радио као првостепени кривични судија, као председник другостепеног кривичног већа, радио је кривичне увиђаје, био је председник кривичног одељења и заменик председника суда, да је због недостатка судија радио и оставине. Подружница адвоката дала је званично мишљење о судији и оценила његов рад

као веома стручан а судију као вредног, савесног, одговорног и угледног човека. Како се ради о пропустима у само једном предмету, а судија је имао све описане карактеристике и радне резултате, ВПВ сматра да нема разлога за његово разрешење (одлука Су. бр. 77/06).

НО покренуо је поступак за разрешење судије због тга што је у једном кривичном предмету наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења за кривично дело повреде гроба. ВПВ сматра да нема разлога за разрешење. Утврђено је да је након једног укидања првостепене пресуде спроведен поступак и главни претрес закључен, а да је одлука написана после нешто више од године дана, да је судија у том периоду изабрана за председника тог суда, да исти судија ради поред кривичних предмета и извршне, ванпарничне, земљишнокњижне и да је радила као заменик председника суда, да је суд радио са мањком судија, да је била ангажована на сређивању зграде суда и стварању нормалнијих услова за рад, а приликом селидбе спорни предмет је грешком стављен у погрешну фасциклу и тако није написана одлука на време. ВПВ детаљно је навело садржину списа и предузете радње, затим утврдио да је подносиоцу притужбе судија исплатила све трошкове кривичног поступка које је имао. ВПВ је закључило да није намерно одуговлачен поступак, да се поступак одвијао без одуговлачења, а да је измакло дужној пажњи поштовање рокова за израду пресуде због преоптерећености, а да је такав рад овог судије само у једном предмету (одлука Су. VIII 19/07).

ОДЛУКЕ ВПВ – ИЗРИЧЕ СЕ МЕРА УПОЗОРЕЊА

У поступку за разрешење судије због нестручног и несавесног рада кога је иницирао председник суда, јер је судија имао лоше резултате у погледу квалитета рада што показује чињеница да је 1999. г. имао 41% укинутих пресуда, а 2000. г. 57%, а у два кривична предмета наступила је апсолутна застарелост кривичног гоњења. ВПВ је утврдило да се ради о нестручном и несавесном раду у вршењу судијске дужности и изрекло меру упозорења. Судија је две године узастопно завршавао по 16 предмета са ознаком "К", у том периду имао је прве године 41%, а наредне године 57% укинутих одлука, да је у два предмета наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења, да је до тога дошло у једном предмету и кривицом судије, а да у другом предмету нема пропуста у раду судије. У одлуци нема чињеница из којих ВПВ изводи тај закључак. Своју одлуку ВПВ образлаже чињеницом да је судија имао озбиљних породичних проблема (његова супруга је из здравствених разлога више пута покушала самоубиство, да је у томе коначно успела), да се ради о дугогодишњем искусном судији који је у свом раду показивао задовољавајуће радне резултате, пре и после породичне трагедије (одлука Су. бр. 124/02).

Председник суда је покренуо поступак за разрешење судије који је у периоду од две године радио несавесно, јер није поштовао рокове за писање одлука, па је у више од осамдесет предмета одлуке израдио у року од једног до десет месеци и због неоправдано дугог трајања поступака у десетак предмета. ВПВ је на основу података које је доставила комисија формирана од судија непосредно вишег суда закључило да се ради о "углавном оправданим разлозима" што поступци дуго трају, не наводећи те разлоге, нема података у одлуци ВПВ колико дуго трају ти поступци. Утврђено је такође да су одлуке у 81 предмету израђене са "релативно значајним прекорачењем законских и општеприхватљивих рокова" у четири године узастопно, да су израђене у року од једног до десет месеци, затим су посматрани укупни радни резултати и констатовано да је судија у дужем временском периоду релативно успешно обављала судијску дужност. ВПВ је изрекло меру упозорења сматрајући да ће она постићи сврху (одлука Су. бр. 93/03).

Поступак за разрешење судије иницирао је министар правде, јер поступање судије указује на нестручан рад. ВПВ је анализаро рад у једном предмету на који је упућен иницијалним актом и утврдило да је након укидања пресуде у кривичном предмету судија заказала претрес одмах, да је због недоласка браниоца окривљеног претрес више пута одлагала иако су били испуњени услови да се претрес одржи, да је након доношења пресуде отправак пресуде експедован из суда после више од шест месеци, а да је у време експедовања пресуде већ била наступила апсолутна застарелост за вођење кривичног поступка против окривљеног, за кривично дело за које је прописана казна од три месеца до три године. ВПВ је оценило да се ради о несавесном обављању судијске дужности, да нису испуњени услови за разрешење, али да су испуњени услови за изрицање мере упозорења. Судија је на ту функцију изабрана 1997. г., радила је као парнични судија до 2003. а од тада суди у кривичним предметима. (одлука Су. бр. 143/05).

Председник Врховног суда Србије обратила се председнику окружног суда и указала на пропусте у раду судије општинског суда са упутством и налогом да предузме мере које су у надлежности непосредно вишег суда, а након тога је председник окружног суда покренуо поступак за разрешење судије општинског суда. ВПВ је дало детаљне податке о раду судије и предузетим радњама у предмету који је разлог за преиспитивање рада судије и закључило да је судија нестручно вршила судијску дужност јер је упутила странке на поступак медијације и одредила застој у парници од 60 дана за тај поступак, што је у супротности са одредбама Закона о посредовању- медијацији који изричито прописује да се одредбе тог закона не примењују на спорове поводом отказа уговора о раду и исплате минималне зараде и који прописује да поступак посредовања траје 30 дана. Поступак у тој парници је покренут тужбом из 1992, ради поништаја решења о престанку радног односа, у парници је промењено неколико судија, првостепене пресуде су укинуте шест пута. ВПВ сматра да за утврђени степен нестручног вршења судијске дужности у једном предмету нису испуњени услови за разрешење судије, али да су испуњени услови за изрицање мере упозорења, имајући у виду чињеницу да судија ради као медијатор и арбитар за мирно решавање радних спорова, што поступању судије даје тежи вид, и због тога

што је учињеним допринела да поступак дуже траје, а у парници у којој је трајање поступка било неоправдано дуго. (одлука Су. бр. 92/06).

Поводом притужбе адвоката, пуномоћника странке НО је након анализе рада у предмету, покренуо поступак за разрешење судије због несавесног вршења судијске функције. ВПВ је утврдило да је парнични поступак покренут тужбом из 2001. г., да је прво рочиште заказано након две године и три месеца (2004) и одложено на неодређено време, да је следеће рочиште заказано после две године (2006. г) када је донето решење да се сматра да је тужба повучена јер се ради о спору мале вредности. Степен испољеног несавесног вршења судијске дужности у једном предмету, од судије који ту дужност обавља 20 година, по мишљењу ВПВ оправдава изрицање мере упозорења. (одлука Су. бр. 101/06).

Поводом притужбе повериоца на рад судије у извршном предмету, а на захтев НО достављнени су извештаји о раду судије, извештаји о старим извшним предметима и предметима који се налазе код извршитеља чији рад надзире судија, након чега је НО оценио да је судија у тим предметима несавесно вршила судијску дужност и покрено поступак за разрешење. ВПВ је утврдило да судија у једном предмету није предузела ништа годину дана и два месеца, а да је у предмету поступала само на интервенцију НО, да су код судског извршитеља 22 предмета из 2000. г. у којима није рађено ништа до 2004. г. да у 18 извршних предмета није поступано у дужем периоду, дати су у одлуци детаљни подаци о стању у списима и датумима предузимања радњи у поступку и из тога ВПВ извело закључак да је судија несавесно вршила судијску дужност јер у предметима није поступала или је изостао надзор као извршног судије што је довело до одуговлачења у решавању предмета и до занемаривања прописаних рокова у вођењу поступка, да степен испољеног несавесног вршења дужности и наступиле последице оправдавају изрицање мере упозорења, а да нису испуњени услови за разрешење судије, јер је судија била оптерећена великим бројем предмета, да је поред овог посла радила једно време као ванпарнични судија. (одлука Су. бр. 110).

Поступак за разрешење функције председника суда иницирао је НО коме је председник Врховног суда Србије проследио притужбу општинског јавног тужиоца која се односи на рад судија и председника општинског суда и указује на непоштовање рокова за израду одлука и рокова за заказивање главног претреса, јер је из прикупљених извештаја утврдио да је председник суда несавесно вршила председничку дужност. ВПВ је утврдило да председник суда није успоставила правилан и ефикасан рад судских већа, судија и запослених у суду како би се могла водити правилна евиденција о благовременој изради судских одлука и поштовању рокова, није у свему поступала у складу са одредбом 8. Судског пословника, што је поред осталог за последицу имало да у најмање 29 предмета одлуке нису благовремено експедоване што је у три предмета дошло до апсолутне застарелости кривичног гоњења. У том суду један судија је у 29 кривичних предмета одлуке израдио у року од неколико месеци до 6 година. Председник суда је објаснила како је до тога дошло наводећи да је према постојећој евиденцији било немогуће утврдити да завршени предмети стоје код судије и да одлуке нису израђене, да су стизале притужбе и ургенције које су улагане у судске списе, а са којима није била упозната, да је вршен преглед суда редовно и да окружни суд није указивао на било какве пропусте, да је у окружном суду утврђено да је један исти судија у два предмета израдио одлуку после више од годину дана али да о томе није известио председника општинског суда. ВПВ изрекло је меру упозорења (одлука Су. бр. 72/05).

ОДЛУКЕ ВПВ – УТВРЂУЈЕ СЕ ДА ПОСТОЈЕ РАЗЛОЗИ ЗА РАЗРЕШЕЊЕ

ВПВ је утврдило да постоје разлози за разрешење судије због несавесног и нестручног обављања судијске дужности које је иницирао председник суда јер је утврдио да су тачни наводи из иницијалног решења. Анализиран је рад судије који је на ту функцију изабран 1997. г. за период од 2000. г. до 2003. г. а који ради у грађанском одељењу и утврдио да је у 2000. г. имао најмањи број решених предмета у том одељењу, да је у 2001. г. имао 30 ожалбених предмета, да је укинуто 46, 66%, да је 2002. г. имао најмањи број решених предмета а 53% укинутих, да је 2003. г. решио просечан број предмета за грађанско одељење и имао велики проценат укинутих

одлука. У већем броју предмета прекидао је поступак и по четири пута, да би прекинути поступци били исказани као завршени предмети у којима се након наставка посупка предмет водио под новим бројем, поново прекидан и тако стварао нетачан резултат о завршеним предметима. (одлука Су. бр. 22/04).

ВПВ је утврдило да постоје разлози за разрешење судије које је у решењу о покретању поступка навео председник суда, утврдило је да у више предмета судија не поштује законске рокове у вођењу поступка и изради одлука, да је у више предмета у којима је рок за израду одлуке 8 дана судија вишеструко премашио тај рок и одлуку израдио после неколико месеци (од 3 до 8 месеци), такав рад је оценио као нестручан и несавестан. (одлука Су. бр. 52/02).

Да постоје разлози за разрешење судије ВПВ је утврдило за судију која је на ту функцију ступила 1997. г. са непуних чердесет година, а за коју је председник суда покренуо поступак због лоших радних резултата у погледу квалитета и квантитета и због непоштовања рокова за израду одлука. ВПВ је утврдило да је судија у 2000. г. испунила норму са 72, 79%, и имала 75% укинутих одлука у односу на ожалбене, да је 2001. г. норму остварила са 59, 41 %, а да је имала 73, 91% укинутих одлука, у 2002. г. норму је оставрила са 69, 73%, и имала 75, 82% укинутих одлука, навело је податке за око 70 одлука које нису написане у року, а написане су након 16 дана до 90 дана. (одлука Су. бр. 59/02).

Председник суда је иницирао поступак за разрешење судије због лоших радних резултата. ВПВ је утврдило да судија која је изабрана 1992. г. са 35 година, не испуњава оријентациону норму, да је 2000. г. норму испунила са 44, 48 %, у 2001. г. са 46, 19%, а 2002. г. остварила је норму са 36, 04%, да не поштује рокове за израду судских одлука и да је у 13 предмета одлуку израдила у року од 6-10 месеци, у 11 предмета одлуку је израдила у року од 10-12 месеци, а у 14 предмета у року дужем од једне године, да је судија имала у раду 43 старих предмета од укупно 71 старих парничних предмета који се у том суду налазе. Овакав рад ВПВ сматра несавесним, па је донело одлуку да постоје разлози за разрешење судије. (одлука Су. бр. 114/02).

ВПВ је утврдило да постоје разлози за разрешење судије који ту функцију обавља 20 година јер је утврдило да су тачни наводи и достављени подаци у решењу председника суда којим је поступак покренут, а који се односе на радне разултате у погледу квалитета и квантитета и на непоштовање законских рокова у изради одлука. Судија је испунила оријентациону норму у парничним споровима са 44, 40% у 1999. г. са 39, 56% у 2000. г., са 53, 75 % у 2001. г.. Укинутих одлука изражено у процентима у односу на ожалбене имала је 1999. г. 56, 86%, за 2000. г. нема података о укинутим већ о потврђеним одлукама, било је 19, 44%, а у 2001. г. 56, 71% укинутих одлука. У 27 предмета одлуку је израдила после 60 дана. (одлука Су. бр. 119/02).

Утврђено је да постоје разлози за разрешење судије у поступку који је иницирао председник суда јер је ВПВ утврдило да судија касни са израдом одлука, да је у једном предмету одлуку израдио после шест месеци, у два предмета после више од 8 месеци, у три предмета после више од две године, у два предмета после више од три године и шест месеци, у једном предмету после седам година, да је судија испуњавао прописану норму од 2000. г. до 2002. г. са 62% и 87%, и имао 31% и 38% укинутих одлука. Приговор судијин да нису узети у обзир резултати рада у оставинским предметима, већ само у праничним ВПВ је ценило, утврдило је да су резултати рада истог судије у оставинској реферади бољи, али да се тим резултатима не могу правдати резултати рада у парничним предметима који су крајње нестручни и несавесни. (одлука Су. бр. 116/02)

Председник суда је иницирао поступак да се утврди да постоје разлози за разрешње судије који је до 1995. г. радио као судија и потом отишао у адвокатуру где је радио до јуна 2000. г. када је поново биран за судију, а који је у кривичном поступку у коме је оглашен кривим за кривично дело примања мита кажњен казном затвора у трајању од две године. ВПВ је утврдило да је судија кажњен на безусловну казну затвора у трајању од две године и утврдило да постоје разлози за његово разрешење. (одлука Су. бр. 120/02).

Против судије који је у периоду од 1992. г. до 2001. г. вршио функцију председника суда у општинском суду у који је изабран за судију 1980. г. покренуо је поступак за разрешење председник суда због понашања које је неспојиво са вршењем судијске дужности и нестручног и несавесног рада и навео да је судија издао свој пословни простор у закуп и да је у том објекту закупац др-

жао "јавну кућу", коцкарницу и угоститељски објекат, а да је судија корумпиран од бившег режима јер је добио од општине грађевинско земљиште по нереално ниској цени, да је несавесно поступио у једном кривичном предмету у којем једанаест месеци није радио ништа, да је неуспешно обављао судијску дужност. ВПВ је анализирало рад судије за 2001. г., 2002. г. и за 2003. г. у погледу квалитета и квантитета и расположиву документацију о куповини плаца и издавања у закуп пословног простора, утврдило је да 2002. г. судија није остварио оријентациону норму у раду, да је у прва четири месеца 2003. г. норму остварио 23%, да квалитет рада није био задовољавајући, да је одуговлачио решавање једног истражног предмета ради спровођења истражних радњи због кривичног дела недозвољене трговине нафтом са којим је био задужен као судија, а кога је ставио у касу суда, да се судија није понашао неморално јер је свој пословни простор дао у закуп у коме је закупац држао угоститељски објекат, да је судији у поступку деекспропријације враћено земљиште које је платио по цени коју су платили и други учесници у деекспропријацији. Утврђено је да постоје разлози за разрешење због нестручног и несавесног рада. (одлука Су. бр. 121/02).

ВПВ је утврдило да постоје разлози за разрешење судије који је до избора за судију радио у државној безбедност и службама скупштине општине, а за судију изабран 1997. г. са 46 година, радио је најпре у кривичној, а затим у парничној реферади, јер је у 2001. г. радио кривичне предмете, завршио је укупно 33 предмета, од 28 ожалбених 16 одлука је укинуто, а свих 33 одлука израдио је после 60 дана. У 2002. г. радио је и кривичне и парничне предмете, решио је 9 предмета мериторно, све одлуке написао је после тридесет дана, у том периоду наступила је апсолутна застарелост за кривично гоњење у два предмета, на његов рад и понашање у суду и ван суда било је више примедаба. (одлука Су. бр. 132/02).

ВПВ је утврдило да постоје разлози за разрешење судије који је правноснажном кривичном пресудом оглашен кривим за извршење кривичног дела кршења закона од стране судије из чл. 243 КЗ РС и кажњен казном затвора у трајању од четири месеца, условно на годину дана, јер га почињено кривично дело чини недостојним за вршења судијске дужности. (одлука Су. бр. 149/02).

Разлози за резрешење су утврђени за судију који у три године узастопно није остварио задовољавајући квалитет, јер има велики број укинутих одлука, који у посматраном периду једне године није остварио оријентациону норму, који неблаговремено и неажурно поступа у предметима код заказивања расправа и израде одлука, против кога су честе притужбе на рад, судије који нема добру комуникацију ни са судијама ни са запосленима у суду, а са председником суда комуницира само писмено. Од 20 најстаријих предмета у суду 18 предмета су код овог судије, у пет предмета расправа није заказана од 1 године до 2,5 година (одлука Су. бр. 18/03).

ВПВ је утврдило да постоје разлози за разрешење судије наведени у иницијалном акту председника суда, које судија признаје, да је судија у дужем временском периоду несавесно обављао судијску дужност, па у одлуци ВПВ само примера ради наводи неке од примера несавесног рада, то су: у 18 парничних предмета одлука није написана после више година, у једном 4,5 године, у једном после четири године, у бракоразводној парници другостепена одлука није експедована три године, у парници ради дечијег издржавања другостепена одлука није експедована 3 године и десет месеци, у другим предметима не поступа више година, тако у једном предмету ништа није рађено 8 година, у неким истражним предметима после донетих решења о спровођењу истраге није радио ништа једну до две године, у два кривична предмета наступила је апсолутна застарелост кривичног гоњења. (одлука Су. бр. 82/03).

Судији је правноснажном пресудом изречена безусловна казна затвора у трајању од једне године и три месеца јер је извршио кривично дело примања мита из чл. 254 ст. 1 КЗ РС, па је ВПВ утврдило да постоје разлози за његово разрешење. (одлука Су. 52/04).

У поступку који је покренуо председник суда ВПВ је утврдило да постоје разлози за разрешење судије због осуде за кажњиво дело које га чини недостојним судијске дужности, јер је утврдило да је судија у обављању судијске дужности у парничном предмету донео незаконит акт – решење којим је усвојио повлачење тужбе и одрицање од тужбеног захтева, а на записнику где је дата изјава о повлачењу тужбе констатовао је присутност пуномоћника који је две године раније умро, са одлуком да се предмет изведе из "П" уписника и као решен архивира, то решење је својеручно потписао и оверио, а у намери да прикрије доношење незаконитог реше-

ња о томе није обавестио странке, због чега је оглашен кривим и кажњен правноснажном одлуком на казну затвора у трајању од четири месеца условно на годину дана. Ради се о судији који ту дужност врши од 1974. г. а који је био председник суда у периоду од 1981. г. до 1992. г. једанаест година. (одлука Су. бр. 46/06-1).

Председник суда је покренуо поступак против судије због лошег рада и честих примедаба странака на њен рад и због тога што је судила у предмату у коме је била дужна да се изузме. ВПВ је утврдило да је судија на ту функцију изабрана у септембру 2000. г. а да је пре доласка у суд седам година радила на другом послу, да је 2000. г. била ангажована у раду Савезне изборне комисије, да је 2001. г. остварила норму за 55%, имала 11 ожалбених пресуда од којих је 9 укинуто, проценат остварења норме 2002. г. је 82%, ожалбених пресуда било је 24, од тога 9 укинутих, проценат остварене норме 2003. г. је 82%, а од ожалбених 25 одлука 80% је укинуто. Судија је поступала у предмету у коме је тужилац зет судијин, а пуномоћник тужиоца судијина рођена сестра. ВПВ сматра да не стоје разлози за разрешење који се односе на квантитете, јер је утвдило да судија није имала довољно предмета у раду што је утицало на број завршених предмета, а да постоје разлози за разрешење због нестручног вршења судијске функције због показатеља о квалитету рада кроз укинуте одлуке, због високог процента тих одлука. Судија није смела да суди у предмету у коме је странка њен зет, сродник по тазбини до другог степена, а пуномоћник њена рођена сестра, јер је била дужна да прекине рад у том предмету, обавести председника суда који је обавезан да предмет додели у рад другом судији. (одлука Су. бр. 3/04).

Министар правде РС покренуо је поступак против председника суда због несавесног поступања које се огледа у пропуштању да успостави правилан и благовремен рад суда због чега је дошло до поремећаја у раду суда, а до оваквог закључка предлагач је дошао на основу података из извештаја о извршеној контроли суда који је сачинио Одсек за надзор и интерну контролу министарства правде РС. Извештај о контроли суда садржи повреде Судског пословника и недостатке који се тичу материјално финансијског пословања суда. Повреде пословника набројане у иницијалном акту су: већина уписника није закључена на прописан начин, уписник "Су" не даје податке о томе како и када су решене притужбе, књига одузетих предмета није устројена прописно, на омоту списа архивираних предмета није одређен рок чувања, судске одлуке и записници нису уредно потписани, на већини предмета није стављена ознака суда. Недостаци у материјално финансијском пословању суда су: суд наплаћује услуге фотокопирања без утврђене цене, финансијска средства нису трошена наменски, приликом вршења набавки нису поштовани прописи, вршене су исплате по непрописно састављеним рачунима, дневнице за путовања судија у земљи нису исплаћиване у складу са прописима, дневнице за пут у иностранство плаћене су непрописно јер није донето решење о упућивању на службени пут које садржи циљ путовања, дужина и податке о томе да ли су обезбеђени бесплатни смештај и исхрана, трошкови мобилног телефона председника суда нису у складу са одлуком Владе РС, није извршен повраћај средстава који је исказан као вишак. ВПВ је нашло да су у потпуности основани разлози који се односе на повреду Судског пословника и наводи који се односе на материјалнофинансијско пословање - поступак јавних набавки није се спроводио у складу са важећим прописима, а дневнице за путовање у иностранство нису вршене у складу са важећим прописима, а плаћене су председнику суда за четири путовања, да је председник суда теже повредио важеће прописе јер је игнорисао прописе који се односе на посебан начин уређења питања набавке материјалних добара која су потребна за нормално функционисање суда и којима се прецизно прописују правила о начину утрошка средстава суда за службена путовања у иностранство, да је повредом прописа председник суда несавесно поступао што је штетило угледу суда јер је председник суда прва особа у суду која мора поштовати законитост у раду јер има овлашћење и обавезу да од осталих запослених захтева законитост у раду и да се стара о угледу суда. (одлука Су. бр. 60/05).

ВПВ је утврдило да постоје разлози за разрешење судије које је у решењу о покретању поступка навео председник суда, јер је утврдио да је судија крајње немарно поступао, да је занемаривао рокове у вођењу поступка у кривичним и малолетничким кривичним поступцима у већем броју предмета а да су процесне радње предузимане са битним закашњењем што је утицало на благовремено окончање поступка. ВПВ је анализирало рад у тридесетпет предмета, радне резултате судије за четири последње године и утврдило да је судија несавесно обављао судијску дужност. (одлука Су. бр. 157/05).

Решењем председника Врховног суда Србије покренут је поступак за разрешење председника окружног суда са дужности председника, на основу приложене писмене документације и изјава обе стране у поступку утврђено је да постоје разлози за разрешење председника суда са те дужности, јер председник суда у вршењу те функције није успоставио правилан и благовремен рад суда, није направио одговарајући распоред рада нити је распоред рада донет уз поштовање одређене процедуре, председник суда није успоставио одговарајуће односе са судијама и запосленим у окружном суду, са председницима и судијама подручних судова, није реализовао мере које је наложио председник ВСС нити доставио извештај о томе иако је извештај тражен, давао је наредбе судијама за поступање у одређеним предметима на начин којим је прекорачивао своја овлашћења, није поштовао правило о расподели предмета случајем, у конфликту је са судијама и тужиоцима. Све ово документовано је и образложено. ВПВ налази да постоје разлози за разрешење са председничке дужности због несавесног и нестручног рада. (одлука Су. бр. 114/06)

Председник окружног суда покренуо је поступак за разрешење са функције председника општинског суда због несавесног рада, због непредузимања мера да се спречи одуговлачење поступака, незахтевања да судије и запослени раде законито и због тога што није поступао по важећим прописима којима се обезбеђује уредно и благовремено обављање послова судске управе и других послова који су од значаја за унутрашњу организацију и рад судова. ВПВ је утврдило да председник суда није увео мере ради благовременог обављања послова у суду као што су унутрашње организовање суда, увођење прековременог рада судија и запослених, привремену прерасподелу радног времена, а радни резултати суда су изразито лоши, суд је неажуран, има велики број притужби, постојало је упозорење председника непосредно вишег суда. Иако је после упозорења донет Програм мера ради благовременог обављања послова у суду он је био уопштен. Председник суда није поштовао законске прописе који се односе на поступак по притужбама, па је изостао одговор на неке притужбе и обавештавање председника окружног суда и министра правде када је таква обавеза предвиђена. Председник суда није поштовао прописе који се односе на обавезу да покрене поступак за разрешење судија, иако је према извештајима председника суда било јасно да судије несавесно обављају судијску дужност и не поштују законске рокове у поступку и изради судских одлука. ВПВ је оценило да је рад председника суда несавестан и да председник суда ту функцију обаља неуспешно и утврдило да постоје разлози за разрешење председника суда са те дужности. (одлука Су. бр. 78/06).

ВПВ је утврдило да постоје разлози за разрешење судијске дужности судије који више од пет година обавља послове у УНМИК-овом правосуђу, најпре као судија општинског а затим окружног УНМИК-овог суда, да тамо прима плату и то без сагласности наших државних органа, а формално се и даље води као судија општинског суда у РС у суду у коме фактички не ради од новембра месеца 2000. г. нити ту остварује било каква новчана примања. ВПВ је одлуку донело јер су испуњени разлози за разрешење судијске дужности из чл. 27. ст. 1 и 2 и чл. 55 ст. 2 Закона о судијама којима је прописано да судија не може бити на дужностима у органима који доносе и извршавају прописе, бити члан политичке странке, бавити се било којим јавним или приватним плаћеним послом, нити пружати правне услуге или савете уз накнаду а са дужношћу судије неспојиве су и друге службе, послови и поступци који су опречни достојанству и независности судије или штете угледу суда. (одлука Су. бр. 96/06).

Из приказаних одлука ВПВ се не може видети, а треба напоменути, да су сви поступци покренути против судија општинских судова и председника општинских судова, сем једног поступка који је вођен против председника окружног суда.

ЈАВНО ИНФОРМИСАЊЕ

Проф. др Владимир В. Водинелић,
редовни професор Правног факултета Универзитета Унион у Београду

ЕВРОПСКИ СТАНДАРД СЛОБОДЕ МЕДИЈА

А. Европски стандард слободе медија као обавезни минимални стандард

1. ***Обавезан минимални стандард***. Правила о слободи медија која чине европски стандард слободе медија садржана су у *члану 10. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода* (ЕК),[1] и конкретизована и даље развијена у богатој *прецедентној пракси* (Court's settled ca-

[1] Члан 10. Слобода изражавања (Став) "1. Свако има право на слободу изражавања. Ово право укључује слободу поседовања сопственог мишљења, примање и саопштавање информација и идеја без мешања јавне власти и без обзира на границе. Овај члан не спречава државе да захтевају дозволе за рад телевизијских, радио и биоскопских предузећа". (Став) "2. Пошто коришћење ових слобода повлачи за собом дужности и одговорности, оно се може подвргнути 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, заштите угледа или права других, спречавања откривања обавештења добијених у поверењу, или ради очувања ауторитета и непристрасности судства". – Закон о ратификацији ЕК за заштиту људских права и основних слобода, измењене у складу са Протоколом број 11, Протокола уз конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Протокола број 4 уз конвенцију за заштиту људских права и основних слобода којим се обезбеђују извесна права и слободе који нису укључени у конвенцију и први протокол уз њу, Протокола број 6 уз конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне, Протокола број 7 уз конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Протокола број 12 уз конвенцију за заштиту људских права и основних слобода и Протокола број 13 уз конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне у свим околностима, "Службени лист СЦГ – Међународни уговори", бр. 9/2003, 5/2005, 7/2005.

se-law) *Европског суда за људска права у Стразбуру* (ЕС), као и бројним *актима Савета Европе*, попут Конвенције о прекограничној телевизији.

Као и за друга конвенцијска права, тако и за слободу медија ЕК чланом 10. поставља само *минимални* стандард, док национални правни поредак може да гарантује и виши стандард. "За Суд (ЕС) је у том смислу довољно ако су домаће власти примениле стандарде који су у складу са принципима садржаним у члану 10" (Jersild v. Denmark, 23. 9. 1994, став 31).

Овај минимални стандард је *обавезан* и *заједмчен* (чл. 1. ЕК).[2] У државама у којима је ЕК ратификована, слобода медија: *мора* да *садржи бар* оне слободе, права и овлашћења који чине минималну садржину те слободе (о чему под Ц. 1), а не мање од тога;[3] и, *не сме се ограничавати другачије, из других разлога и више* него што то предвиђа и допушта минимални стандард (о чему под Ц. 2). Укратко, слободи медија *мора* се *обезбедити бар онај ниво заштите* који представља минимални стандард. А, ЕС је "дужан да се стара о томе да ове обавезе држава буду поштоване (чл. 19), и овлашћен је да донесе коначну одлуку о томе" да ли су поштоване онако "како је рагулисано чланом 10" (Handyside v. the United Kingdom, 12. 12. 1976, став 49).

Заједмчени минимални стандард слободе медија мора бити *делотворан, стваран*: слобода медија не сме остати само "теоријско и илузорно право", већ мора бити "*практично и ефикасно"*, право које се доиста ужива (о томе под Б. 2).

Заједмчени минимални стандард слободе медија садржи како *негативну* обавезу државе да не повређује слободу медија (Б. 3, Б. 5), тако и *позитивну* обавезу, да штити од повреда (Б. 3, Б. 4).

---

[2] Члан 1. ЕК: "Високе стране уговорнице јемче свакоме у својој надлежности права и слободе одређене у Делу I ове Конвенције."

[3] Национално законодавство може предвидети и друга и шира права и слободе од заједмчених ЕК, и пооштрити услове за њихово допуштено ограничавање, сме их, дакле, само повећавати, а не смањивати. Како је речено, на пример, у Енглеској у вези са тамошњим Human Rights Act-ом од 2000. године: "Convention rights are, as it were, a floor if rights; and if there are different or superior rights or freedoms conferred by or under any law having effect in the United Kingdom, this is (an Act) *which only gives and does not take away* (Lord Chancellor, HL Debs, col. 510, 18 November 1997)", нав. по К. Стармер – И. Бурне, *Blackstone's Human Rights Digest*, Лондон, 2001, стр. 42.

Минимални стандард слободе медија гарантован је *свакоме*, како појединцима, физичким лицима, тако и организацијама, правним лицима. А када је реч о правним лицима, такође без обзира на то која су и да ли су комерцијална, профитна (Autronic AD v. Switzerland, 22. 5. 1990, став 47, Groppera Radio AG and others v. Austria, 28. 10. 1990, став, Casado Coca v. Spain, 24. 2. 1994, став 35, Bergens Tidende and others v. Norway, 2. 5. 2000, став 40).

Зајемчени минимални стандард слободе медија важи *спрам свакога (апсолутно дејство)*: слободу медија не сме да повређује држава, али ни било који други субјект, физичко или правно лице. Осим вертикалног дејства – у односу на државу ("Ово право укључује слободу... без мешања државе", чл. 10. ст. 1. реч. 2), има, дакле, и хоризонтално дејство – спрам других појединаца и организација. Правила о слободи медија, која чине европски стандард, важе и за односе у којима не учествује јавна власт. Држава је обавезна да штити слободу медија и када повреду врше друга физичка и правна лица: ЕК "није непримењива" зато што повреда неког конвенцијског права не потиче од државе него од приватног лица, организације или појединца" (A v. the United Kingdom, 23. 9. 1998, став 22, Rommelfanger v. Germany, 6. 9. 1989, став 2; "обавеза је државе уговорнице да предвиди мере заштите права на приватност појединца кога други појединац повреди вршењем права на изражавање мишљења", Casado Coca v. Spain, 24. 2. 1994, став 39).

2. ***Услови за спровођење стандарда***. Да би тај стандард важио и био спроведен у Србији, у унутрашњем праву *не смеју да постоје препреке* за његову обавезност и спроводивост. То значи, с једне стране, да правне норме пореклом из домаћег права *немају јачу правну снагу* од члана 10. ЕК и одлука ЕС (о томе даље под 3), и да се, с друге стране, морају *спровести одлуке ЕС* које донесе по представкама против државе Србије због непоштовања европског стандарда зајемченог чланом 10. ЕК (4). Фактички предуслов за стварни правни живот европског стандарда људских права јесте да у Србији како заинтересована лица, о чијој се слободи ради, нарочито медијски посленици, тако и правници, посебно правници у медијима, адвокати и судије, *познају правила која чине европски стандард* (5). Ево како стоји са тим трима стварима код нас.

3. ***Правна снага европског стандарда***. Наизглед се по доношењу новог Устава Србије 2006[4] ствар са обавезношћу европског стандарда изменила нагоре. Чини се, наиме, као да је од тада европски стандард *обавезан само под условом да није противан Уставу.* Ако се упореди Устав Србије од 2006. са Уставном повељом државне заједнице Србија и Црна Гора од 2003. године (УП),[5] могло би се, наиме, помислити да са обавезношћу европског стандарда ствари сада стоје другачије, горе по њега него пре. Као и раније (по чл. 10. УП), тако се, додуше, и сада (по чл. 16. ст. 2. реч. 1, чл. 18. ст. 2. реч. 1. и чл. 194. ст. 4. УС) одредбе ратификованих међународних споразума примењују *непосредно* (тј. за њихово важење није потребно да буду прво преузете од стране неког закона или другог унутрашњег извора права, него и без тога, самом ратификацијом постају део домаћег правног поретка). Али, док је (по чл. 16. УП) ратификовани међународни споразум имао *примат* у односу на све домаће изворе права, те ниједан *домаћи пропис није смео да буде са њим у супротности*, дотле сада (по чл. 16. ст. 2. реч. 2, чл. 194. ст. 4. реч. 2. УС) постоји примат Устава у односу на ратификовани међународни уговор, па *међународни уговор не сме да буде супротан Уставу*, а уставни суд одлучује о сагласности ратификованих међународних споразума са Уставом (чл. 167. т. 2).

Међутим, са становишта ЕК *свеједно* је какав јој је ранг дат у унутрашњем праву – да ли је она формално најјачи или формално чак најслабији извор права. За разлику од права Европске уније, које за себе захтева и формално апсолутни примат међу изворима права, ЕК то не тражи. Јер, све и да држава уговорница ЕК смести у хијерархији извора права на последње место, њене се одредбе *морају поштовати и спровести* (*obligations to result*). И то, не само ако је неки подзаконски акт или закон противан ЕК, него подједнако тако и ако стање супротно ЕК проистиче из Устава. Укратко, унутрашњи извор који је противан ЕК, који год тај био, мора бити измењен, с њом усклађен. Алтернатива је: или то или изаћи из Савета Европе. [6]

---

[4] "Службени гласник РС", бр. 98/2006.

[5] "Службени лист СЦГ", бр. 1/2003, 6/2003.

[6] За разумевање како то функционише у случају супротности неког устава ЕК, најпоучнији је пример Турске, која је из тог разлога морала да мења свој устав у више наврата.

Зато се новоуспостављеном хијерархијом у УС од 2006. године и одредбама о томе шта са чиме не сме бити у супротности *ништа није изменило у самој ствари обавезности европског стандарда*. Али се стање погоршало у погледу *ефикасности* остваривања односно постизања европског стандарда онда када је унутрашњи извор у супротности с ЕК, као и у погледу практичне могућности позивања судија на њега. Јер, са решењем какво је сада, тек се путем додатних корака стиже до онога што директно омогућује решење са приматом ЕК у односу на унутрашње изворе права (пошто сада дуже опстаје стање супротно ЕК а измене извора противног ЕК ради усклађивања са њом изискују време). Најкраће речено, обавезни циљ је остао исти: усклађеност са европским стандардом, само што садашње решење из УС од 2006. *не* омогућује да се на *најефикаснији* начин ЕК и европски стандард оживотвори и да судији, што мора, европски стандард и ЕК буду први пред очима и да га спроведу најкраћим путем.

ЕС се не бави првенствено тиме да ли је нека радња у складу са унутрашњим, домаћим правом, нити се у испитивању ограничава на то. Него, да ли је посреди стање супротно Конвенцији, тј. њеним одредбама и пракси ЕС. *Крајња заштита* зајемчене слободе медија остварује се – по *представци* лица које сматра да у земљи није било заштићено од повреде неком радњом – пред ЕС. Свака домаћа радња која задире у слободу медија, укључујући и сваку такву норму нашег унутрашњег права, и свака радња спровођења заштите од повреде слободе медија, подлежу *коначној контроли ЕС* са становишта *да ли је конкретно стање (пропис, правни акт, радња) у складу са Конвенцијом*, са њеним одредбама и праксом ЕС.

4. ***Спровођење одлука ЕС***. Нема још ниједне пресуде ЕС против Србије поводом члана 10. Да спровођење обавезујућих одлука наднационалних органа који се старају о поштовању међународно зајемчених људских права може у Србији да представља проблем, показало се управо у домену слободе медија, на примеру још увек неспроведене одлуке Комитета за људска права Уједињених нација у случају Кикиндских новина (случај Бодрожић), донете због кршења од стране домаћег суда слободе медија зајемчене чланом 19. Међународног пакта о грађанским и политичким правима (МП)[7]. Овом, првом одлуком те врсте, Србији је наложе-

[7] Закон о ратификацији Међународног пакта о грађанским и политичким правима, "Службени лист СФРЈ", бр. 7/71.

но да изврши низ радњи поводом повређене слободе медија из чл. 19. МП: укине пресуду, реституише казну, накнади судске трошкове, надокнади штету претрпљену кршењем права из члана 19. МП, као и да у року од 90 дана достави извештај Комитету УН за људска права.

5. ***Познавање стандарда***. Стварни живот зајемчене слободе медија не зависи само од расположивог правног оквира, него и од тога колико су свесни садржине слободе медија и њених граница, с једне стране, медијски посленици, нарочито новинари, са друге стране, водеће политичке снаге, нарочито, државни и политички функционери, а са треће стране – правници, пре свих судије, правници у медијима и адвокати. Досадашњи период важења и примене ЗоЈИ (као овдашње претходнице европског стандарда) и ЕК показао је озбиљне недостатке у погледу разумевања и познавања слободе масмедија и њених правних оквира код све три стране – и код новинара, и код политичких делатника и јавних функционера, али и код правника, не изузимајући одатле судије.[8] Судови не могу да одговоре своме позиву у вези са том зајемченом слободом ако не познају њену садржину и границе (Ц), а што, опет, не могу ако им јудикати ЕС у вези са чланом 10 нису доступни (Б. 4).

Б. Обавезе државе и судова у погледу зајемчене слободе медија

1. ***Зајемчена слобода: право титулара – обавеза државе***. Чланом 1. ЕК обавезале су се државе чланице на то да "јемче свакоме у својој надлежности права и слободе одређене у Делу I ове Конвенције", међу којима је и слобода медија (I део, чл. 10). И УС се "јемче... људска права... зајемчена међународним уговорима" (чл. 18. ст. 1. реч. 1), а изричито јемчи и слободу медија (чл. 46, 50. и 51). Слобода медија је зајемчена и чл. 19. МП. [9]

Међународно и уставно јемство слободе медија није пука прокламација, већ има правне последице. Статус зајемченог права или слободе значи, наиме, да то право мора да буде остваривo – *практично и дело-*

[8] Са таквим налазом сагласан је и Ј. Тркуља, *Однос медија и власти у Србији*, Hereticus (Часопис за преиспитивање прошлости), 1-2, 2006, стр. 24. и д.

[9] Члан 19. (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".

творно (2), а да би то било, давањем једном праву статуса зајемченог права намећу се јавној власти у погледу њега *одређене – позитивне и негативне – обавезе* (3).

2. ***Практично и делотворно право.*** Европски је стандард, учвршћен низом одлука ЕС, да се зајемченост конвенцијског права не своди на пуку прокламацију. Напротив, смисао је зајемчења да ЕК "јемчи не права која су теоретска или илузорна него права која су практична и делотворна" ("to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective" – Airey v. the United Kingdom, 9. 10. 1979, став 24, Artico v. Italy, 30. 5. 1980, став 33, Allenet de Ribemont v. France, 10. 2. 1995, став 35, Riepan v. Austria, 14. 11. 2000, став 29, United Communist Party of Turkey v. Turkey, 30. 1. 1998, став 33; слично већ у случају "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" /тзв. Belgian Linguistic Case/, 23. 7. 1968, став 41). Став, да зајемчено право мора бити практично и делотворно, ЕС је исказао у низу пресуда које су се тицале разних конвенцијских права (права на приступ правди, права на приватност, права удруживања, права на недискриминацију и др), али са важењем у погледу било ког конвенцијског права, укључивчи и слободу медија (Chassagnou and others v France, 29. 4. 1999, став 100): тако се ни зајемченост слободе медија не исцрпљује у самој прокламацији слободе, него држава мора да обезбеди да и та слобода буде практична и делотворна.

3. ***Позитивне и негативне обавезе државе***. Да би зајемчено право било практично и делотворно, држава има одређене обавезе које за њу ствара зајемченост права. Тако је европски стандард да држава у погледу конвенцијских права има, не само *негативну обавезу, обавезу уздржавања* – да *не повређује* зајемчено право (да у њега не задире, не дира, да се у њега не меша, што изричито каже реч 2. става 1. члана 10), него и *позитивне обавезе, обавезе чињења* – да *обезбеди заштиту* за случај повреде, да предузме друге радње и мере које су неопходне да би зајемчено право представљали стварну и делотворну правну позицију, да би ималац могао да га ужива у пракси, у животу. О негативној и позитивним обавезама државе уговорнице ЕС говори у низу случајева, у вези са разним конвенцијским правима (правом на живот, правом на приватност, слободом удруживања, правом на

приступ правди, правом на несметано уживање имовине и др),[10] а и директно у вези са слободом медија: "Суд је одавно сматрао да, иако је заштита појединца од арбитрерног задирања јавне власти оно чиме се у суштини баве многе одредбе Конвенције, додатно могу постојати позитивне обавезе које се састоје у делотворном поштовању права о коме је реч. Закључило се да таква обавеза може настати на основу члана 8 (види, између осталих, the Gaskin v. the United Kingdom judgment of 7 July 1989, Series A no. 160, §§ 42-49) и члана 11 (the Plattform 'Ärzte für das Leben' v. Austria judgment of 21 June 1988, Series A no. 139, § 32). Обавезе да се предузму мере делотворне истраге такође су нађене у контексту члана 2 (e. g. the McCann and Others v. the United Kingdom judgment of 27 September 1995, Series A no. 324, § 161) и члана 3 (the Assenov and Others v. Bulgaria judgment of 28 October 1998, Reports 1998-VIII, p. 3265, at § 102), док позитивна обавеза да се предузму мере за заштиту живота може такође постојати на основу члана 2 (the Osman v. the United Kingdom judgment of 28 October 1998, Reports 1998-VIII, pp. 3159-3161, §§ 115-117)". "Суд указује на кључни значај слободе изражавања као једног од предуслова за функционалну демократију. Уистину, *делотворно вршење ове слободе не зависи само од обавезе државе да у њу не задире, већ може захтевати позитивне мере заштите* (italic V. V), чак у сфери односа између појединаца (mutatis mutandis, the X and Y v. the Netherlands judgment of 26 March 1985, Series A no. 91, § 23). При одређивању да ли постоји или не постоји позитивна обавеза, мора се обратити пажња на фер равнотежу која мора да се оствари између општег интереса заједнице и интереса појединца, што је захтев на који се Конвенција широко позива" (Özgür Gündem v. Turkey, 16. 3. 2000, st. 42, 43).

4. ***Позитивне обавезе – обавеза заштите***. Позитивне обавезе нису нигде таксативно побројане, него је обавеза државе да учини *све што је потребно* да би зајемчено право било стварно, практично и делотворно, да би се поштовало а у случају повреде штитило. Укратко – све што је потребно да би се право стварно уживало.

С једне стране, држава је обавезна да прописима разради, конкретизује забрану повређивања слободе медија. Ако не донесе *потребне про-*

[10] X and Y v. the Netherlands, 26. 3. 1985, став 23, Airey v. the United Kingdom, 9. 10. 1979, став 32, Plattform "Ärzte für das Leben" v. Austria, 21. 6. 1988, став 32, Guerra and Others v. Italy, 19. 2. 1998, став 58.

писе, кривичноправне или друге, држава повређује зајемчено конвенцијско право (Young, James and Webster v. the United Kingdom, 1980, став, X and Y v. the Netherlands, 26. 3. 1985, став 27, A в. the United Kingdom, 23. 9. 1998, став 22, Osman v. the United Kingdom, став 115). Ову обавезу држава извршава *прописима* одређујући *које су недопуштене повреде* слободе масмедија, и *забрањује* их и *кажњава*. У низу домаћих прописа (УС, ЗоЈИ, Закон о радиодифузији, КЗ, пре свега) одређена су поједина недопуштена задирања у слободу медија.

С друге стране, држава је обавезна да стави на располагање *заштитне механизме, средства и поступке* путем којих ће се реаговати у случају повреде слободе масмедија, ради уклањања стања угрожености те слободе, ради уклањања последице повреде и ради поновног успостављања слободе. Међу механизме за које Европски суд узима да се морају обезбедити спада и *судска заштита*: за заштиту конвенцијског права (на приватност) нису довољна грађанскоправна средства, него су неопходна и кривичноправна (X and Y v. the Netherlands, 26. 3. 1985, став 27, Osman v. the United Kingdom, 28. 10. 1998, став 115). Судска заштита не само да се има обезбедити, него је ЗоЈИ, [11] због важности ове слободе, успоставио обавезу судова да поступају *хитно* у случају повреде (члан 2. ст. 5).

С треће стране, држава је обавезна да предузме мере да средства и поступци заштите зајемченог права, који су прописани, доиста *функционишу*. Међу тим мерама је, између осталих, и одговарајућа судска организација (на пример, Guincho в. Португал, 10. 7. 1984, ст. 37 и д). У Србији је релевантна у овом погледу до сада неиспуњена обавеза државе да судијама учини редовно доступним одлуке ЕС. Као што власт мора да опреми судове свиме осталим што је потребно за обављање функције, тако мора да им учини доступним и пресуде ЕС, а није приватна ствар судије да се о томе стара.[12] И да не проистиче из саме зајемчености права, и из изричите обавезе УС да се одредбе о људским правима "тумаче... сагласно важећим међународним стандардима људских... права, као и пракси међународних институција које надзиру њихово спровођење" (чл. 18. ст. 3), та обавеза би проистицала из уставног принципа правне државе (чл. 1, 3. и 19. УС), јер

[11] "Службени гласник РС", бр. 43/2003.
[12] Пресуде ЕС доступне су на: www. echr. coe. int

нема владавине права ако судијама нису познате пресуде ЕС које представљају обавезне изворе права.

5. ***Негативна обавеза – обавеза неповређивања***. Пошто је слобода медија зајемчена, сви, укључујући и државну власт, имају негативну обавезу да не повређују зајемчено право, да се уздрже од повреде: не смеју да предузму никакву радњу (донесу пропис, правни акт или изврше фактичку радњу) којом се та слобода укида, претвара у нешто друго од ње саме или недопуштено ограничава. Сваки пропис, правни акт или фактичка радња којом се задире у било који аспект слободе медија (слободу информисати јавност, информисати се, институциону слободу) представља *недопуштено ограничење* ако не испуњава услове за допуштеност ограничења слободе медија, садржане у европском стандарду – услове легалности, легитимности, и неопходности и пропорционалности (тзв. троделни тест – о томе даље Ц. 2). Ако ти услови нису испуњени, суд ће својим поступањем повредити слободу медија, не само сваком одлуком којом не пружа заштиту иако је слобода медија повређена, недопуштено ограничена, и не само сваком својом одлуком која и сама ограничава слободу медија а да не испуњава те услове, него и радњама ван суђења (рецимо, неадекватним правним ставом и начелним мишљењем, или ако суд не извршава своју обавезу давања информација од јавног значаја које је дужан да пружи по Закону о слободном приступу информацијама од јавног значаја).

Домаћи прописи *изричито наводе* само *неке повреде, нека недопуштена ограничења* слободе масмедија, како неке тзв. *директне повреде*, тако и неке тзв. *индиректне*. *Индиректне* не задиру непосредно у слободу медија (у слободу да се без мешања других одреди садржина информације, дистрибуишу информације итд), као што то чини, рецимо, цензура, наредба објављивања информације или забрана дистрибуције, али у резултату такође, као и ове директне, сужавају слободу медија. ЗоЈИ и генерално забрањује индиректне повреде а поједине и примерице наводи. "Нико не сме, ни на посредан начин, да ограничава слободу јавног информисања, нарочито злоупотребом државних или приватних овлашћења, злоупотребом права, утицаја или контроле над средствима за штампање и дистрибуцију јавних гласила или над уређајима за емитовање и радиофреквенцијама, као ни било којим другим начином подесним да ограничи слободан проток идеја, информација и мишљења" (члан 2. ст. 3). "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" (члан 2. ст. 4). "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" (члан 16). Неке од таквих повреда су посреди, на пример, када се спроведе бојкот испоруке опреме или материјала потребних за рад масмедија; одбијањем радника штампарије да штампају неке новине зато што се не слажу са политичком опријентацијом тих новина и сл.; када полиција не пружи заштиту новинарима и редакцијама ако су они, њихова средства или просторије изложени насилним актима због ставова, увредљивих и провокативних али заснованих на истини, које заступају у објављеним информацијама, и не покрене се ни предкривични поступак (Özgür Gündem v. Turkey, 16. 3. 2000, ст. 43. и д); када се неосновано новинар казни поводом објављене информације или он или издавач обвеже на превисоку накнаду нематеријалне штете (Tolstoy Miloslavsky v. the United Kingdom 13. 7. 1995, став 51) и др.

Постојећим одредбама нашег права (УС, ЗоЈИ, Закона о радиодифузији, КЗ и др) није затворена листа недопуштених радњи у погледу слободе медија. Недопуштене су и све друге ако не одговарају условима за допуштеност из чл. 10. ст. 2. ЕК и праксе ЕС (тзв. троделни тест, Ц. 2), које услове поставља и чл. 19. МП и чл. 18, 20, 46. и 50. УС. [13] Када за неко конкретно ограничење слободе медија *није ниједним прописом изричито предвиђено* да је недопуштено, тада суд испитује не/допуштеност тог ограничења на основу троделног теста: легалности, легитимности, и неопходности и пропорционалности, Ц. 2).

Ц. Садржина и ограничења слободе медија; критеријум за утврђивање недопуштености задирања у слободу медија

Да би држава и сви остали могли да врше негативну обавезу да не повређују слободу медија, а држава, позитивну обавезу да у случају повреде обезбеди судску и сваку другу заштиту, неопходно је да се зна шта слобода медија обухвата, и где су јој границе. ЕК (а ни било који други међународни акт, укључујући МП), и ниједна пресуда ЕС или домаћи пропис, па ни УС и ЗоЈИ, *не садрже потпуно одређење* ни садржине ни

[13] Детаљније В. В. Водинелић, *Право масмедија*, Београд, 2003, стр. 19. и д.

граница слободе медија. *Довољна правна сигурност* о томе ипак постоји, јер се како садржина слободе, тако и њене границе могу реконструисати што из међународних аката и домаћих прописа, што из праксе ЕС. [14]

1. ***Троделни састав слободе медија***. Слобода медија је вишесложна слобода.[15] Чине је слобода изражавања (слобода информисати јавност), слобода информисања (слобода информисати се) и институциона слобода.

а. Као *слобода изражавања* (слобода садржине информација, форме информација и објављивања информација), слобода медија је:

право неометано од било кога *изражавати мишљења, информације и идеје* (терминологија члана 10. ст. 1. реч. 1. и 2. ЕК, даље: информације), *без обзира на садржину и друго својство* (било да су информације чињенични, вредносни или мешовити искази, да су политичке, образовне, информативне, забавне или било које друге, да су тзв. озбиљне или тзв. жуте, да су са научном или уметничком вредношћу или без ње, да служе јавном или приватном интересу, да су некомерцијалне или су рекламне, итд.; "Члан 10. се не примењује само на одређене врсте информација" – markt intern Verlag GmbH and Klaus Beermann v. Germany, 20. 11. 1989, став 26, Casado Coca v. Spain, 24. 2. 1994, став 35); надаље,

право неометано их изражавати *било којим обликом* (медијем, формом, видом, средством, начином) *изражавања* (путем новина, радија, телевизије или другог масмедија; речју, сликом и другачије; "Члан 10. примењује се не само на садржину информације него и на средства преношења или примања" – Autronic AG v. Switzerland, 22. 5. 1990, став 47, Groppera Radio AG and others v. Switzerland, 28. 3. 1990, став 55, News Verlags GmbH & CoKG v. Austria, 11. 1. 2000, став 39, Nikula v. Finland, 21. 3. 2002, став 46; "Члан 10. се не примењује само на одређене врсте... облика изражавања", Casado Coca v. Spain, 24. 2. 1994, став 35); и

право неометано их *објављивати (дистрибуисати, растурати односно емитовати), дакле, саопштавати* (терминологија члана 10. ст. 1. реч. 2. ЕК) *их другима и јавности*.

---

[14] Детаљно В. В. Водинелић, *оп. цит.* (у прим. 13), стр. 19. и д., 25. и д., 55. и д.

[15] О саставу слободе медија потпуније уп. В. В. Водинелић, *оп. цит.* (у прим. 13), стр. 25. и д.

ЕК у формулацији члана 10 (а тако ни чл. 19. МП и чл. 46. и 50. УС) не изузима из подручја слободе ниједну врсту информације и ниједан вид објављивања.

б. Као *слобода информисања* (слобода примања информација, тражења информација и прикупљања информација на друге начине), слобода медија је право *неометано од било кога прибављати информације, информисати се*:

- *примати информације* од других;

- *тражити информације* од других, посебно информације од јавног значаја (информације у поседу власти);

- и, *на други начин прикупљати* информације.

По ЕС реч је о слободи неометано примати само оне информације које неко "хоће и вољан је да саопшти", било јавности, било индивидуално, дотичном примаоцу (Leander v. Sweden, 26. 3. 1987, став 74, Gaskin v. the United Kingdom, 7. 7. 1989, став 52, Guerra and others v. Italy, 19. 2. 1998, став 53, Roche v. the United Kingdom, 23. 5. 2005, став 172). Док ЕС у члану 10. ЕК (још увек) није уинтерпретирао право да се тражи информација, него само да се прими, дотле члан 19. МП и члан 46. ст. 1. УС изричито наводе право тражити информације, а члан 51. ст. 2. УС посебно јемчи право тражити информације од јавног значаја (информације у поседу јавне власти), које детаљно регулише Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја.[16]

ц. Као *институциона слобода* у погледу медија као таквих и новинара и других медијских посленика као таквих (слобода оснивања и постојања, новинарска слобода, слобода од монопола), слобода медија је право да се неометано од било кога:

- *медиј (јавно гласило) оснива и да постоји* (чл. 50. ст. 1 УС)*;*

- *да се постане и буде новинар, да се новинари удружују, да не буду под утицајем оснивача и буду заштићени од утицаја уредника, да оснивачи одређују концепцију гласила, да се уређује медиј, да се чува извор информације;*

[16] "Службени гласник РС", бр. 120/2004.

- да се не буде изложен мерама које спречавају слободу изражавања тако што одржавају медијски монопол или претерану медијску концентрацију (Informationsverein Lentia and others v. Austria, 24. 11. 1993, став 39).

д. *Задирање (дирање, уплитање*, а по терминологији чл. 10. ст. 1. реч. 1. ЕК које се држи и ЕС: *мешање)* у слободу медија представља *свака радња* (пропис, правни акт или фактичка радња) којом држава или било ко други[17] наређује или забрањује да информација има одређену садржину, форму или да се објави (на пример, цензура, забрана објављивања, заплена, обавезно саопштење, одговор, исправка, опозив и др), наређује или забрањује да се приме, траже или другачије прикупљају информације (рецимо, да се прима инострани тв програм, новине, да се приступи јавном догађају ради извештавања и др), или наређује или забрањује оснивање и рад, концепција или уређивање јавног гласила, удруживање новинара, одавање извора информације (примерице, да само уз дозволу може да се покрене јавно гласило, забрана рада, одузимање дозволе за емитовање, присиљавање новинара да сведочи о извору информације), односно успоставља или не спречава односно не уклања монопол и претерана концентрација медија и др. (стављајући на располагање мање фреквенција за емитовање него што је технички могуће и др). Да ли неко задирање у слободу медија представља *недопуштено ограничење (повреду)* слободе медија, у ком случају следује заштита, *или допуштено ограничење*, када нема правне реакције – то се утврђује путем следећег троделног (трипартитног) испитивања дотичне радње.

2. *Троделни тест не/допуштености ограничења слободе медија (слобода медија као тзв. квалификована слобода)*. Слобода медија није *ни неограничено ни неограничиво право*. "Суд... примећује да члан 10. не јемчи једну потпуно неограничену слободу изражавања, чак ни када се ради о извештавању о стварима од озбиљног јавног интереса" (Bladet Tromsø and Stensaas, 20. 5. 1999, став 64, Bergens Tidende and others v. Norway, 2. 5. 2000, став 53, Stoll v. Switzerland, 25. 4. 2006, став 53). ЕК изричито каже (чл. 10. ст. 2. ЕК) да "Пошто коришћење ових слобода повла-

[17] Дикција чл. 10. ст. 2. ЕК подешена је према држави као субјекту коме текст одредбе забрањује да се "меша" у слободу медија одређивањем "формалности, услова, ограничења или казни" за вршење слободе, чиме се не исцрпљују сви могући видови мешања.

чи за собом дужности и одговорности, оно се може подвргнути формалностима, условима, ограничењима или казнама " (даље: ограничења).

Када је реч о могућности ограничавања, слобода медија спада међу тзв. *квалификоване* (каже се и: релативне) слободе. Осим у случају рата и друге јавне опасности, када је ограничива у најнужнијој мери коју изискује хитност ситуације (чл. 15. ЕК), у свим другим случајевима с*ме да се ограничи* под одређеним квалификованим условима (тзв. троделни тест): ако је ограничење *легално, легитимно, и неопходно и пропорционално*.[18] Сва три услова изричито су постављена у члану 10. ст. 2. ЕК: подвргавање ограничењима "прописаним законом" (легалност) и "неопходним у демократском друштву" (неопходност и пропорционалност) а "у интересу" остварења ту побројаних циљева (легитимност). ЕС је у својој пракси додатно конкретизовао услов легалности и услов неопходности и пропорционалности, док је у погледу услова легитимности разјаснио питање његовог важења за додељивање дозвола за емитовање. Сва три услова важе у погледу *сваке врсте медија*, дакле, и за радио и телевизију (Groppera Radio AG and others v. Switzerland, 28. 3. 1990, став, Autronic AG v. Switzerland, 22. 5. 1990, став 61, Informationsverein Lentia and others v. Austria, 24. 11. 1993, ст. 29, 32, Autronic AG v. Switzerland, 22. 5. 1990), уз једну *модификацију* услова легитимности када је реч о радију и телевизији (б).

Свачија радња (пропис, појединачни правни акт или фактичка радња) којом се дира у слободу медија (ограничавајући слободу садржине, објављивања, примања информација, прикупљања информације ради објављивања, коришћења фреквенција за емитовање и др), представља *допуштено ограничење* слободе медија само ако задовољава *све* наведене услове. *Домаћи суд* такође мора, по службеној дужности, у сваком конкретном случају да проверава кумулативну испуњеност тих услова, и то не само када испитује представљају ли *туђе радње* повреду слободе медија, него мора и *сваку своју радњу и одлуку* да посматра са становишта да ли њоме дира у слободу медија и да ли она задовољава сва три услова европског стандарда.

[18] Иста та правила важе и за право на приватност (члан 8. ЕК), слободу мисли, савести и вероисповести (члан 9. ЕК), и слободу окупљања и удруживања (члан 11. ЕК), а донекле ублажена, и за право на неометано уживање имовине (члан 1. Првог протокола уз ЕК).

а. *Легалност ограничења*. Вршење слободе медија сме се "подврђи" ограничењима "прописаним законом" (чл. 10. ст. 2. ЕК, "законом ограничити", чл. 46. ст. 2. УС). ЕС константно тај израз ("prescribed by law") тумачи у смислу захтева који важе за владавину права. Радња (пропис, појединачни правни акт или фактичка радња) којом се задире у слободу медија мора бити *у складу са правом* ("in accordance with the law"). То, пре свега, значи, да радња и њени услови морају да имају *основ* у домаћем праву ("should have some basis in domestic law"), тј. у неком од извора нашег права, рецимо, да су предвиђени подзаконским актом (Silver and others v. the United Kingdom, 23. 3. 1983, став 89). Надаље, правило које ограничава слободу медија мора бити титулару права *доступно*, објављено ("accessible"). Коначно, та ограничавајућа норма мора да је *довољно одређена и јасна* ("reasonable precise", "reasonable clarity"). Само тада има правне сигурности, како за субјекта који подлеже ограничењу не би последице радње задирања у слободу медија биле "неразумно неочекиване и непредвидиве" (Sunday Times v. the United Kingdom, 1979, став 34, Müller and Others v. Switzerland, 24. 5. 1988, став 29, Rekvenyi v. Hungary, 1999, став 34, News Verlags GmbH & CoKG v. Austria, 11. 1. 2000, став 42, Tammer v. Estonia, 6. 2. 2001, став 37, Gawęda v. Poland, 14. 3. 2002, став 39, Ukrainian Media Group v. Ukraine, 29. 3. 2005, став 48). (Још о легалности, под Е. 23)

б. *Легитимност ограничења*. Таква радња, заснована на неком извору права који је доступан и довољно одређен, сме служити остварењу *само неког од циљева побројаних* у члану 10. ст. 2. Европске конвенције (и чл. 19. МП, односно чл. 16, 18, 46. ст. 2. и 50. ст. 3. УС). Задирање у слободу медија *може оправдати само* то *да служи*: заштити права и угледа других лица, очувању ауторитета и непристрасности суда, националне безбедности, јавног здравља, морала, јавне безбедности, јавног поретка, спречавању нереда или криминала, спречавању откривања обавештења добијених у поверењу.

Услови из става 2. чл. 10 ЕК за допуштеност ограничења *важе за све медије*. То што држава има право (по чл. 10. ст. 1. реч. 3. ЕК) да *једино електронским медијима* (радију, телевизији) *условљава делатност својом дозволом*, "међутим не значи да за мере лиценцирања (давања дозвола за емитовање) не важе одредбе из става 2. члана 10. о условима за допуштеност ограничавања, пошто би такав став водио резултату који је супротан

циљу члана 10. посматраног као целина" (Groppera Radio AG and others v. Switzerland, 28. 3. 1990, став 61, Autronic AG v. Switzerland, 22. 5. 1990, став 52, Informationsverein Lentia and others v. Austria, 24. 11. 1993, ст. 29, 32). Али, док је у погледу ограничавања слободе код свих других медија та листа легитимних циљева радње ограничења из става 2. таксативна, када је реч о додељивању дозвола за емитовање програма путем електронских медија, *проширен је круг легитимног ограничења* (чл. 10. ст. 1. реч. 2. ЕК): слобода медија сме се ограничавати ради остварења и других оправданих циљева, а не само оних побројаних у ст. 2 (Autronic AG v. Switzerland, 22. 5. 1990, став 58. и д., Informationsverein Lentia and others v. Austria, 24. 11. 1993, ст. 32. и д). [19]

ц. *Неопходност и пропорционалност ограничења*. Радња ограничења *увек* мора бити *неопходна, по мерилима демократског друштва* (неопходна у "демократском друштву", чл. 10. ст. 2)*, за остварење неког од тих легитимних циљева*, и *сразмерна, пропорционална том циљу* ("proportionate to the legitimate aim"). По константној пракси ЕС, мора постојати *неодложна друштвена потреба* ("pressing social need") за дотичним ограничењем (Handyside v. the United Kingdom, 12. 12. 1976, став 48, Sunday Times v. the United Kingdom (но. 1), 26. 4. 1979, став 62, News Verlags GmbH & CoKG v. Austria, 11. 1. 2000, став 52, Bergens Tindende and others v. Norway, 2. 5. 2000, став 48, Lopes Gomes da Silva v. Portugal, 28. 9. 2000, став 30, Tammer v. Estonia, 6. 2. 2001, став 60, Roseiro Bento c. Portugal, 18. 4. 2006, став 30, Dammann c. Suisse, 25. 4. 2006, став 49, Stoll v. Switzerland, 25. 4. 2006, став 43). Да ли је оно неопходно у демократском друштву, утврђује се полазећи од "плурализма, толеранције и отвореног духа без којих нема ’демократског друштва’" (Handyside v. the United Kingdom, 12. 12. 1976, став 49, Lingens v. Austria, 8. 7. 1986, став 41, Castells v. Spain, 23. 4. 1992, став 42, Informationsverein Lentia and others v. Austria, 24. 11. 1993, ст. 32, 39, 43, Chassagnou and others v. France, 29. 4. 1999, став 112, Murphy v. Ireland, 10. 7. 2003, став 72, Verein Alternatives Lokalradio Bern, Verein Dreyeckland Basel v. Switzerland, 16. 10.

[19] Одредба члана 19. МП не експрилицира овлашћење држави да даје дозволе за емитовање, пошто је при доношењу одредбе био заузет став да је излишна одредба какву садржи чл. 10. ст. 1. реч. 3. ЕК, будући да давање дозвола за емитовање служи остварењу реда, а тај циљ (public order) је у чл. 19. изричито наведен (Groppera Radio v. Switzerland, 28. 3. 1990, став 61).

1986, Decisions and Reports, 49, стр. 140). ЕС у константној пракси захтева *пропорционалност* радње ограничења циљу који се остварује радњом ограничења (Handyside v. United Kingdom, 7. 12. 1976, став 49, Constantinescu v. Romania, 27. 6. 2000, ст. 69, 77, Lopes Gomes da Silva v. Portugal, 28. 9. 2000, став 30, Tammer v. Estonia, 6. 2. 2001, став 61, 69, Colombani v. France, 25. 6. 2002, став 57, 70, Nikula v. Finland, 21. 3. 2002, став 44, Ukrainian Media Group v. Ukraine, 29. 3. 2005, став 43, Raichinov v. Bulgaria, 20. 4. 2006, став 47, Dammann c. Suisse, 25. 4. 2006, став 49, Stoll v. Switzerland, 25. 4. 2006, ст. 43, 57, 59). Радња ограничења пропорционална је циљу ако се без таквог задирања у слободу медија циљ не би могао остварити, ако је подесна да допринесе остварењу циља, и ако не прелази меру која је за то довољна. Није неопходно да је дотична радња ограничења једини могући начин остварења циља, да је у том погледу "незаменљива", "неизбежна", али није довољно ни да је само "прихватљива", "уобичајена", "корисна", "разумна", или "пожељна" (Handyside v. United Kingdom, 7. 12. 1976, став 48, Chassagnou and others v. France, 29. 4. 1999, став 112). (Даље о пропорционалности, под Е).

д. Чврсто је правило ЕС да свака држава чланица, односно њени надлежни органи, што важи и за сваки национални суд, има одређено *поље слободне процене* ("margin of appreciation") о томе да ли је неко ограничење слободе медија (у виду норме, правног акта или радње) *неопходно у демократском друштву и пропорционално легитимном циљу*. "Због њихове непосредне и сталне везе са животним снагама њихових земаља, државне власти су у начелу у бољем положају него међународни судија да дају мишљење.... о нужности ограничења намењених да заштите" заједмчено добро (Müller and Others v. Switzerland, 24. 5. 1988, став 35). Али, ЕС врши *"коначни надзор"* како над сваким националним прописом који задире у слободу медија и над његовом применом, тако и над сваком одлуком државног органа, укључујући и судску, у смислу провере заснива ли се предметно ограничење на стандардима за допуштеност ограничења у смислу чл. 10. ст. 2. ЕК (Handyside v. the United Kingdom, 7. 12. 1976, став 48. и д., Lingens v. Austria, 8. 7. 1986, став 39, Müller and Others v. Switzerland, 24. 5. 1988, став 35, markt intern Verlag GmbH and Klaus Beermann v. Germany, 20. 11. 1989, став 33, Weber v. Switzerland, 22. 5. 1990, став 47, Observer and Guardian v. the United Kingdom, 26. 11. 1991, Wingrove v. the United Kingdom, 22. 10. 1996, став 53, Fressoz and Roire v. France, 21. 1. 1999, став 45, Bladet Tromsø and Stensaas, 20. 5. 1999, став 59, Lopes Go-

mes da Silva v. Portugal, 28. 9. 2000, став 30, News Verlags GmbH & CoKG v. Austria, 11. 1. 2000, став 52, Bergens Tidende and others v. Norway, 2. 5. 2000, став 50, Lopes Gomes da Silva v. Portugal, 28. 9. 2000, став 30, Tammer v. Estonia, 6. 2. 2001, став 60, Perna v. Italy, 25. 7. 2001, став 39, Nikula v. Finland, 21. 3. 2002, став 44, 46, Ukrainian Media Group v. Ukraine, 29. 3. 2005, став 43, Dammann c. Suisse, 25. 4. 2006, став 49, Stoll v. Switzerland, 25. 4. 2006, став 43). ЕС одлучује о томе да ли су разлози које држава уговорница има за радњу ограничења слободе медија *"релевантни и довољни"* ("relevant and sufficient") са становишта чл. 10. ст. 2 (Handyside v. the United Kingdom, 7. 12. 1976, став 50, Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs and Gubi v. Austria, 19. 12. 1994, став 39, Goodwin v. the United Kingdom, 27. 3. 1996, став 40. Fressoz and Roire v. France, 21. 1. 1999, став 45, Janowski v. Poland, 21. 1. 1999, ст. 30, 31, Bladet Tromsø and Stensaas, 20. 5. 1999, став 58, Sürek v. Turkey (no. 3), 8. 7. 1999, ст. 36, 40, 42, Lopes Gomes Da Silva v. Portugal, 28. 9. 2000, став 30, News Verlags GmbH & CoKG v. Austria, 11. 1. 2000, став 58, Tammer v. Estonia, 6. 2. 2001, ст. 61, 70, Nikula v. Finland, 21. 3. 2002, ст. 44, 47, Ukrainian Media Group v. Ukraine, 29. 3. 2005, став 43, Stoll v. Switzerland, 25. 4. 2006, став 43).

ЕС инсистира на томе да ограничења слободе медија морају да се *уско тумаче* и да се у сваком конкретном случају мора *убедљиво утврдити и показати* да постоје потреба и услови за ограничење (Barthold v. Germany, 25. 3. 1985, став 58, Oberschlick v. Austria, 23. 5. 1991, ст. 57 и д., Observer and Guardian v. the United Kingdom, 26. 11. 1991, став 59, Sunday Times v. the United Kingdom (но. 2), 26. 11. 1991, став 50, Thorgeir Thorgeirson v. Iceland, 25. 6. 1992, став 63, Autronic AG v. Switzerland, 22. 5. 1990, став 61, Informationsverein Lentia and others v. Austria, 24. 11. 1993, став 35, Jersild v. Denmark, 23. 9. 1994, став 37, Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs and Gubi v. Austria, 19. 12. 1994, став 37, Janowski v. Poland, 21. 1. 1999, Nilsen and Johnsen v. Norway, 25. 11. 1999, став 43, Sürek v. Turkey (no. 4), 8. 7. 1999, став 54, News Verlags GmbH & CoKG v. Austria, 11. 1. 2000, став 52, Lopes Gomes da Silva v. Portugal, 28. 9. 2000, став 30, Tammer v. Estonia, 6. 2. 2001, став 59, Colombani v. France, 25. 6. 2002, ст. 56, 57, Ukrainian Media Group v. Ukraine, 29. 3. 2005, став 43, Paturel c. France, 22. 12. 2005, став 43).

Д. **Сукоб слободе медија са другим правима – ограниченост слободе медија другим правима**

Пошто су неизбежни сукоби између слободе медија са другим правима, међу њима и са правима која су зајемчена као што је и слобода медија зајемчена, неопходна су правила за њихово решавање.

1. ***Узајамно ограничавање***. Информацијама масмедија могу бити повређена и бројна друга права, али су право на част и углед и право на приватност међу конвенцијским правима која са том слободом најчешће долазе у сукоб. Право на част и углед није изричито зајемчено Конвенцијом, али ЕС сматра његову неповредивост зајемченом чланом 8. ЕК који се односи на приватност (на пример, Paturel c. France, 22. 12. 2005, став 30).

Конвенцијска права се *узајамно ограничавају*. Као што се слобода медија сме ограничити ради "заштите угледа и права других" (чл. 10. ст. 2 ЕК, исто чл. 19. ст. 3. тач. а) МП и чл. 46. ст. 2. УС), што значи и ради заштите права на приватност, тако се право на приватност, на углед или друго право сме ограничити ради "заштите права и слобода других" (чл. 8. ст. 2 ЕК, исто чл. 19. МП и чл. 46. ст. 2. УС), што значи и ради слободе медија. Али, као што, редовно, ни национална права (па ни УС) не садрже правила о томе како поступити у случају колизије између зајемчене слободе медија и других права, тако ни ЕК (а ни МП) *нема* конкретна правила за решење *колизије зајемчених конвенцијских права*. Тј. нема правила за то како утврдити да ли, када су та права у међусобном сукобу, објављивање информације у масмедију представља вршење слободе медија, у ком случају нема повреде права на углед, приватност или ког другог права лица на које се односи информација, или напротив, представља прекорачење слободе медија и повреду права на углед, приватност или ког другог права лица на које се односи.

2. ***Тражење равнотеже, практичне слоге; троделни тест***. Потребан је, дакле, критеријум за утврђење када објављивање информације, на пример, из приватног живота, информације која нарушава част и углед, информације која угрожава имовинска права и интересе субјекта информације представља вршење слободе медија, а када повреду права на приватност.

Пошто су овде на обе стране у сукобу права, најчешће, штавише зајемчена права, мора се тражити правно решење које ће омогућити да се

нађе њихова ваљана, *правична равнотежа, баланс* ("fair balance", "proper balance"), да се *обе сукобљене вредности остваре колико год је могуће*, а не такво решење којим ће једна вредност бити остварена на рачун друге, једна жртвована ради друге (тзв. принцип тражења практичне слоге). [20] Део те идеје изразио је већ Српски грађански законик 1844. године, § 32: "Ако двојица или више њих једнака права имају, морају се иста тако употребљавати, да једно поред другог и сва скупа у целости опстати могу. Ако то није могуће, онда по количини једно другом треба да попушта: ако ли и тако не би могуће било, онда мање већем попустити мора".

Такво решење сукоба слободе медија и других права постиже се следећим *троделним тестом*,[21] у коме улогу играју: 1. пристанак субјекта информације, 2. легитимност информације, и 3. пропорционалност, сразмерност информације. *Слобода медија није у стању да учини допуштеним задирање у право субјекта информације*: ако *препознатљиви субјект информације*, дакле, лице на чији се углед, приватност или друго добро лично односи *лезионо способна информација*, или други овлашћени (рецимо, родитељ, сродник умрлог),

1. *није дао никакав* или *пуноважан пристанак за објављивање информације*, или је пристанак *опозвао* (јер право на лична и друга добра садржи право располагања и у виду давања пристанка за туђе радње које се тичу добра),

а 2. објављивање дотичне информације *не служи остварењу неког оправданог интереса* (наведеног у ставу 2. члана 8. ЕК)[22] *који претеже* над интересом лица да се без његовог пристанка не дира у његов углед, приватност или друго добро, у ком случају пристанак није ни потребан,

или 3. ако је информација објављена ради остварења неког таквог оправданог претеженог интереса, који је, међутим, *могао да се оствари и*

---

[20] Види код В. В. Водинелић, *Collission betwenn the Freedom of Expression and the Right to Privacy*, у: Acces to Information Issues, Sofia, 2003, стр. 77. и д., део 4.

[21] Подробније код В. В. Водинелић, *оп цит.* (у прим. 21), стр. 77. и д., део 5.

[22] Члан 8. ЕК: (став) "2. Јавне власти неће се 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 ради заштите права и слобода других".

без објављивања информације, или објављивањем на *начин којим се право субјекта информације не би повредило или би, али мање*.

Што се тиче *пристанка* субјекта информације, прецизна општеважећа правила садржи ЗоЈИ (чл. 46. и д). Опет, не могу се поставити општа, свагда важећа правила по којима се установљава *претежност интереса* да се информација објави (интерес вршења слободе медија) над њему супростављеним оправданим интересом (за заштитом угледа, приватности и др), или обрнуто, него се то чини према околностима сваког случаја (Karhuvaara and Iltalehti v. Finland, 16. 11. 2004, став 42). ЕС је у низу случајева разматрао да ли информација представља у описаном смислу *пропорционално средство* за остварење оправданог циља када се њоме задире у туђа права, и поставио низ правила:

У случају новинарске критике рада судије, ЕС је сматрао да судско кажњавање новинара и забрана дистрибуције још недистрибуисаних примерака није повреда слободе медија будући да су оптужбе на рачун судије биле врло тешке, "непримерено широке", "без довољне чињеничне основе", па тако "непотребно шкодљиве" (Prager and Obeschlick v. Austia, 26. 4. 1995, став 37).

Дифаматорни вредносни искази ("звери у униформи", "идиот", "судија кукавица", "пристрасан судија", "фашистичке тенденције", "тоталитарна природа", "идеолошки гротескан и кловновски", "невероватни спој сировог реакционара, фашистичког тврдоглавца и тешког антисемите", "варалице") представљају прекомерне, претеране, несразмерне информације ако су "без икакве или довољне чињеничне основе", односно ако не стоје ни у каквој врсти везе са неким чињеницама, што у датим случајевима није било тако јер је за тврдње постојао чињенични основ, односно одређена врста везе са чињеницама, а тврдња није била усмерена на личност, није представљала напад на личност, него на оно што је она говорила или радила (Thorgeir Thorgeirson v. Iceland, 25. 6. 1992, став 65, Oberschlick v. Austria (no. 2), 1. 7. 1997, став 26, De Haes and Gijsels v. Belgium, 24. 2. 1997, став 47, Jerusalem v. Austria, 27. 2. 2001, ст. 43, 45, Lopes Gomes da Silva v. Portugal, 28. 9. 2000, став 34, Paturel c. France, 22. 12. 2005, став 36, Feldek v. Slovakai, 12. 7. 2001. став 75,, Jerusalem v. Austria, 27. 2. 2001, став 43, Pedersen and Baadgaards v. Denmark, 17. 12. 2004, став 76, Ukrainian Media Group v. Ukraine, 29. 3. 2005, став 42). *Новинарска слобода подразумева извесан степен претеривања или чак провоцирања*

(Prager and Oberschlick, 26. 4. 1995, став 38, De Haes and Gijsels v. Belgium, 24. 2. 1997. став 46, Fressoz and Roirre v. France, 21. 1. 1999, став 45, Stoll v. Switzerland, 25. 4. 2006, став 55, Lopes Gomes da Silva v. Portugal, 28. 9. 2000, став 34).

Информација је несразмерно средство ако се критика и др. може изразити односно допринос расправи остварити и без употребе увредљивих израза (какви су "разбијачица туђег брака", "неодговорна мајка која је напустила дете", односно "варалице"), па се не задире несразмерно у слободу медија тиме што се чини одговорним онај ко се служи излишно увредљивим изразима (Tammer v. Estonia, 6. 2. 2001, став 67, Constantinescu v. Romania, 27. 6. 2000, став 74).

Није посреди несразмерна информација и представља вршење слободе медија када се истинито иако у грубом тону критички писало о искуствима пацијенткиња незадовољних постоперативним третманом од стране пластичног хирурга због чега су наступиле здравствене компликације, пошто написи, који су верно пренели грубе изразе пацијенткиња и још их нагласиле, не представљају "преувеличавања", "претеривања" ("excessive"), па је досуђивање накнаде штете повреда зајемчене слободе (Bergens Tidende and others v. Norway, 2. 5. 2000, став 56).

Међутим, "неки степен претеривања" мора да се толерише у контексту неке прегрејане јавне расправе о стварима од јавног интереса (Nilsen and Johnsen v. Norway, 25. 11. 1999, став 52, Столл в. Switzerland, 25. 4. 2006, став 55).

Иако постоји оправдани интерес да се јавност обавести о серији атентата (писама бомби), као и о акцијама полиције и судском поступку, није пропорционална информација која пре правноснажне осуде означава лице као починиоца, кривца и сл., не поштујући пресумпцију невиности која важи, не само за опхођење државних органа, него и медија (News Verlags GmbH & CoKG v. Austria, 11. 1. 2000, став 56, Constantinescu v. Romania, 27. 6. 2000, став 72).

Претпоставка невиности (зајемчена и чл. 6. ст. 2. ЕК) не спречава суд да јавност обавештава о кривичном поступку који је у току (Allenet de Ribemont v. France, 10. 2. 1995, став 38), али је повређена, не само неодговарајућим радњама власти у току поступка, него и када суд или било који

други јавни функционер о лицу говори у јавности пре правноснажне осуде као о починиоцу (став 36).

Сама истинитост информације не чини увек њено објављивање пропорционалним средством. Објављивање информација које су истините и описују стварне догађаје може под одређеним околностима бити забрањено; примери су обавеза поштовања приватности других или обавеза поштовања поверљивости одређених комерцијалних информација (markt intern Verlag GmbH and Klaus Beermann v. Germany, 20. 11. 1989, став 35).

Не представља пропорционално средство када се у синдикалној борби за повећање зараде у фирми, изнесу у јавност подаци о пореској пријави и пореској обавези директора фирме који спадају у приватност, док то не важи ако се ради о подацима који су већ доступни јавности (Fressoz and Roire v. France, 21. 1. 1999, став 56).

Истинита информација може да буде, а често и јесте, квалификована пратећом опаском, вредносним исказом, претпоставкама или инсинуацијама, и да у томе лежи разлог њеној непропорционалности (Markt Intern став 35).

Ако је нешто изолован инцидент, потребна је помнија пажња пре него што се објави, јер, у противном, и веран опис таквог инцидента у стању је да изазове погрешан утисак да је тај инцидент доказ једне устаљене праксе (markt intern Verlag GmbH and Klaus Beermann v. Germany, 20. 11. 1989, став 35).

3. *Информације и приватност политичара и јавних функционера*. Применом овог трипартитног метода дошло се у националном праву и до решења *сукоба између слободе медија и права на приватност*, као права које у медијској пракси готово најчешће долази у сукоб са слободом медија. Решење које је ту примењено – тзв. *функционално ограничење приватности јавних личности* – омогућује да се у највећој мери остваре обе сукобљене вредности. ЗоЈИ[23] одређује у члану 9: (1) "Носиоцима државних и политичких функција ограничена су права на заштиту приватности која имају лица на која се односи информација, ако је информација важна за јавност с обзиром на чињеницу да лице на које се односи информација врши одређену функцију". (2) "Права лица из става 1. овог члана

[23] "Службени гласник РС", бр. 43/2003.

ограничена су сразмерно оправданом интересу јавности у сваком конкретном случају". И у члану 45: "... информација из приватног живота, односно лични запис, може се објавити без пристанка лица на које се односи, ако:... 2) се информација, односно запис, односи на личност, појаву или догађај од интереса за јавност, нарочито ако се односи на носиоца државне или политичке функције, а објављивање је важно с обзиром на чињеницу да лице обавља ту функцију".[24]

Истоветно решење добило је потом потврду и у одлуци ЕС у случају вон Hannover v. Germany, 24. 6. 2004, ст. 63. и 64, у вези са објављивањем низа написа и фотоса једне јавне личности (Karoline od Hanovera, раније Karoline od Monaka): "Суд сматра да треба правити фундаменталну разлику између извештавања о чињеницама – макар и спорним, способним да допринесу расправи у демократском друштву која се тиче, на пример, политичара у вршењу његових функција, и извештавања о појединостима из приватног живота јединке која, штавише, као у овом случају, не врши јавне функције. Док у првом случају штампа врши своју животну улогу 'пса чувара' у демократском друштву доприносећи да се 'посредују информације и идеје о питањима од јавног интереса' (..), она то не чини у другом случају. Додуше, иако постоји право јавности да буде информисана, једно битно право у демократском друштву, које под посебним околностима може да се прошири на аспекте приватног живота јавних личности, нарочито када се ради о политичарима (..), то овде није случај. Овде је реч о ситуацији ван сваке политичке или јавне расправе, пошто се објављене фотографије и пратећи коментари односе искључиво на појединости из приватног живота жалитељице." Овом одлуком је по овом питању успостављен европски

[24] Одредбе чл. 9. и 45. представљају конкретизацију начела о информисању о стварима од интереса за јавност, из члана 4. ЗоЈИ: (1) "У јавним гласилима слободно се објављују идеје, информације и мишљења о појавама, догађајима и личностима о којима јавност има оправдани интерес да зна, осим када је другачије одређено законом". (2) "Одредба става 1. овог члана примењује се без обзира на начин на који је прибављена информација".
Сада и хрватски Закон о медијима ("Народне новине", бр. 59/2004) следи такво решење: члан 7: "(1) Свака особа има право на заштиту приватности, достојанства, угледа и части. (2) Особа која обавља јавну службу или дужност има право на заштиту приватности, осим у случајевима који су у вези с јавном службом или дужности коју особа обавља".

стандард. Његови обриси јасни су већ у случају Tammer v. Estonia, 6. 2. 2001, када је ЕС нагласио да објављени подаци из приватног живота једне жене (који се тичу њене љубавне везе са бившим министром), будући да не стоје ни у каквој вези са њеним настављеним учешћем у политичком животу, нису од значаја за јавност (став 68). У најновијем случају Karhuvaara and Iltalehti v. Finland, 16. 11. 2004, ЕС налази да је ограничење слободе медија (кажњавање новинара због повреде приватности) пропорционална мера, јер изнети подаци из приватног живота политичара немају политички значај и нису повезани са деловањем дотичног политичара као политичара (ст. 45, 52). (Још о политичарима, јавним функционерима, државним службеницима, под Е. 6 и д).

Е. Ставови Европског суда за људска права у вези са чланом 10. ЕК

Предмет спорења поводом информација јесу како питања у вези са било којим саставним делом слободе медија, тако и питања у вези са било којим условом допуштености њеног ограничавања. Најчешћи посао за ЕС јесте бављење неслагањем странака (лица које тврди да је повређена слобода медија, и државе уговорнице) о томе да ли је неко ограничење (пропис, правни акт, фактичка радња) којим се дира у слободу медија неопходно у демократском друштву и пропорционално. У једном избору, ево ставова ЕС о разним питањима слободе медија и њеног ограничавања, који нису већ изнети у досадашњем тексту.

1. Слобода изражавања "важи, не само за "информације" и "идеје" које су повољно примљене или се сматрају неувредљивим или нешкодљивим,... него и за оне које вређају, шокирају или узнемиравају државу или било који део становништва", као и за оне које су "претерани и провокативни" искази, па ови искази нису сами по себи, дакле, само зато што су такви, разлог за ограничење (Handyside v. United Kingdom, 7. 12. 1976, став 49, Sunday Times v. the United Kingdom (no. 1), 26. 4. 1979, став 65, Lingens v. Austria, 8. 7. 1986, став 41, Müller and others v. Switzerland, 24. 5. 1988, став 33, Observer and Guardian v. the United Kingdom, 26. 11. 1991, став 59, Castells v. Spain, 23. 4. 1992, став 42, Sürek v. Turkey, 8. 7. 1999, став 58, Sürek and Özdemir v. Turkey, 8. 7. 1999, став 57, Paturel c. France,

22. 12. 2005, став 43, Stoll v. Switzerland, 25. 4. 2006, став 43, Lopes Gomes da Silva v. Portugal, 28. 9. 2000, ст. 30, 34).

2. ЕС је, нашавши у самој ЕК (члан 17 – *забрана злоупотребе права*)[25] основ за искључење из слободе медија оних информација којима се угрожавају нека друга конвенцијска права и "наглашене вредности Конвенције" (Lehideux and Isorni v. France, 23. 9. 1998, став 53), порекао слободу говора мржње (Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands, 11. 10. 1979, Decisions and Reports 18, стр. 187, Jersild v. Denmark, 23. 9. 1994, став 35), и слободу да се правда, заговара и велича нацизам, или пориче и багателише геноцид, "негирају или ревидирају несумњиво утврђене историјске чињенице као што је холокауст" (Lehideux and Isorni v. France, 23. 9. 1998, став 47). Ван тога се не дира у потребу сваке земље да "отворено и непристрасно разматра сопствену историју" (став 54).

Новинари морају бити посебно пажљиви када објављују *изјаве припадника организација које се служе насилним методама у односу на државну власт* или *организација које врше недопуштену неоправдану дискриминацију људи*, да медиј не би постао инструмент ширења говора мржње и промоцију насиља (Erdoğdu and Ìnce v. Turkey, 8. 7. 1999, став 54, Sürek and Özdemir v. Turkey, 8 Јулу 1999, став 63, Şener v. Turkey, 18. 7. 2000, став 42, Jersild v. Denmark v Denmark, 3. 9. 1994, став 35).

3. *Својство лица које је извор информације* није разлог за ограничење слободе. Сама чињеница да је посреди интервју са вођом неке прононсиране забрањене организације, повезиване са тероризмом, није довољан разлог за забрану објављивања односно ограничавање слободе изражавања, колико год ставови интервјуисаног били једнострани или садржали грубе критике власти, него је потребно да подстичу на насиље (Sürek and Özdemir v. Turkey, 8. 7. 1999, став 61). Интервју као интервју је једно од најважнијих средстава помоћу којег је штампа у стању да игра своју животну улогу саопштавања информација од јавног значаја (Jersild v. Denmark v Denmark, 3. 9. 1994, став 35).

[25] Члан 17. ЕК: "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".

4. *Чињенични искази* (као искази који подлежу доказивању истинитости) и *вредносни искази* (као недоказиви) *не смеју правно да се једнако третирају*:

Када новинар критикује канцелара и назове га "приземним опортунистом", "неморалним", "недостојним", због његовог става према лидеру неке политичке странке, негдашњем припаднику СС, посреди су вредносни искази, а они не подлежу доказивању, па се ни од кога не може тражити да их докаже нити се икоме може стављати на терет што их није доказао, те је суд повредио слободу медија када га је казнио због клевете зато што није доказао истинитост вредносног исказа (Lingens v. Austria, 8. 7. 1986, став 41, Albert-Engelmann-Gesellschaft mbH v. Austria, 19. 1. 2006, став 31). Када суд сматра чињеничним исказима тврдње да одређене верске организације имају "фашистичке тенденције" и "тоталитарну природу" и, зато што тврдње нису доказане, забрани њихово поновно објављивање а нареди да се опозову и опозив објави, тиме повређује слободу медија (Jerusalem v. Austria, 27. 2. 2001, став 46).

Повреда слободе изражавања посреди је и кад се неко казни због објављеног исказа (о владиној одговорности што није ништа предузела да казни оружане нападаче на Баске), а не дâ му се у поступку могућност да их докаже (Castells v. Spain, 23. 4. 1992, ст. 47, 48, Jerusalem v. Austria, 27. 2. 2001, ст. 45, 46).

Ако пропис предвиђа да се мора доказати истинитост сваког исказа који се објављује и да се мора објавити исправка сваке тврдње за коју се не докаже да је истинита, тиме присиљава да се доказују и вредносни искази (какве су у датом случају биле тврдње да су кандидати за председника "неспособни да остваре обећања" и "воде націју"), а што је немогуће, чиме се повређује слобода медија (Ukrainian Media Group v. Ukraine, 29. 3. 2005, ст. 41, 59, 60).

5. И *контекст информације* игра улогу при одређивању да ли је посреди чињенични исказ или вредносни суд, као, на пример, када се говори о нечијој "фашистичкој прошлости" (Feldek v. Slovakia, 12. 7. 2001, став 57).

6. Док су слободне све врсте информација без обзира на њихову садржину (горе Ц. 1. а), дотле *ширина слободе и допуштеност ограничa-*

вања слободе није иста код свих врста информација посматраних према садржини, него *варира с обзиром на објект информације*: зависна је од тога *на шта се информације односе, у који домен спадају*.

Слобода политичке расправе и расправе о другим јавно важним питањима, штити се најпотпуније, односно сме се најмање ограничавати; шира је него слобода уметничког изражавања, а поготово шира него слобода комерцијалних исказа, која се највише сме ограничавати. Са политичким питањима у ужем смислу (а то су она која се непосредно или посредно тичу учешћа грађана у процесу доношења одлука у демократском друштву, Тхоргеир Тхоргеирсон в. Ицеланд, 25. 6. 1992, став 61), изједначавају се и све друге ствари које су од јавног значаја (Sunday Times v. the United Kingdom, 26. 4. 1979, став 65, Barfod v. Denmark, 22. 2. 1989, Handyside v. the United Kingdom, 7. 12. 1976, Castells v. Spain, 23. 4. 1992, став 43, Thorgeir Thorgeirson v. Iceland, 25. 6. 1992, став 64, Wingrove v. the United Kingdom, 22. 10. 1996, став 58, Karhuvaara and Iltalehti v. Finland, 16. 11. 2004, став 40). "(С)лобода политичке расправе је заправо језгро појма демократског друштва које прожима целу Конвенцију" (Lingens v. Austria, 8. 7. 1986, став 42, Castells v. Spain, 23. 4. 1992, став 43, Jersild v. Denmark, 23. 9. 1994, став 31, Prager and Oberschlick v. Austria, 26. 4. 1995, став 57. и д., Andreas Wabl v. Austria, 21. 3. 2000, став 42). "Слобода изражавања ужива нарочиту заштиту Конвенције као један од суштинских темеља демократског друштва", "један од основних услова за његово напредовање, као и за развој сваког човека" (Jersild v. Denmark, 23. 9. 1994, став 31, Handyside v. the United Kingdom, 7. 12. 1976, став 49, Sunday Times v. the United Kingdom, 26. 4. 1979, став 65, Alternatives Lokalradio Bern and Verein Dreyeckland Basel v. Switzerland, 1983, стр. 139, Lingens v. Austria, 8. 7. 1986, став 41, Castells v. Spain, 23. 4. 1992, став 42). Зато, "не само да штампа има задатак да саопштава информације од јавног значаја: јавност такође има право да их прима. Да је другачије, штампа би била неспособна да игра своју животну улогу 'јавног пса чувара' ('public watchdog')" (Lingens v. Austria, 8. 7. 1986, став 41, Castells v. Spаин, 23. 4. 1992, став 43, Observer and Guardian v. the United Kingdom (no. 2), 26. 11. 1991, став 59, Jersild v. Denmark, 23. 9. 1994, став 31, Barthold v. Germany, 25. 3. 1985, став 58, Fressoz and Roire v. France, 21. 1. 1999, ст. 45, 51, De Haes and Gijsels v. Belgium, 24. 2. 1997, ст. 37, 39, Sunday Times v. United Kingdom, 26. 4. 1979, став 65, Thorgeir Thorgeirson v. Iceland, 25. 6. 1992, Jersild v. Den-

mark, 1994, став 63, Guerra and others v. Italy, 19. 2. 1998, став 53, Roirre v. France, 21. 1. 1999, став 45, News Verlags GmbH & CoKG v. Austria, 11. 1. 2000, став 56, Lopes Gomes da Silva v. Portugal, 28. 9. 2000, став 30, Gawęda v. Poland, 14. 3. 2002, став 34, Pedersen and Baadsgard v. Denmark, 2004, ст. 71, 91, Stoll v. Switzerland, 25. 4. 2006, ст. 49, 58, Dammann c. Suisse, 25. 4. 2006, став 49). "(М)ада првенствено формулисани за штампу, ови принципи се несумњиво примењују и на аудио-визуелне медије" (Jersild v. Denmark, 23. 9. 1994; став 31, Verein Alternatives Lokalradio Bern, Verein Dreyeckland Basel v. Switzerland, 16. 10. 1986, Decisions and Reports, 49, стр. 139: "this principle is of particular importance not only for the press (cf. Eur. Court H. R., Sunday Times jndgment of 26. April 1979, Series P, no. 30, пара. 65), but also for broadcasting").

Широке границе допуштеног критиковања у политичкој расправи примењују се и у расправи о другим стварима од јавног значаја (Thorgeir Thorgeirson v. Iceland, 25. 6. 1992, став 64, Wingrove v. the United Kingdom, 22. 10. 1996, став 58). Дискусија о политичким и другим питањима од јавног значаја ужива већу заштиту и мање се сме ограничавати него када се ради о информацијама о ономе што нема општи значај (Tammer v. Estonia, 6. 2. 2001, став 50, Barthold v. Germany, 25. 3. 1985, став 58, Lopes Gomes da Silva v. Portugal, 28. 9. 2000, став 33, Raichinov v. Bulgaria, 20. 4. 2006, став 71). "(М)ало је простора по члану 10. ставу 2. Конвенције за ограничење слободе политичког говора и расправе о јавно важним стварима" (Wingrove v. the United Kingdom, 22. 10. 1996, став 58, Sürek v. Turkey (4), 8. 7. 1999, став 57, Karatas v. Turkey, 8. 7. 1999, став 49, Ukrainian Media Group v. Ukraine, 29. 3. 2005, став 39, Stoll. v. Switzerland, 25. 4. 2006, став 46). Могућа ограничења су највећа када је реч о комерцијалном говору, огласима и сл., зато што информације које служе комерцијалним циљевима не спадају у основно језгро заштите слободе изражавања и уживају нижи ниво заштите него идеје и информације (markt intern Verlag GmbH and Klaus Beermann v. Germany, 20. 11. 1989, став 32).

7. Блиско је с тим повезан став да *ширина слободе и степен ограничивости варира с обзиром на субјекта информације*: зависи од тога *на кога се информација односи*. Најслабију заштиту од информација *ужива државна власт, слабију него политичар, политичар слабију него државни службеник, а овај слабију него приватно лице; државна власт дужна је*

да трпи највише, политичар више него државни службеник, а државни службеник више него приватно лице:

"У једном демократском систему, поступци или пропусти владе морају бити подвргнути строгој контроли не само од стране законодавне и судске власти него и од стране јавног мњења" (Erdoğdu and Ìnce v. Turkey, 8. 7. 1999, став 54). "Границе допуштене критике су шире у погледу Владе него у односу на приватног грађанина или чак и политичара" (Castells v. Spain, 23. 4. 1992, став 46, Erdoğdu and Ìnce v. Turkey, 8. 7. 1999, став 50, Ceylan v. Turkey, 8. 7. 1999, став 34, Özgür Gündem v. Turkey, 16. 3. 2000, став 60). "Власт демократске државе мора да толерише критику, чак и када се она може сматрати провокативном или увредљивом" (Özgür Gündem v. Turkey, 16. 3. 2000, став 60).

Када је реч о мерама за заштиту државне власти од критика, мора се водити рачуна о томе да "доминантан положај који Влада има, чини неопходним да она манифестује суздржаност при посезању за кривичним поступком, нарочито кад су јој на располагању друга средства да узврати на неоправдане нападе и критике, упућене јој од стране њених противника или медија. Ипак, оставља се надлежним државним органима да, као гаранти јавног реда, одреде мере, чак и кривичноправне природе, које имају за циљ да на одговарајући начин и пропорционално реагују на неосноване и злонамерне дифаматорне оптужбе" (Castells v. Spain, 23. 4. 1992, став 46).

Допуштена критика политичара као таквог шира је него допуштена критика приватног лица, а политичар је обавезан на већи степен толеранције него приватно лице: "Границе допуштене критике шире су у погледу политичара када дела као такав, него у погледу приватне јединке. За разлику од ове последње, први се неизбежно и свесно излаже помном испитивању сваке своје речи и дела, како од стране новинара тако и од стране најшире јавности. Зато мора да испољи већи степен толеранције" (Lingens v. Austria, 8. 7. 1986, став 42, Barfod v. Denmark, 22. 2. 1989, став 35, Oberschlick v. Austria, 26. 4. 1991, став 59, Janowski v. Poland, 21. 1. 1999, став 33, Oberschlick v. Austria (no. 2), 1. 7. 1997, став 29, Andreas Wabl v. Austria, 21. 3. 2000, став 42, Lopes Gomes da Silva v. Portugal, 28. 9. 2000, став 30, Tammer v. Estonia, 6. 2. 2001, став 62, Nikula v. Finland, 21. 3. 2002, став 48, Ukrainian Media Group v. Ukraine, 29. 3. 2005, став 39, Rosei-

ro Bento c. Portugal, 18. 4. 2006, став 30, Malisiewicz-Gąsior v. Poland, 6. 4. 2006, став 57).

Политичар који својим ставовима провоцира, мора прихватити и провокативне исказе о себи (Oberschlick v. Austria (no. 2), 1. 7. 1997, ст. 33, 34), али је, у ствари, у природи политичке дебате употреба претераних и увредљивих израза (Lopes Gomes Da Silva v. Portugal, 28. 9. 2000, став 34, Roseiro Bento c. Portugal, 18. 4. 2006, став 43).

Оштре политичке расправе лако прерасту у личне, а то је један од ризика који се прихвата учешћем у политичком животу (Roseiro Bento c. Portugal, 18. 4. 2006, став 43, Lopes Gomes da Silva v. Portugal, 28. 9. 2000, став 34).

Што важи за политичара и јавног функционера, важи и за експерта којег ангажује власт када се ради о ономе што он чини у том својству (Nilsen and Johnsen v. Norway, 25. 11. 1999, став 52).

Државни службеник такође мора да трпи више него приватно лице: "Границе допуштене критике државног службеника могу у одређеним околностим бити шире ако се односе на њега у вршењу власти него у односу на приватну јединку. Али се не може рећи да државни службеник свесно себе излаже помној анализи сваке своје речи и дела у истој ширини као политичар и да мора зато да се третира једнако као овај када се критикују његове радње. Напротив, може се показати неопходним да се државни службеник када је на дужности заштити од агресивних и абузивних вербалних напада" (Oberschlick v. Austria (no. 2), 1. 7. 1997, stav, 29, Janowski v. Poland 21. 1. 1999, став 33, Nikula v. Finland, 21. 3. 2002, став 48, Raichinov v. Bulgaria, 20. 4. 2006, став 48, Stoll v. Switzerland, 25. 4. 2006, став 47).

Али, и када се обичан грађанин или неполитичка организација упусти у јавну расправу, мора да трпи више него остали који то не чине (Jerusalem v. Austria, 27. 2. 2001, ст. 38, 28).

8. У слободу изражавања *посланика, функционера и политичара* оправдано је задирати само ако постоје "врло јаки разлози". Поготово када је реч о ономе што искажу у парламенту (Jerusalem v. Austria, 27. 2. 2001, став 40, Castells v. Spain, 23. 4. 1992, став 42). Са парламентом се у том погледу може изједначити и градска скупштина и слична тела која у

демократији представљају битне форуме за политичку расправу (Jerusalem v. Austria, 27. 2. 2001, став 40, Roseiro Bento c. Portugal, 18. 4. 2006, stav 44). Слобода медија обезбеђује јавности један од најбољих начина да се упозна са ставовима политичких лидера о политичким и јавно важним стварима (Castells v. Spain, 23. 4. 1992, став 43).

Такође, у условима *изборне борбе* или и ван изборне борбе, у оквиру *узавреле расправе са другим политичарем*, политичар мора у већој мери него иначе да толерише грубости политичких коментара (вредносних исказа) о њему који потичу од политичког такмаца (Brasilier c. France, 11. 4. 2006, st. 39 i d., Malisiewicz and Gąsior v. Poland, 6. 4. 2006, став 62, Roseiro Bento c. Portugal, 18. 4. 2006, st. 43, 46). Нарочито је важно да су у периоду предизборне борбе слободно у оптицају информације свих врста (Bowman v. The United Kingdom, 19. 2. 1998, став 42).

9. *Критика правосуђа и извештавање са суђења* су информације од јавног значаја. ЕС наглаша "суштинску улогу судова у демократском друштву" као "гаранта правде, са фундаменталном улогом у правној држави" (Prager and Oberschlick v. Austria, 26. 4. 1995, став 38, De Haes and Gijsels v. Belgium, 21. 2. 1997, став 37, Schöpfer c. Suisse, 20. 5. 1998, став 29). Ипак, слобода медија не сме да се ограничи само зато што се информација бави судовима и ониме што они раде. Судови не раде у "безваздушном простору", и не може се забранити да се пре пресуде медији уопште баве судском ствари. Ауторитет суда треба да је "угрожен информацијом", да би ограничење било допуштено, тј. да је ауторитет и непристрасност судства потребно сачувати у том смислу да се не угрози статус суда као институције која мериторно утврђује шта је правно и да се очува поверење јавности у способност судова да то буду, као и интереси странака на правично суђење (Sunday Times v. the United Kingdom (no. 1), 26. 4. 1979, став 65). Забрана да се уопште извештава о неком кривичном поступку (како то предвиђа један француски пропис), несразмерна је са становишта обезбеђења ауторитета суда и услова потребних да непристрасно обави свој посао (Du Roy and Malaurie v. France, 2. 10. 2000, st. 35. и д, 37).

Судије обавезује одређена дискреција у погледу предмета којима се баве, која их спречава да узвраћају на критике као што то могу политичари, па пошто не располажу средствима да одговоре на нападе, суд мора бити заштићен од информација које представљају неосноване и деструк-

тивне нападе, посебно од оптужби за криминалне радње (Thorgeir Thorgeirson v. Iceland, 25. 6. 1992, став 61, Prager und Oberschlick v. Austria, 26. 4. 1995, став 34, De Haes and Gijsels v. Belgium, 21. 2. 1997, став 37, Perna v. Italy, 25. 7. 2001, став 46). Али, то не искључује право медија и јавности да контролишу судије у погледу вршења њихових дужности, као у случају када судија уједно дела као политичар, поготово као милитантни заступник неке политичке опције, јер је тада умесно проверавати да ли правилно и непристрасно суди (Perna v. Italy, 25. 7. 2001, ст. 44).

10. *Адвокати* имају *право да критикују органе правосуђа*, судове и јавне тужиоце, и, ако се у критици баве ониме што орган правосуђа ради као такав, тек би неке "изузетне околности" могле да оправдају ограничење слободе изражавања путем њиховог кажњавања или других санкција (Nikula v. Finland, 21. 3. 2002, став 49, Amihalachioaie v. Moldova, 20. 4. 2004, став 27, Kyprianou v Cyprus, 15. 12. 2005, став 173).

11. *Оглашавање (рекламирање) лекара, ветеринара и адвоката.* Пошто су *здравствени радници* обавезни да раде на добробит пацијената и заједнице, онда су, ако томе служе, прихватљива ограничења њихове слободе изражавања попут забране оглашавања (рекламирања). Али, то не значи да се не могу објављивати похвалне информације о здравственим радницима, па ни оне које потичу од њих самих, него да се, ако се баве ониме што је у интересу јавности да зна, морају разграничити према недопуштеној реклами (Stambuk v. Germany, 17. 10. 2002, st. 39. i d., Barthold v. Germany, 31. 1. 1986, став 58).

Када је реч о *адвокатима*, и због њихове особене позиције посредника између јавности и суда (Schöpfer c. Suisse, 20. 5. 1998, став 29, Nikula v. Finland, 21. 3. 2002, stav 45), прихватљиво је ограничавање њихове слободе изражавања *рекламирањем*. ЕС у принципу препушта националном праву (поље слободне процене) одлуку о томе да ли ће рекламирање адвоката бити допуштено или забрањено, јер боље познају локалну ситуацију у погледу свих релевантних сукобљених интереса, па зато није сматрао повредом слободе изражавања кажњавање адвоката од стране коморе због оглашавања (Casado Coca v. Spain, 24. 2. 1994, ст. 46, 50).

12. Чување *државне, војне и друге званичне тајне* може да оправда ограничење слободе медија само ако је доиста реч о тајни. Када је нешто већ објављено, престаје да буде поверљиво, није више тајна, па се не

сме изрицати забрана дистрибуције, забрана поновног објављивања, заплена поново објављеног, кажњавати због поновног објављивања (Weber v. Switzerland, 22. 5. 1990, став 51, Observer and Guardian v. the United Kingdom (no. 2), 26. 11. 1991, st. 69 i d., Sunday Times v. the United Kingdom (no. 2), 26. 11. 1991, st. 54. i d., Vereniging Weekblad Bluf! v. the Netherlands, 9. 2. 1995, st. 43, 44, Fressoz and Roire v. France, 21. 1. 1999, став 53, Sürek v. Turkey (no. 2), 8. 7. 1999, став 40).

Објављивање тајног државног документа у начелу је недопуштено, али се ниједна тајна не штити увек и по сваку цену, нити се о не/допуштености мере (казне и др) која се примењује у случају објављивања може одлучити без одмеравања да ли објављивање може да угрози интерес који претеже над слободом изражавања и интересом јавности да зна (Stoll v. Switzerland, 25. 4. 2006, став 52).

13. Новинар је дужан да поступа у складу са правилима *новинарске етике:*

Новинари ће уживати заштиту члана 10. када извештавају о стварима од општег значаја под условом да поступају савесно ("acting in good faith") да би пружили истините и веродостојне информације. У складу са новинарском етиком новинар треба да поступа савесно, настојећи да пре објављивања према правилима новинарске етике обезбеди истините и поуздане информације (Bergens Tidende and others v. Norway, 2. 5. 2000, став 53, Colombani v. France, 25. 6. 2002, став 65, Bladet Tromsø and Stensaas, 20. 5. 1999, став 58, 65, Goodwin v. the United Kingdom, 27. 3. 1996, став 39, Fressoz and Roire v. France, 21. 1. 1999, став 54, Pedersen and Baadsgard protiv Danske, 17. 12. 2004, став 78, Stoll v. Switzerland, 25. 4. 2006, stav 54).

Ако новинар цитира документ, званични владин извештај, није обавезан да проверава истинитост клеветничких и дифамних цитираних тврдњи и не одговара за њихово објављивање (Bladet Tromsø and Stensaas, 20. 5. 1999, став 72, Colombani v. France, 25. 6. 2002, став 65).

Такође, не одговара ни ако је верно пренео оно што му је други саопштио, а кажњавање у таквом случају може да буде оправдано само када постоје нарочито јаки разлози (Jersild v. Denmark, 23. 9. 1994, став 35, Pedersen and Baadsgard v. Denmark, 17. 12. 2004, став 77).

Испитивање информација пре објављивања мора бити примерено тежини тврдњи које се износе (Prager and Oberschlick v. Austria, 26. 4. 1995, став 37). Ако су чињеничне тврдње изузетно озбиљне (као тврдња да је дотични надгледао транспорт Јевреја), мора се показати највећи могући опрез у њиховој провери и умереност, а не чак их појачавати, чинећи ствар драматичнијом него што јесте (Radio France and others v. France, 30. 3. 2004, став 39). Такође је на месту већи опрез када се информација пласира аудио-визуелним медијем, због јачег дејства (Jersild v. Denmark, 23. 9. 1994, став 31, Radio France and others v. France, 30. 3. 2004, став 39).

Чињеничне тврдње које нису доказане (да је полицијски начелник прикрио доказ) не смеју се приказати као доказане без потребне провере, па кажњавање новинара који тако поступи представља примерено ограничење слободе медија ради заштите угледа (Pedersen and Baadsgaard v. Denmark, 17. 12. 2004, ст. 71. и д).

Није повређена новинарска етика ако се субјекту информације пружи прилика да се изјасни о наводима (Bergens Tidende and Others v. Norway, 2. 5. 2000, став 58), односно ако се саопште и ставови који се подвргавају критици односно пружи прилика да се огласе заступници таквих ставова (Лопес Гомес да Силва в. Португал, 28. 9. 2000, став 35).

14. Не може се сматрати да су новинари увек дужни да се *ограде од изјава других лица* (на пример, у интервјуу) које су у стању да повреде углед или права трећих лица (Radio France and others v. France, 30. 3. 2004, став 37, Pedersen and Baadsgaard v. Denmark, 17. 12. 2004, став 77, Albert-Engelmann-Gesellschaft mbH v. Austria, 19. 1. 2006, став 32).

15. *Новинарска слобода подразумева извесан степен претеривања или чак провоцирања* (Prager and Oberschlick, 26. 4. 1995, став 38, De Haes and Gijsels v. Belgium, 24. 2. 1997. став 46, Fressoz and Roirre v. France, 21. 1. 1999, став 45, Stoll v. Switzerland, 25. 4. 2006, став 55, Lopes Gomes da Silva v. Portugal, 28. 9. 2000, став 34, Karhuvaara and Iltalehti v. Finland, 16. 11. 2004, став 40, Pedersen and Baadsgaard v. Denmark, 17. 12. 2004, став 71).

16. Заштита новинарских *извора информација* (право новинара да не открије извор) сме да изоставе (односно новинару сме да се наложи откривање извора) само ако постоји оправдан претежни јавни интерес (Goodwin v. the United Kingdom, 27. 4. 1996, став 45).

17. Ширина слободе изражавања и њена ограничивост могу зависити и од *ситуације у којој се информације објављују*:

У *ситуацијама напетости и сукоба* ограничења имају посебан значај, па и информације могу подлегати ограничавајућим мерама које иначе у другачијим околностима не би биле допуштене (Erdoğdu and Ìnce v. Turkey, 8. 7. 1999, став 52, Zana v. Turkey, 25. 11. 1997, став 60).

18. Гарантија слободе изражавања је *технолошки неутрална* (важи за све врсте медијских средстава, Ц. 1. а), али за *ограничивост* те слободе *није индиферентно ради ли се о штампи или електронском медију*:[26]

"Аудиовизуелни медији имају непосреднији и јачи утицај од штампаних медија. Аудиовизуелни медији могу да путем слике пренесу значења која штампани медији немају" (Jersild v. Denmark, 23. 9. 1994, став 31, Radio France and others v. France, 30. 3. 2004, став 39). Суд би лакше прихватио потребу задирања у слободу изражавање путем електронских медија него путем штампе (даље 20).

19. Дискрециono је право националне судске власти да ли ће допустити *директан пренос звука и слике из суднице*, јер сама чињеница да се поступак преноси може отежати правично одвијање поступка, изменити понашање учесника у поступку и угрозити њихове позиције, па одбијање дозволе није повреда слободе медија (P4 Radio Hele Norge ASA a. Norway, 6. 5. 2003, став Б. 1).

20. Мере којима се интервенише пре објављивања (као што је, рецимо, забрана дистрибуције информације) и *спречава објављивање информације* (превентивна, претходна ограничења – "prior restraints") *нису недопуштене већ саме по себи, као такве*, али изискују *највећу могућу пажњу* при одлучивању да се примене (Sunday Times v. the United Kingdom (no. 2), 26. 4. 1979, став 51, markt intern Verlag GmbH and Klaus Beermann v. Germany, 20. 11. 1989, став 26, Observer and Guardian v. the United Kingdom, 26. 11. 1991, став 60, Ekin v. France, 17. 7. 2001, став 56, Gawęda v. Poland, 14. 3. 2002, став 35). Недопуштене су ако не испуњавају услове троделног теста, при чему се за те мере може рећи да су "неопходне" ако за њима постоји "неодложна друштвена потреба" (the ađective "neces-

[26] О подложности само аудио-визуелних медија систему дозволе, горе Ц. 2. б.

sary"... implies the existence of a "pressing social need"). Због посебне осетљивости оваквих мера и инхерентне им опасности, суд мора да покаже највећу пажњу при провери да ли испуњавају услове за допуштеност по чл. 10. ст. 2 ("most careful scrutiny"). Нарочито кад је реч о штампи, пошто су вести кратог века а спречавање њиховог објављивања, ма и за кратак период, у стању је да их лиши сваке вредности и интереса (исто). Повреда слободе може да се састоји у томе да је *ограничење прекомерно*. Ако се онемогући или забрани свака врста дистрибуције неке информације, биће то недопуштено задирање у слободе медија ако би и делимична забрана била довољна да се оствари оправдани интерес. Потпуно ускраћивање могућности дистрибуције једног видео филма било би претерано, ако би се могла допустити дистрибуција у затвореној мрежи порнографских продавница а да се опет сачува добро ради којег се врши ограничење дистрибуције (Wingrowe v. the United Kingdom, 25. 11. 1996, став 63).

21. Обавеза да се објави *одговор на информацију* не представља повреду слободе медија из чл. 10. ЕК: "у демократском друштву право на одговор је једно јемство плурализма информација које мора бити поштовано" (Ediciones Tiempo SA v. Spain, 1989, Decisions and Reports, 62, стр. 247).

22. Увек мора врло пажљиво да се води рачуна о испуњености услова за допуштеност радње ограничења ако је она у стању да *обесхрабри медије и друга лица да објављују информације о ономе што је од јавног значаја и оправданог интереса за јавност* и да изазове *страх од вршења слободе медија* ("a chilling effect") (Barthold v. Germany, 31. 1. 1986, став 58, Lingens v. Austria, 8. 7. 1986, став 44, Thorgeir Thorgeirson v. Iceland, 25. 6. 1992, став 68, Jersild v. Denmark, 23. 9. 1994, став 35, Janowski v. Poland, 21. 1. 1999, став 32, Bergens Tidende and others v. Norway, 2. 5. 2000, став 52, Stoll v. Switzerland, 25. 4. 2006, став 46, Dammann c. Suisse, 25. 4. 2006, став 58, Steel and Morris v. the United Kingdom, 15. 2. 2005, став 95, Malisiewicz and Gąsior v. Poland, 6. 4. 2006, s. 68).

Осим својом висином, на пример, превисока казна или превисоко досуђена накнада штете (на пример, накнада, троструко виша од дотада досуђиваних, у износу од 1,5 милион фунти због клевете да је субјект информације починио ратни злочин, Tolstoy Miloslavsky v. the United Kingdom 13. 7. 1995, став 46. и д., 51), и казна као таква, макар била ниска, самим актом кажњавања може да обесхрабри да се убудуће објављују такве

информације које су од интереса за јавност (Stoll v. Switzerland, 25. 4. 2006, ст. 57, 58).

У сваком случају, санкција представља непропорционално ограничење слободе медија ако њена висина надилази оно што је довољно за заштиту оправданог интереса који је у сукобу са слободом изражавања, као што је случај ако је изречена превисока казна с обзиром на невелико задирање информацијом у приватност (Karhuvaara and Iltalehti v. Finland, 16. 11. 2004, став 53, Perna v. Italy, 25. 7. 2001, st. 39, 48, Albert-Engelmann-Gesellschaft mbH v. Austria, 19. 1. 2006, став 39).

23. Да би било које прописано ограничење било легално (Ц. 2. а), услов је да су *довољно одређени правна норма* која дира у слободу медија *и изрази којима се норма служи:*

Због неодређености норме, недопуштено задире у слободу медија (француски) пропис којим је министар овлашћен да потпуно забрани публикације страног порекла, а да за такву забрану нису прописани никакви критеријуми (Ekin v. France, 17. 7. 2001, став 56). Али, не тражи се "апсолутна одређеност и јасност одредбе" и употребљених израза, а поготово ако се пропис односи на материју у којој долази до сталних промена, него је неизбежан посао суда да тумачи и примењује и такве одредбе (Barthold v. Germany, 25. 3. 1985, став 47, Kokkinakis v. Greece, 25. 5. 1993, став 40, Rekvényi v. Hungary, 20. 5. 1999, став 34, Ukrainian Media Group v. Ukraine, 29. 3. 2005, став 49).

Субјектима је обезбеђена потребна сигурност и када пропис употребљава израз "противан добрим обичајима" или забрањује "опсцене" информације, ако постоји устаљена судска пракса (markt intern Verlag GmbH and Klaus Beermann v. Germany, 20. 11. 1989, став 30, Müller and others v. Switzerland, 24. 5. 1988, став 33, Ukrainian Media Group v. Ukraine, 29. 3. 2005, став 50). Тако и одредба о увреди, коју кривични пропис непрецизно одређује (као "унижавање части и достојанства другог у непристојном облику"), ипак не представља недопуштено (нелегално) ограничење слободе изражавања (Tammer v. Estonia, 6. 2. 2001, ст. 38, 29).

ЕС наглашава да ако су посреди широки и неодређени појмови, утолико лакше може да дође до тога да орган примене злоупотреби власт. Рецимо, богохуљење као израз којим се описује разлог за задирање у сло-

боду медија забраном дистрибуције, исувише је неодређен и ствара опасност произвољног или прекомерног задирања у слободу медија (Wingrowe v. the United Kingdom, 25. 11. 1996, став 58).

Међутим, давање дискреционе власти и овлашћења за дискрециону власт и слободну оцену није по себи нелегално ограничење, ако је довољно јасно да је посреди дискрециона власт и слободна оцена, и на шта се односи, и коме циљу служи и како се врши (Margareta and Roger Andersson v. Sweden, 25. 2. 1992, став 75).

Иако није унапред одређена висина накнаде штете која се досуђује због нематеријалне штете, ако је пракса довољно уједначена у том погледу, не ради се о неодређености која би то ограничење слободе медија чинила нелегалним (Radio France and others v. France, 30. 3. 2004, став 32, Tolstoy Miloslavsky v. the United Kingdom 13. 7. 1995, став 37. и д).

Снежана Андрејевић,
судија Врховног суда Србије

ЗАКОН О ЈАВНОМ ИНФОРМИСАЊУ СРБИЈЕ: ГРАЂАНСКОПРАВНА ЗАШТИТА ПРАВА НА ЈАВНО ИНФОРМИСАЊЕ

"При ограничавању људских и мањинских права, сви државни органи, а нарочито судови, дужни су да воде рачуна о суштини права које се ограничава, важности сврхе ограничења, природи и обиму ограничења, односу ограничења са сврхом ограничења и о томе да ли постоји начин да се сврха ограничења постигне мањим ограничењем права"

(Члан 20 став 3
Устава РепубликеСрбије)

Слобода мишљења и изражавања[1] - зајемчена је Уставом као и слобода да се говором, писањем, сликом или на други начин траже, примају и шире обавештења и идеје.

Слобода изражавања може се законом ограничити, ако је то неопходно ради заштите права и угледа других, чувања ауторитета и непристрасности суда и заштите јавног здравља, морала демократског друштва и националне безбедности Републике Србије, а слобода медија[2] - значи да је свако слободан да без одобрења, на начин предвиђен законом, оснива новине и

[1] Члан 46 Устава Републике Србије (Службени гласник РС 98/06 од 10. 11. 2006. године)
[2] Члан 50 Устава Републике Србије

друга средства јавног обавештавања, да се телевизијске и радио-станице оснивају у складу са законом и да у Републици Србији нема цензуре.

Само надлежни суд може спречити ширење информација и идеја путем средстава јавног обавештавања ако је то у демократском друштву неопходно ради спречавања позивања на насилно рушење Уставом утврђеног поретка или нарушавање територијалног интегритета Републике Србије, спречавања пропагирања рата или подстрекавања на непосредно насиље или ради спречавања заговарања расне, националне или верске мржње, којим се подстиче на дискриминацију, непријатељство или насиље.

Устав гарантује и да се право на исправку неистините, непотпуне или нетачно пренете информације којом је повређено нечије право или интерес и права на одговор на објављену информацију уређује и остварује у складу са законом[3].

Право на обавештеност[4] - зајемчено је Уставом као право сваког да истинито, потпуно и благовремено буде обавештаван о питањима од јавног значаја што су средства јавног обавештавања дужна да поштују. Зајемчено је и право сваког на приступ подацима који су у поседу државних органа и организација којима су поверена јавна овлашћења, у складу са законом.

Према члану 10 Конвенције за заштиту људских права и основних слобода[5] свако има право на слободу изражавања. Ово право укључује

[3] Закон о јавном информисању објављен у Службеном гласнику РС број 43/2003 ступио је на снагу 22. 04. 2003. године, наредног дана од дана објављивања. Даном ступања на снагу овог закона престали су да важе сви савезни и републички прописи из области јавног информисања наведени у члану 102. овога закона.

[4] Члан 51 Устава Републике Србије

[5] Закон о ратификацији Конвенције за заштиту људских права и основних слобода, измењене у складу са Протоколом број 11, Протокола уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода којим се обезбеђују извесна права и слободе који нису укључени у Конвенцију и Први Протокол уз њу, Протокола број 6 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне, Протокола број 7 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Протокола број 12 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Протокола број 13 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне у свим околностима (Службени

слободу поседовања сопственог мишљења, примања и саопштавања информација и идеја без мешања јавне власти и без обзира на границе. Овај члан не спречава државе да захтевају дозволе за рад телевизијских, радио и биоскопских предузећа. Пошто коришћење ових слобода повлачи за собом дужности и одговорности, оно се може подвргнути 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, заштите угледа или права других, спречавања откривања обавештења добијених у поверењу, или ради очувања ауторитета и непристрасности судства.

Ратификовани међународни уговори и општеприхваћена правила међународног права непосредно се примењују[6], па се наведена начела јавног информисања и одредбе Конвенције за заштиту људских права и основних слобода не могу тумачити тако да подразумевају 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 и њихово ограничавање у већој мери од оне која је предвиђена Конвенцијом (члан 17). У том смислу се морају непосредном применом члана 8 Конвенције за заштиту људских права и основних слобода заштитити и породични живот и породица, као део приватности појединца у случају повреде ових права у поступку јавног информисања.

Одредбе о људским и мањинским правима тумаче се у корист унапређења вредности демократског друштва, сагласно важећим међународним стандардима људских и мањинских права, као и пракси међународних институција које надзиру њихово спровођење.

Јемства неотуђивих људских и мањинских права у Уставу служе очувању људског достојанства и остварењу пуне слободе и једнакости

лист СЦГ – Међународни уговори бр. 9 од 26. 12. 2003. године, 5/05 од 1. 7. 2005. године)

[6] Члан 19 став 1 и 2 Међународног пакта о грађанским и политичким правима (Службени лист СФРЈ – Међународни уговори број 7/71, Службени лист СРЈ – Међународни уговори о ратификацији два Протокола бр. 40/01)

Члан 18 Устава Републике Србије

сваког појединца у праведном, отвореном и демократском друштву, заснованом на начелу владавине права[7].

Људска и мањинска права зајемчена Уставом могу законом бити ограничена[8] ако ограничење допушта Устав, у сврхе ради којих га Устав допушта, у обиму неопходном да се уставна сврха ограничења задовољи у демократском друштву и без задирања у суштину зајемченог права, а достигнути ниво људских и мањинских права не може се смањивати. При ограничавању људских и мањинских права, сви државни органи, а нарочито судови, дужни су да воде рачуна о суштини права које се ограничава, важности сврхе ограничења, природи и обиму ограничења, односу ограничења са сврхом ограничења и о томе да ли постоји начин да се сврха ограничења постигне мањим ограничењем права.

Јавно информисање – законска начела

Слобода изражавања мишљења и права и обавезе учесника у процесу јавног информисања, по Закону о јавном информисању, заснивају се на начелима:

- ***слободе јавног информисања*** – у интересу јавности и забрани цензуре, будући да нико не сме ни на посредан начин да ограничава слободу јавног информисања, злоупотребљава државна или приватна овлашћења, право, утицај или контролу над средствима за штампање и дистрибуцију гласила или над уређајима за емитовање и радио фреквенцијама, као ни било којим другим начином подесним да ограничи слободан проток идеја, информација и мишљења. Ради остварења ових начела прописана је: забрана било каквог физичког или другог притиска или утицаја на јавно гласило и његово особље подесног да их омете у обављању посла; судска заштита због повреда слободе јавног информисања; хитност тог поступка.

- ***обавезе новинарске пажње*** – примерене околностима коју су новинар и одговорни уредник јавног гласила дужни да покажу пре објављивања информације која садржи податке о одређеном догађају, појави или личности, провером њеног порекла, истинитости и потпуности и да туђе

[7] Члан 19 Устава Републике Србије
[8] Члан 20 Устава Републике Србије

информације, идеје и мишљења пренесу и објаве веродостојно и потпуно, а уколико информацију преузимају из другог јавног гласила да наведу гласило из којег је информација пренета.

- ***информисања о стварима од интереса за јавност*** – без обзира на начин на који је прибављена информација, будући да је право на слободно објављивање идеја, информације или мишљења о појавама, догађајима и личностима о којима јавност има оправдани интерес да зна, гарантовано и да се може ограничити само законом.

- ***остваривања права посебних категорија лица*** – обезбеђивањем дела средстава или других услова (буџетом Републике, аутономне покрајине, односно локалне самоуправе), за рад јавних гласила на језицима националних мањина и етничких заједница, а ради остваривања права ових категорија лица у информисању на сопственом језику и неговању сопствене културе и идентитета или несметано коришћење права у јавном информисању, слободе примања идеја, информација и мишљења ради заштите интереса инвалида, хендикепираних лица или других лица са посебним потребама.

- ***о једнаким правима странаца*** – који у области јавног информисања имају иста права и обавезе као и домаћа лица изузев када је другачије предвиђено законом или потврђеним међународним уговором.

- ***забране монопола*** – на оснивање, односно, дистрибуцију јавног гласила, објављивање идеја и информација и мишљења у јавном гласилу, ради заштите начела слободне утакмице и плурализма идеја и мишљења.

- ***забране укидања или ограничавање права*** – слободе јавног информисања тумачењем и применом овог закона која би довела до укидања неког права које закон гарантује или до његовог ограничавања у већој мери од оне која је прописана[9].

---

[9] "Устав... и међународни акти (Пакт, Европска конвенција) садрже ***затворену листу*** вредности ради чијег остварења се сме ограничити слобода масмедија. Ради: заштите права и угледа других лица; очувања ауторитета и непристрасности суда; националне безбедности; јавног здравља; морала; јавне безбедности; јавног поретка; ради спречавања нереда и криминала; спречавања откривања обавештења добијених у поверењу. Навођење је ***потпуно***, таксативно и не може се у пракси проширивати; листа је затворена (*numerus clausus*)... За оцену неопходности да се слобода масмедија уопште ограничи и да се ограничи баш на од-

- ***ограничења права на заштиту приватности***[10] – носиоцима државних и политичких функција ако је информација важна за јавност обзиром на чињеницу да лице на које се односи информација врши одређену функцију, сразмерно оправданом интересу јавности у сваком конкретном случају. Зато је право на углед политичара строжије дефинисано у односу на друга лица, а њихово право приватности сужено. Они морају због тога да прихвате ова ограничења и нападе у већој мери него друга лица, уз редукцију права на заштиту и репарацију штете због повреде права на заштиту приватности, сразмерно оправданом интересу јавности.

- ***доступности информација*** – о раду државних органа и организација, органа територијалне аутономије и локалне самоуправе, јавних служби, јавних предузећа, посланика и одборника који су обавезни да информације о свом раду учине доступним за јавност под једнаким условима за све новинаре и сва јавна гласила.

Без обзира на наведена начела јавног информисања, обавезу новинарске пажње и поштовање права на приватност које може бити прекршено само кроз сразмерно ограничење овог права према околностима сваког конкретног случаја и оправданог интереса јавности, сведоци смо све масовније негације поштовања права личности у медијима не само јавних личности већ и малолетних лица, кршења претпоставке невиности, бруталних повреда части, угледа или пословног реномеа неког лица, говора мржње или дисквалификације политичких неистомишљеника, све под плаштом слободе јавног информисања.

Област јавног интереса у погледу којих штампа има право да саопштава информације и идеје, а у складу са својим дужностима и одговорностима, обухвата и питања која се тичу рада судства… Ипак, у рад судова који су гаранти правде и који имају основну улогу у држави која се

ређени начин на који је то учињено, постављена су нека правила (***правила о неопходности и пропорционалности ограничења***)", Проф др Владимир Водинелић, *Право масмедија*, Факултет за пословно право у Београду, Београд 2003. године, страна 60.

[10] "Право на приватност, уже одређено, јесте апсолутно субјективно право физичког лица да може самостално да одлучи о упознавању трећих лица са било којом манифестацијом своје егзистенције", Саша Гајин, *Права лица на која се односи информација, Право медија,* Центар за људска права, Београд 1998. године, страна 169

придржава владавине права јавност мора имати поверење. Он се стога мора заштитити од неоснованих напада, нарочито у погледу чињенице да судије подлежу обавези дискреције која им забрањује да одговарају на такве нападе, како се изјаснио Европски суд за људска права у Стразбуру у пресуди *Prager i Oberschlick v. Austria* од 26. 4. 1995. године.

Незаменљива улога штампе у демократском друштву не сме бити компромитована злоупотребом слободе изражавања,... и штампа не сме прекорачити извесне границе нарочито када се ради о угледу и правима других, а заштита која се пружа новинарима по основу члана 10 Европске конвенције о људским правима и у погледу извештавања о питањима од општег интереса, подлеже услову да они поступају у доброј вери како би пружили тачне и поуздане информације у складу са новинарском етиком, како је то наведено у пресуди истог суда *Goodwin v. UK* од 29. 3. 1996. године.

Зато је неопходно да удружења новинара, у складу са својим етичким кодексом врше надзор и санкционишу повреде новинарске етике, јер и у Србији људско достојанство мора бити заштићено, а паушалне, неосноване оптужбе, инсинуације, сумничења, омаловажавања и вређање у име слободе штампе, мимо јавне дебате о основним вредностима демократског друштва, не смеју бити синоним за њу, јер подривају поверење у веростојност новинарске струке.

Јавна гласила и дистрибуција јавних гласила и информација

Јавна гласила[11] - су новине, радио програми, телевизијски програми, сервиси новинских агенција, Интернет и друга електронска издања наведених јавних гласила, као и друга средства јавног информисања која помоћу речи, слике или звука објављују идеје, информације и мишљења намењена јавној дистрибуцији и неодређеном броју корисника.

[11] Члан 11. Закона о јавном информисању одређује шта се сматра јавним гласилом и која су својства јавног гласила а члан 13. шта се сматра посебним јавним гласилом.

Јавно гласило нема својство правног лица – што значи да у спору ради грађанско-правне заштите због повреде слободе јавног информисања јавно гласило не може бити странка у поступку (члан 77. ЗПП). По аналогији својство правног лица нема ни посебно јавно гласило (свака новина са посебним називом, односно различити програми радија и телевизије који се емитују на различитим фреквенцијама истог оснивача јавног гласила, сваки сервис новинске агенције који се посебно дистрибуира).

Обавеза привременог чувања и право на увид у запис јавног гласила – коју има оснивач јавног гласила (да чува један примерак записа јавног гласила и то: сваки број сваког издања новина и другог штампаног јавног гласила – 60 дана од дана објављивања; снимак целог једнодневног емитованог телевизијског или радио програма, односно емисије – 30 дана од дана емитовања; други запис осталих јавних гласила – 30 дана од дана јавног објављивања; стави их на увид или достави њихову копију на захтев суда или органа за унутрашње послове без одлагања, а најкасније у року од три дана од дана пријема писменог захтева, као и на писмени захтев сваког лица које има правни интерес да запис затражи на увид, односно на копирање ако предујми стварне трошкове стављања на увид) прописана је између осталог и због ефикасније заштите права на јавно информисање.

У јавном гласилу се нико не сме означити учиниоцем каквог кажњивог дела, односно огласити кривим или одговорним пре правноснажне одлуке суда или другог надлежног органа ***(претпоставка невиности)***.

Дистрибуција јавних гласила – је слободна, а дискриминација на тржишту забрањена[12], што значи 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.

[12] Члан 92 Закона о јавном информисању прописује новчане казне за овакве противзаконите радње дистрибутера и одговорног лица које се квалификују као привредни преступ.

Забрана дистрибуције информације[13] – могућа је само у судском поступку пред окружним судом, сходном применом Закона о кривичном поступку. Поступак је хитан, прописани су и рокови за одржавање претреса (три дана од пријема предлога), а у поступку по предлогу за забрану претрес се може одржати и без присуства уредно позваних странака, на шта се странке у позиву за претрес морају изричито упозорити. На предлог надлежног јавног тужиоца суд може донети и решење о привременој забрани до правноснажне одлуке о забрани дистрибуције информације јавних гласила.

О праву на накнаду штете – проузроковане привременом забраном дистрибуције информације јавног гласила, која није оправдана у каснијем поступку – јер је предлог за забрану одбијен, прво *ex oficio* одлучује кривични суд, који новчану накнаду штете одређује на основу слободне оцене, а принудно извршење ове одлуке о накнади штете кривичног суда може се тражити у року од 30 дана од дана извршности одлуке.

Право на тзв. потпуну накнаду штете у парничном поступку има оштећено лице које може у парничном поступку захтевати разлику између штете досуђене по слободној оцени одлуком кривичног суда до висине претрпљене штете коју докаже у парничном поступку. У кривичном поступку се, због хитности овог дела поступка и прописаних рокова за поступање, не може очекивати утврђење свих релевантних околности које су од значаја за одлуку о обиму и висини штете проузроковане привременом забраном дистрибуције. Зато о штети одлучује кривични суд на основу слободне оцене, а о потпуној накнади одлучује се у праничном поступку по општим правилима облигационог права.

Како се штета надокнађује из буџета Републике, странка у поступку може бити само Република Србија, обзиром да судови немају својство правног лица.

---

[13] Члан 17 Закона о јавном информисању прописује да надлежни окружни суд може на предлог јавног тужиоца забранити дистрибуцију информације ако утврди да је то неопходно у демократском друштву ради спречавања: позива на насилно рушење уставног поретка, нарушавања територијалног интегритета републике, пропагирање рата, подстрекавање на непосредно насиље или заговарање расне, националне или верске мржње која представља подстицање на дискриминацију, непријатељство или насиље, а од објављивања информације непосредно прети озбиљна, непоправљива последица чије се наступање не може спречити на други начин.

Обавеза објављивања импресума – односи се на свако јавно гласило. Под импресумом се подразумева скуп основних података о јавном гласилу[14].

Санкција за дистрибуцију јавног гласила без импресума је поред прекршајне одговорности у смислу члана 93 став 1 тачка 1 овог закона, и оправдано одбијање дистрибуције, а ако је дистрибутер прихватио да дистрибуира јавно гласило без импресума у спору поводом информације, идеје или мишљења објављених у таквом гласилу, одговоран је и дистрибутер. Одговорност дистрибутера би по овој дефиницији била солидарна у смислу члана 206 Закона о облигационим односима.

Заштита новинара

Новинари имају право да износе информације и мишљења и да одбију извршење налога и не може им престати радни однос или се умањити зарада нити погоршати положај у редакцији због истините тврдње објављене у јавном гласилу у коме су запослени, одбијања да изврше налог којим би кршили правна и етичка правила новинарске професије, одбијања да изврше налог који противречи уређивачкој концепцији јавног гласила, као ни због мишљења које је ван јавног гласила изражено као лични став.

Новинар има право на ***новинарску тајну*** и није дужан да открије податке у вези са извором информација, осим ако се подаци односе на кривично дело, односно учиниоца кривичног дела за које је запрећена казна затвора најмање пет година.

Говор мржње

Забрана говора мржње[15] – односи се на забрану објављивања идеја, информација и мишљења којима се подстиче дискриминација, мржња или насиље против лица или групе лица због њиховог припадања или неприпадања некој раси, вери, нацији, етничкој групи, полу или због њихове

[14] Садржина импресума јавног гласила и скраћеног импресума новина, телевизијског програма, радио програма и новинске агенције и начин објављивања импресума уређени су члановима 27 и 28 Закона о јавном информисању.

[15] Члан 38. Закона о јавном информисању.

сексуалне опредељености, без обзира на то да ли је објављивањем учињено кривично дело, као посебну обавезу у јавном информисању.

Сузбијање говора мржње - прописано је и чланом 21 Закона о радиодифузији[16] по коме се републичка радиодифузна агенција стара да програми емитера не садрже информације којима се подстиче дискриминација, мржња или насиље против лица због њихове различите политичке опредељености или због њиховог припадања или неприпадања некој раси, вери, нацији, етничкој групи, полу или сексуалној опредељености. Поступање емитера супротно овој забрани основ је за изрицање предвиђених мера од стране агенције, независно од других правних средстава која стоје на располагању оштећеном.

Право на тужбу због повреде забране говора мржње по правилима парничног поступка – има лице на кога се као припадника групе лично односи информација из члана 38 Закона о јавном информисању, против аутора информације и против одговорног уредника јавног гласила у коме је информација објављена, које може да захтева забрану његовог поновног објављивања и објављивања пресуде на трошак тужених. Против аутора и одговорног уредника тужбу може поднети и свако правно лице чији је циљ заштита слобода права човека и грађанина као и организација чији је циљ заштита интереса групе из члана 38 овог Закона, а ако се оваква информација лично односи на одређено лице, тужбу могу поднети само уз пристанак тог лица.

Ослобађање од одговорности због повреде забране говора мржње могуће је ако је информација део научног или новинарског текста објављеног без намере подстицања дискриминације, мржње или насиља против ових лица, посебно ако је таква информација део објективног новинарског извештаја, с намером да се критички укаже на дискриминацију, мржњу и насиље против ових лица или на појаве које представљају или могу да представљају подстицање на такво понашање.

Заштита малолетника

Ради заштите права малолетника у јавним гласилима мора се посебно водити рачуна да садржај јавног гласила и начин дистрибуције не нашкоде моралном, интелектуалном, емотивном или социјалном развоју

[16] Закон о радиодифузији (Службени гласник РС бр. 42/02, 97/04, 76/05, 79/05, 62/06, 85/06, 86/06)

малолетника. Садржај јавног гласила који може угрозити развој малолетника мора бити јасно и видљиво означен и дистрибуиран на начин за који је најмање вероватно да ће га малолетник користити.

Малолетник се не сме учинити препознатљивим у информацији која је подесна да повреди његово право или интерес.

Заштита малолетника - прописана је и чланом 19. Закона о радиодифузији по коме се републичка радиодифузна агенција стара о заштити малолетника и поштовању достојанства личности и програмима који се приказују посредством радија и телевизије, о чему доноси општеобавезујуће упутство. Агенција се нарочито стара да програми који могу да нашкоде физичком, менталном или моралном развоју малолетника не буду доступни путем радија или телевизије, изузев када је временом емитовања или техничким поступком обезбеђено да малолетници, по правилу нису у прилици да их виде или слушају.

Приказивање програма који тешко угрожавају физички, ментални или морални развој малолетника, забрањено је, а прописана је и забрана јавног излагања порнографије – као забрана јавног излагања штампаних ствари са порнографским садржајем на начин доступан малолетницима, забрану порнографског садржаја на насловној и последњој страни штампане ствари и обавезу видног упозорења да садржи порнографију и да није намењена малолетним лицима[17].

Права лица на које се односи информација

Лица на која се односи информација имају право на различите видове правне заштите. Зато, "парнични суд није овлашћен да оцењује које је правно средство ефикасније, какви су ефекти пресуђења у другим споровима из истог чињеничног и различитог правног основа, нити

[17] Према члану 42 став 3 Закона о јавном информисању на порнографске садржаје на телевизијским и радио програмима примењују се одредбе посебног закона којима се уређује област радиодифузије.
Прекршајна одговорност и новчано кажњавање дистрибутера, предузетника и одговорног лица прописани су чланом 96 Закона о јавном информисању, као санкција за кршење забране јавног излагања порнографије из члана 42 овог Закона.

да искључује могућност пружања правне заштите по другом правном основу"[18].

1. Објављивање информације из приватног живота и личних записа (писани записи, записи лика и гласа)[19]

Не могу се објавити без пристанка лица чијег се приватног живота информација тиче, односно лица чије речи, лик, односно глас садржи, ако се при објављивању може закључити које је то лице. Ове информације и записи се не могу објавити ни без пристанка онога коме су намењене, односно онога на кога се односе, ако би објављивањем било повређено право на приватност или које друго право тог лица. Пристанак на објављивање је потребан и за непосредно преношење лика или гласа путем телевизије, радија и слично.

Пристанак се односи на једно објављивање у одређеном циљу и не важи за поновно објављивање и за други начин и циљеве. Кад је за пристанак за прибављање информација или за увид у запис примљена накнада важи законска претпоставка да је пристанак дат и за њихово објављивање. Изузетно, информације из приватног живота, односно лични запис могу се објавити без пристанка лица на кога се односе у случајевима одређеним енумерацијом у члану 45 став 1 тачка 1 до 11 Закона о јавном информисању.

Изузетак прописан чланом 45 Закона о јавном информисању одређује да се могу објавити информације из приватног живота, односно лични запис лица на кога се односи, ако их је то лице наменило јавности, ако се односе на личност, појаву или догађај од интереса за јавност, нарочито ако се односи на носиоца државне или политичке функције, а објављивање је важно с обзиром на чињеницу да лице обавља ту функцију, ако је то лице својим понашањем дало повода за њихово објављивање, ако је информација саопштена, односно запис сачињен у јавној скупштинској расправи или јавној расправи у неком скупштинском телу, ако је објављивање у интересу правосуђа, безбедности земље или јавне безбедности, ако се лице није противило прибављању информације, односно прибављању

[18] Из решења Врховног суда Србије Гж. 92/06 од 17. 07. 2006. године - Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 4/2006, Интермекс Београд, аутор сентенце Слађана Накић-Момировић, судија Врховног суда Србије

[19] Чл. 43 до 46 Закона о јавном информисању.

записа иако је знало да се то чини ради објављивања, ако је то у интересу науке или образовања или је потребно ради упозорења на опасност, ако се запис односи на мноштво ликова или гласова или се ради о запису с јавног скупа, ако је лице приказано као део пејзажа, природе, панораме, насељеног места, трга, улице или као део сличног призора.

Заштиту права на приватни живот[20], односно права на лични запис има лице чије је право повређено, а остварује га тужбом[21] против одговорног уредника гласила којом може захтевати: пропуштање објављивања информације, односно записа; предају записа, уклањање или уништење објављеног записа (брисање видео или аудио записа, уништење негатива, одстрањење из публикације и сл); накнаду материјалне и нематеријалне штете; објављивање пресуде.

Због неовлашћене употребе личног записа или података из приватног живота повређени може тужбом да захтева од оснивача јавног гласила и ***сразмеран део добити остварене објављивањем лезионих информација***, чиме се најчешће користе јавна гласила која су у очекивану зараду од њиховог обајављивања укалкулисала и будућу новчану накнаду штете коју ће евентуално платити оштећеним лицима.

---

[20] Члан 41 Устава Републике Србије прописује:
"Тајност писама и других средстава комуницирања је неповредива.
Одступања су дозвољена само на одређено време и на основу одлуке суда, ако су неопходна ради вођења кривичног поступка или заштите безбедности Републике Србије, на начин предвиђен законом"
Члан 42 Устава Републике Србије прописује:
"Зајемчена је заштита података о личности.
Прикупљање, држање, обрада и коришћење података о личности уређују се законом.
Забрањена је и кажњива употреба података о личности изван сврхе за коју су прикупљени, у складу са законом, осим за потребе вођења кривичног поступка или заштите безбедности Републике Србије, на начин предвиђен законом.
Свако има право да буде обавештен о прикупљеним подацима о својој личности, у складу са законом, и право на судску заштиту због њихове злоупотребе"

[21] Према члану 46. став 3. Закона о јавном информисању тужба се подноси окружном суду на чијем се подручју налази седиште оснивача јавног гласила, а у парницама ради повреде права на приватни живот, односно права на лични запис примењују се одредбе закона којим се уређује парнични поступак.

2. Право на одговор и право на исправку информације[22]

Право на одговор и право на исправку информације - има лице на које се односи информација и оно може захтевати објављивање одговора или исправке, ако је информација подесна да повреди право тог лица или његов интерес, односно ако су његова права и интереси повређени неистинитом, непотпуном или нетачно пренетом информацијом и има право на тужбу за објављивање одговора, односно, исправке ако одговорни уредник то не учини.

Тужилац који је поставио тужбени захтев "за објављивање исправке информације у тужби коју је лично потписао и благовремено поднео суду, испуњава све законом прописане услове, да се о његовом захтеву мериторно расправља. За разлику од права на одговор које се остварује и вансудским и судским путем, право на исправку се остварује само судским путем - директном тужбом, па легитимисано лице није дужно да претходно поднесе захтев одговорном уреднику. У парници ради објављивања исправке информације расправља се о неистинитости, непотпуности или нетачности преноса информације, као и о томе да ли је информацијом повређено право или интерес оштећеног"[23].

У овом поступку важи начело једнакости одговора, односно исправке[24]. Одговор, односно исправка објављује се у истом делу гласила, у истом издању, у истој рубрици, на истој страници, са истом опремом, односно у истом делу емисије, као што је била објављена информација на коју се одговара, и то под истим насловом, уз ознаку "*одговор*", односно "*исправка*". Ако опрема информације на коју се одговара, односно која се исправља садржи илустрације (табеле, фотографије, цртеже, видео запис и друго), и одговор, односно исправка може садржати илустрације. Одговор, односно исправка објављује се одједном исцела, осим ако је информација на коју се одговара, односно која се исправља објављивана у наставцима, а обим одговора, односно исправке изискује објављивање у наставцима.

---

[22] Чл. 47 до 70 Закона о јавном информисању

[23] Из решења Врховног суда Србије Гж. 82/04 од 8. септембра 2004. године - Билтен Врховног суда Србије бр. 1/2005, Интермекс Београд, аутор сентенце Љубица Милутиновић, судија Врховног суда Србије

[24] Члан 56 Закона о јавном информисању

Важи и забрана преиначења и коментарисања одговора, односно исправке[25]. Одговор, односно исправка објављује се без измена, изостављања и допуна. Дозвољене су само најнеопходније лекторске измене које не мењају смисао. Није допуштено коментарисати одговор, односно исправку у истом броју гласила, односно у истој емисији у којој се објављује одговор, односно исправка, нити у другим емисијама на дан објављивања одговора, односно исправке.

Разлози за необјављивање одговора, који важе и за необјављивање дела одговора прописани су чланом 58 Закона о јавном информисању.

Одговорни уредник није дужан да објави одговор, односно суд неће наредити одговорном уреднику да објави одговор ако:

1. је одговор поднело лице на које се информација не односи лично или друго неовлашћено лице[26];

2. је већ објављен одговор исте садржине неког од овлашћених лица;

3. је у истом гласилу у другом, једнако вредном облику већ објављена реакција овлашћеног лица исте садржине (као интервју, изјава и друго);

4. још није правноснажно окончана парница ради објављивања раније поднетог одговора на исту информацију;

---

[25] Члан 57 Закона о јавном информисању

[26] "Како тужени у жалби наводи да му је захтев за одговор поднело лице на које се информација није односила лично, што је предвиђено одредбом члана 58 став 1 тачка 1 Закона о јавном информисању, јер је захтев за одговор сачињен и потписан од стране адвоката, који није доставио пуномоћје нити је захтев за објављивањем одговора потписао тужилац лично, потребно је утврдити пре одлучивања да ли је одговорни уредник дужан или не да објави одговор, тј. да ли ће му суд исто наложити или не да учини у смислу одредби члана 58. став 1. тачка 5. Закона о јавном информисању... да ли је уз захтев за објављивањем одоговора који је потписан од стране адвоката, било достављено и пуномоћје тужиоца за истог адвоката, те након тога утврдити да ли су постојали разлози за необјављивањем одговора.

(Из решења Врховног суда Србије у Београду Гж. бр. 84/04 од 15. 9. 2004. године)

5. у захтеву за објављивање одговора подносилац није навео своје име и адресу, односно назив и седиште, а недостајући податак није познат редакцији, као и ако није потписао одговор;

6. се одговор не односи на информацију на коју подносилац тврди да одговара;

7. није означена информација на коју се одговара (наслов информације, број и страница гласила где је објављена, назив емисије и време емитовања и сл), а одговорни уредник не може једноставно да утврди на коју се информацију односи;

8. се одговор односи на мишљење, а не на тврдњу о чињеницама, као и ако одговор не садржи тврдњу о чињеницама, већ мишљење;

9. се одговором не оспорава истинитост, потпуност или тачност преноса информације, као и ако се одговор односи на информацију која, и да је неистинита, непотпуна или нетачно пренета, није подесна да повреди право или интерес лица;

10. одговор није састављен на језику на којем је објављена информација на коју се одговара, нити је накнадно преведен на тај језик;

11. је одговор непримерено дужи од информације, а подносилац га не примери у року за подношење одговора;

12. је одговор поднет по истеку рока за подношење одговора;

13. је одговор нечитљив, неразумљив или бесмислен, а није уређен пре истека рока за подношење одговора;

14. би због садржине одговора његово објављивање могло изазвати забрану објављивања информације, кривичну или прекршајну одговорност, или грађанскоправну одговорност према трећим лицима;

15. је већ објављена исправка или опозив исте информације на коју се одговара или је на други начин постигнут учинак ради кога се тражи објављивање одговора односно дела одговора, осим ако се ради о поновљеном објављивању информације;

16. је истинитост, потпуност или тачност преноса информације на коју се одговара очигледна, општепозната или утврђена правноснажним актом надлежног органа;

17. се садржина информације на коју се одговара подудара са садржином информације коју је ауторизовало лице које захтева објављивање одговора;

18. је неистинитост, непотпуност или нетачност преноса информације на коју се одговара безначајна;

19. се одговор односи на информацију саопштену у јавној скупштинској расправи, јавној расправи у неком скупштинском телу, или у судском поступку.

Суд неће наредити одговорном уреднику да објави исправку, односно део исправке: ако тужилац не докаже да је објављена информација неистинита, непотпуна или нетачно пренета, ако је информација неистинита или непотпуна, а суд нађе да не вређа право лица на које се односи или ако постоји неки од разлога за необјављивање одговора - наведених у члану 58 став 1 тач. 1, 2, 4 и 6 до 18 Закона о јавном информисању, који сходно важе за исправку.

Тужба се подноси окружном суду на чијем подручју се налази седиште оснивача, прописана је хитност судског поступка и уређена правила поступка да би се обезбедила што ефикаснија заштита због повреде права на одговор и исправку (скраћени су рокови за жалбу, за понављање поступка нема припремног рочишта). Изостанак тужиоца са првог или неког доцнијег рочишта има за последицу законску презумпцију о повлачењу тужбе. Изостанак туженог има за последицу: доношење пресуде на основу до тада утврђеног чињеничног стања. Прописани су кратки рокови за одлучивање о жалби, с тим што се против пресуде другостепеног суда у поступку за објављивање одговора не може изјавити ревизија, а у поступку за објављивање исправке само ако је захтев одбијен[27].

Последица прекорачења прописаних рокова[28] – у којима одлучују судови је: одузимање предмета од судије који је рок прекорачио, а председник суда на предлог тужиоца, без одлагања, додељује предмет у рад другом судији, односно другом већу.

---

[27] Према члану 66 став 7. Закона о јавном информисању рок за изјављивање ревизије је 15 дана.

[28] Рокови за поступање суда прописани су чланом 62 став 2, 64. став 2, 65. став 4 и 67 у вези члана 63 и 66 Закона о јавном информисању.

Ове одредбе нису у супротности са одредбама Закона о судијама којима је уређено распоређивање и одузимање предмета од судије, обзиром да је према члану 22 став 2. тог закона прописано да судији предмет може бити одузет само ако дуже одсуствује или одуговлачи поступак.

3. Право на тужбу за пропуштање објављивања информације и право на привремену меру забране поновног објављивања информације

Право на тужбу за пропуштање објављивања информације и право на привремену меру забране поновног објављивања информације има лице чије би право било повређено поновним објављивањем неистините, непотпуне или друге недопуштене информације, које може захтевати и да се одговорном уреднику запрети плаћањем примерене своте новца предлагачу за случај да поступи противно забрани и да без накнаде објави пресуду о овој забрани (чл. 71-73).

4. Право на објављивање информација о исходу кривичног поступка

Право на објављивање информација о исходу кривичног поступка има лице за које је јавно гласило претходно објавило да је против тог лица покренут кривични поступак.

5. Остваривање права на новчану накнаду штете

Остваривање права на новчану накнаду штете уређено је одредбама члана 79 и 91 Закона о јавном информисању и признато сваком лицу на које се односи нетачна, непотпуна или друга информација чије је објављивање забрањено у складу са Законом о јавном информисању, као и лицу коме није објављена исправка, одговор или друга информација чије објављивање има право да тражи, а које због његовог објављивања, односно необјављивања трпи штету.

Право на накнаду штете (материјалне и нематеријалне) остварује се по општим правилима из Закона о облигационим односима и по одредбама овог закона, независно од других правних средстава.

Одговорност новинара, одговорног уредника и правног лица које је оснивач јавног гласила је солидарна, а кривица одређена као груба непажња, ако су пре објављивања информације пажњом примереном околностима могли утврдити неистинитост или непотпуност информације[29]. Аутор информације који је новинар одговара за штету ако је настала његовом кривицом.

Одговорност ових лица се искључује (члан 82), само ако су верно пренели из јавне скупштинске расправе или јавне расправе у скупштинском телу или из судског поступка или из докумената надлежног државног органа информацију која је неком лицу проузроковала штету.

Чланом 83 Закона о јавном информисању проширена је и одговорност из члана 198 став 1 и 2 Закона о облигационим односима[30].

За штету проузроковану објављивањем неистините или непотпуне информације која потиче од државног органа одговара држава, без обзира на кривицу, по правилима о објективној одговорности.

Тужба за накнаду штете - подноси се у року од шест месеци од дана објављивања информације. Ако тужба буде поднета по истеку овог рока поставља се питање како ће суд олучити: процесном одлуком или

[29] "Новинар, главни уредник и оснивач јавног гласила могу се ослободити обавезе накнаде штете проузроковане објављивањем информације само ако докажу да су са пажњом примереном датим околностима проверили и утврдили порекло добијених информација, њихову истинитост и потпуност у односу на све догађаје и појаве изнете у објављеном тексту".
(Из решења Врховног суда Србије, Гж. 167/06 од 27. децембра 2006. године - Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 4/2006, Интермекс Београд, аутор сентенце Драгиша Слијепчевић, судија Врховног суда Србије)

[30] Према члану 198 Закона о облигационим односима ко другоме повреди част као и ко износи или преноси неистините наводе о прошлости, о знању, о способности другог лица или о чему другоме, а зна или би морао знати да су неистинити, и тиме му проузрокује материјалну штету дужан је надокнадити је. Али не одговара за проузроковану штету онај ко учини неистинито саопштење о другоме не знајући да је оно неистинито ако је он или онај коме је саопштење учинио имао у томе озбиљног интереса.

мериторном одлуком? Чини се да ову тужбу треба одбацити на основу овлашћења из члана 282 став 1 Закона о парничном поступку[31].

Прописани су хитност овог поступка као и правила поступка и рокови за одржавање главне расправе и доношење пресуде, одлучивање о жалби и дозвољености ревизије (чл. 85 до 89). Изостанак тужиоца са првог или ког доцнијег рочишта санкционисано је законском презумпцијом о повлачењу тужбе, а изостанак туженог није сметња за доношење одлуке и то на основу до тада утврђеног чињеничног стања.

Прописано је и обавезно објављивање пресуде о изреченој обавези накнаде штете у јавном гласилу, без коментара и одлагања под претњом изрицања новчане казне у извршном поступку и њеног извршења по правилима тог поступка (члан 90. став 2).

Право на новчану накнаду нематеријалне штете по Закону о јавном информисању може се остварити само када се последица повреде манифестује у једном од видова нематеријалне штете (то су иначе психички болови: страх, физички болови и душевни бол), значи када је штета проузроковала душевне патње које обзиром на све околности случаја, дужину трајања и интензитет, оправдавају досуђивање новчане накнаде у смислу члана 200. став 1. Закона о облигационим односима[32].

Када се ради о штети проузрокованој повредом права личности треба имати у виду да се:

---

[31] Према члану 282. став 1. ЗПП, по претходном испитивању тужбе председник већа доноси решење којим се тужба одбацује ако утврди да решавање о тужбеном захтеву не спада у судску надлежност (члан 16) или да је тужба поднета неблаговремено, ако је посебним прописима одређен рок за подношење тужбе.

[32] Према члану 200. Закона о облигационим односима за претрпљене физичке болове, за претрпљене душевне болове због умањења животне активности, наружености, повреде угледа, части и слободе или права личности, смрти блиског лица као и за страх суд ће, ако нађе да околности случаја, а нарочито јачина болова и страха и њихово трајање то оправдава, досудити правичну новчану накнаду, независно од накнаде материјалне штете као и у њеном одсуству. Приликом одлучивања о захтеву за накнаду нематеријалне штете као и о висини њене накнаде суд ће водити рачуна о значају повређеног добра и циљу коме служи та накнада, али и о томе да се њоме не погодује тежњама које нису спојиве са њеном природном и друштвеном сврхом.

- част – дефинише како субјективна категорија и као мишљење које човек има о себи као припадник одређене друштвене средине или друштвене групе, чије је вредности прихватио, да

- углед – представља мишљење које има средина и јавно мњење о личности и објективна је категорија, а под

- достојанством – подразумева скуп свих вредности човекове личности уопште као осећање друштвене, етичке, јавне и друге људске вредности човека и да до повреде достојанства долази онда кад се оштећеном оспоравају неке моралне вредности када се он понижава као људско биће независно од његовог мишљења и мишљења његове околине[33].

Права личности су и права на приватан живот и породични мир.

Право на част и углед је право на поштовање људске части и заслужено стеченог угледа лица, право на приватност је право лица на недоступност другима и јавности у погледу онога што их се не тиче, а право на идентитет право лица да (у стварима које се не тичу части и угледа и приватности) буде третирано онаквим каквим јесте а не онаквим каквим није. У масмедијима, правом на част човек је заштићен од нечовечног третирања; право на углед штити од стварања погрешне представе о лицу или организацији која нарушава њихово добро име; а право на идентитет – од стварања погрешне представе о лицу или организацији којом се не дира ни у његову част или углед ни у приватност[34].

Имајући у виду да су права личности одређена као универзална права сваког човека на поштовање и развој своје личности, уз обавезу правног поретка да тај развој обезбеди, а уколико настану повреде тих права омогући адекватну новчану накнаду оштећеном, чини се да није потребно вештачити интензитет и трајање болова које је оштећени претрпео објављивањем неистините, непотпуне или неке друге, овим законом забрањене информације, сем наравно, у изузетним случајевима, ако на то посебно указују докази односно оштећени.

---

[33] Маринко Рмуш, Проузроковање штете и њена накнада, Саветовање у Будви 1998. године, страна 55.

[34] Проф др Владимир Водинелић, *Право масмедија*, Факултет за пословно право у Београду, Београд 2003. године, страна 81.

Уместо закључка

Правила поступка, рокови одређени за поступање странака и суда, хитност и сумарност поступка по тужби ради заштите права лица на која се односи информација, као грађанско-правне санкције у заштити људских права и грађанских слобода у јавном информисању су више у функцији ефикасније заштите ових слобода, а мање у поштовању методских начела из општег дела главе I Закона о парничном поступку. Међутим, грађанско-правна заштита права личности према садашњој хијерархији извора права мора се остваривати, без обзира на прописану сумарност поступка, у свему према Уставу Републике Србије, Конвенцији за заштиту људских права и основних слобода, потврђеним међународним уговорима, општеприхваћеним начелима међународног права и законом прописаним начелима јавног информисања, сагласно међународним стандардима људских и мањинских права, као и пракси међународних институција које надзиру њихово спровођење.

Снежана Николић Гаротић,
судија Окружног суда у Београду

ЗАБРАНА ДИСТРИБУЦИЈА ИНФОРМАЦИЈА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Закон о јавном информисању у глави IV Дистрибуција јавних гласила у одредбама 17 до 25 регулише услове и поступак за забрану дистрибуције информација. Ово је најозбиљније ограничење слободе изражавања, којим се штите вредности које су ван сфере личних права.

Забрана дистрибуције информација садржана у Закону о јавном информисању по начину на који је регулисана води порекло од система класичне цензуре штампе у времену када су штампани медији били једино средство масовног информисања грађана. Циљ је био да се спречи ширење сваке информације, идеје, мишљења, који нису одговарали политици државне власти. Дискрециоионо право цензора је било неограничено а санкције за прекршиоце строге.

Последњи најозбиљнији случај државне цензуре у Србији био је током бомбардовања када је проглашено ратно стање, све информације се дистрибуирале са једног места, а објављивале су се само информације које је пласирала држава.

Одредбе које се односе на забрану дистрибуција информација и поступак у коме се решење о забрани доноси биле су садржане и у Закону о јавном информисању који је важио пре доношења овог Закона (Сл. гласник РС 36/98). У ранијем Закону било је предвиђено у посебној глави VIII "Спречавање растурања штампе и ширења информација у јавним гласилима и другим средствима јавног инфомисања". Као објект заштите и према старом закону било је предвиђено да се могу забранити информације које се односе на: насилно рушење уставног поретка, нарушавање територијалне целокупности републике и Државе СРЈ, кршење зајемчених

слобода и права човека и грађанина, односно изазивање националне, расне или верске нетрпељивости или мржње.

Забрана дистрибуције информација према важећем Закону установљена је у државном интересу а поступак за одређивање ове забране води се по службеној дужности. У овом поступку сходно се примењују одредбе ЗКП. Законодавац прописивањем сходне примене одредаба Закона о кривичном поступку је очигледно хтео да унесе не само официјелни карактер поступка већ и да нагласи казнену природу поступка. Ово је једини поступак у коме се дистрибуција информација забрањује, а примерци гласила у којима је информација објављена могу одузети и уништити.

Законом је у чл. 17 предвиђено да се дистрибуција информација може забранити ако се утврди да је то неопходно у демократском друштву ради спречавања:

Позива на насилно рушење уставног поретка, нарушавања територијалног интегритета Републике, пропагирања рата, подстрекавања на непосредно насиље или заговарања расне, националне или верске мржње која представља подстицање на дискриминацију, непријатељство или насиље.

Уз услов да: *Од објављивања информације прети озбиљна, непоправљива последица, која се не може спречити на други начин.*

Поступак се покреће предлогом за забрану који подноси надлежни Окружни јавни тужилац, са захтевом да се забрани дистрибуција информација, одузму примерци новина који садрже ту информацију, када се сврха забране може постићи само на тај начин, односно да се забрани ширење такве информације путем осталих јавних гласила. Ранијим Законом је било предвиђено да надлежни јавни тужилац предлог за забрану дистрибуција информација може ставити ако има основа за покретање кривичног поступка за кривично дело које се гони по службеној дужности. И сада би могло да се постави питање односа ове забране и одређених кривичних дела, будући да су одавање државне, војне или службене тајне, изазивање националне, расне и верске нетрпељивости, позивање на насилну промену уставног уређења, самостална кривична дела. Код поступака за ова кривична дела могуће је изрећи меру одузимања предмета (и привремену меру) који могу да садрже и информације у смислу овог закона. Стога је тешко замислити ситуацију у којој би

се могао применити само Закон о јавном информисању, а да нема елемената кривичног дела, а нарочито да од објављивања информације прети озбиљна и непоправљива последица.

Законом је предвиђено да забрану може изрећи надлежни окружни суд. Састав суда који поступа по захтеву Законом није одређен, а поступа веће у саставу од судије који поступа у предметима кривичне материје и двоје судија поротника (сходна примена одредаба кривичног поступка).

Поступак је хитан и закон предвиђа кратке рокове, претрес се мора одржати у року од три дана од дана пријема предлога, а може се држати и без присуства уредно позваних странака које се на ово посебно морају упозорити у позиву. Решење се доноси одмах по завршеном претресу и председник већа га објављује без одлагања.

У року од три дана од објављивања решење се мора писмено израдити и оверени препис доставити странкама, а исти је рок предвиђен и за изјављивање жалбе на решење. Поступак је убрзан утолико што се жалба не доставља супротној страни на одговор, а по оцени дозвољености и благовремености, првостепени суд у року од два дана од дана пријема жалбе доставља је другостепеном суду.

Другостепени суд о жалби одлучује у року од три дана од дана пријема жалбе са списима, а може и саслушати странке. Радило би се вероватно о седници која се држи у смислу члана 375 ЗКП, без обзира што другостепени суд иначе не одлучује о жалби на решење у седници која се одржава у смислу овога члана.

Суд може поступајући по предлогу исти да усвоји или одбије, али и да одмах по пријему донесе решење о привременој забрани до правноснажности одлуке о забрани. У случају да је такав предлог стављен, суд одлучује у року од 12 сати од подношења предлога и решење о привременој забрани доставља одмах оснивачу, одговорном уреднику, дистрибутеру или штампарији. Истим решењем налаже се надлежном органу МУП да све примерке новина привремено одузме и достави судском депозиту или запечати.

За случај доношења привремене забране није предвиђена посебна жалба. У предмету Окружног суда у Београду, у коме је суд усвојио предлог и привремено забранио дистрибуцију одређених информација и одузео гласило, Врховни суд Србије одбио је жалбу изјављену против овог решења.

У случају да се предлог за забрану одбије или поништи решењем о привременој забрани у истом решењу се одређује да се сви примерци новина који су били одузети односно запечаћени врате, без одлагања а најкасније у року од 12 сати. Жалба јавног тужиоца против овог решења не одлаже извршење решења.

У случају да суд одбије предлог за забрану дужан је да на основу слободне оцене одреди и новчану накнаду штете која је проузрокована неоснованом привременом забраном. Ово је специфично решење које у исто време обавезује суд да одреди висину накнаде и досуди је, без икаквог посебног захтева учесника у поступку. Међутим, оштећено лице осим ове накнаде може у парничном поступку захтевати и разлику између досуђене и стварно претрпљене штете. Предвиђено је да се штета надокнађује из буџета Републике Србије, а принудно извршење одлуке о накнади штете може се тражити у року од 30 дана од дана извршности одлуке. Обавеза да се досуди накнада била је предвиђена и по ранијем закону, али је није одређивао суд обавезно нити по слободној оцени.

Посебно питање које намећу законска решења, али и пракса јесте забрана дистрибуције информација по чл. 17 Закона и то када је основ за забрану "заговарање расне, националне или верске мржње која представља подстицање на дискриминацију, непријатељство или насиље" и однос са чл. 38 Закона којим се забрањује говор мржње и тужбе из члана 39. Закона због повреде забране говора мржње.

У случају да се ради о расној, националној, или верској мржњи, која се преко јавних гласила шири заиста може да се узме да ове две опције постоје алтернативно и остављају могућност да на информацију тужбом у посебном поступку реагује и лице на које се односи информација, као и свако правно лице које се бави заштитом слобода и права човека и грађанина, и организација чији је циљ заштита интереса група на које се информације односе.

Разлике се огледају у дефиницији информације која се забрањује овим члановима: док члан 17. Закона предвиђа такво заговарање расне, националне или верске мржње које представља подстицање на дискриминацију, непријатељство или насиље, и обавезни услов да опасност која прети од објављивања информације не може да се спречи на други начин него забраном ширења, дотле код дефиниције из чл. 38. Закона забрањују се идеје, информације, мишљења којима се подстиче на дискриминацију,

мржњу или насиље против лица или групе због њиховог припадања или неприпадања некој раси, вери, нацији, етничкој групи, полу или због њихове сексуалне опредељености. Разлика је и у циљу законодавца јер члан 17 Закона установљен је ради заштите интереса државе, док је тужба из члана 39 Закона и забрана говора мржње у тренуку доношења закона била потребна због оцене законодавца и мишљења стручне јавности да се раније преко појединих медија ширила и распиривала мржња и подстицало насиље према одређеним групама и народима.

Забрана говора мржње и одговарајући поступци предвиђени су у Законима о јавном информисању свих држава које су формиране на простору бивше Југославије. Ефекат који се постиже је различит доношењем решења по чл. 17-25 Закона забрањује се за убудуће ширење одређене информације, могу се одузети и примерци гласила, док се тужбом због повреде забране говора мржње забрањује поновно објављивање информације и то аутору, главном и одговорном уреднику јавног гласила и налаже објављивање пресуде на трошак тужених. Поступци су различити јер се по тужби из члана 39. Закона решава сходно правилима парничног поступка.

Заштитни објекат шири је код забране из чл. 38 и то због тога што он штити одређене групе и лица која се разликују по етничкој групи, полу или сексуалној опредељености, а овај члан забрањује и подстицање мржње.

У периоду од ступања на снагу Закона о јавном информисању Окружно јавно тужилаштво ставило је један захтев у смислу чл. 17. Закона, и пред Градским судијом за прекршаје захтев за покретање прекршајног поступка против дистрибутера листа "Српски национал" због дистрибуирања новина са порнографским садржајем. Окружно тужилаштво има формиран посебан уписник за евидентирање ових предмета "Ут", док се одређена писмена обраћања штампаним гласилима уписују у уписник "КТР". Окружно јавно тужилаштво реаговало је на садржаје порнографског карактера и ради заштите интереса малолетника, често слањем дописа главним и одговорним уредницима уз опомињање на понашање у складу са Законом.

У Окружном суду у Београду за евиденцију ових предмета није формиран посебан уписник, један предмет који је решаван имао је ознаку "К" и био уписан као редован кривични предмет који се додељује судијама које су распоређене за рад у првостепеном кривичном одељењу иако би тумачењем Пословника о раду суда за ове предмете (без обзира на чињеницу да је пред-

виђена сходна примена одредаба ЗКП), требало би да се формира посебан уписник као и да се годишњим распоредом судија одреди ко ће поступати по овим предметима.

ПРЕДМЕТ "С В Е Д О К"

У предмету Окружног суда у Београду истога дана када је лист и објављен иницијативу за покретање поступка упутио је министар културе и медија позивајући се на члан 91 Закона о јавном информисању (Министарство културе и медија врши надзор над спровођењем закона) и затражио да ОЈТ предложи забрану дистрибуције листа "Сведок" број 358 од 3. 6. 2003. године уз образложење да би "објављивањем информација у тексту "Легија проговорио" наступиле непоправљиве последице по досадашњи ток истраге МУП РС на откривању починилаца убиства премијера Зорана Ђинђића и да би се тиме допринело подстрекавању на непосредно насиље", што је све предвиђено као основ по чл. 17 Закона.

Окружни јавни тужилац је истога дана ставио и предлог за забрану дистрибуције информација путем овог листа и путем осталих јавних гласила, као и Предлог за доношење решења о привременој забрани.

Окружни суд у решењу којим је одредио привремену забрану прихвата аргументе из предлога тужиоца, одлуку образлаже да због тога што се против Легије води поступак за најтежа кривична дела убиства и тероризма, чињеница да се о њему говори као о војнику који само извршава наређења, уз објављивање његових фотографија у униформи, представља директно пропагирање рата и подстицање на даље насиље у смислу угрожавања уставног поретка, из чега прети непоправљива и озбиљна последица чије се наступање не би могло спречити на други начин.

Главни претрес заказан је по наведеном предлогу у законом предвиђеном року, а позиви су упућени уз законом предвиђено упозорење и достављање примерка предлога ОЈТ. На претрес су позвани главни и одговорни уредник листа, представник предузећа које је власник новина и представник штампарије.

У решењу којим је усвојио предлог и забранио дистрибуцију информације, као и ширење ове информације путем других гласила, те заплену свих штампаних примерака Окружни суд позвао се на одредбе чл.

17 Закона, одредбе чл. 18 и 19 Међународног пакта о грађанским и политичким правима и на чл. 10 Европске конвенције о људским правима.

Суд је сматрао да се *због започињања истражног поступка против Легије због кривичних дела против уставног уређења и безбедности СРЈ, због објављивања његових фотографија у униформи, изношења ставова везаних за хапшење фолк певачице Светлане Ражнатовић, навођења да је он само војник који извршава наређења, чињеницу да се у завршном делу текста показује његово размишљање о неизвесности стања у Србији, као и да се он обраћа одређеној групи људи, и указује да његове активности нису завршене, ово у контексту опште друштвених и економских околности које су реалност за становнике Државне заједнице СЦГ, код одређеног броја људи може створити афирмативни однос према потреби настављања борбе и вршења насиља. Иако се у тексту не позива директно на насиље контекст односно објављивање интервјуа у постојећим друштвеним оквирима и уз опште познате чињенице из Легијине прошлости представљају подстрекавање на наставак непосредног насиља и пропагирање рата. Због чињеница да он није доступан државним органима, да је у ранијим друштвеним околностима уживао углед, изношењем његових ставова у јавности прети озбиљна опасност чије објављивање не може да се спречи другачије него забраном дистрибуције информација и забраном даљег ширења преко осталих јавних гласила. Ова мера је неопходна у друштвеним економским приликама које подразумевају константну борбу против свих облика криминала. Мера је донета ради спречавања рата и подстрекавања на непосредно насиље.*

Суд основ за забрану налази и у члану 18 ст. 3 и члану 19 Међународног пакта о грађанским и политичким правима и образлаже да је ова забрана у складу са наведеним одредбама јер је информација забрањена ради заштите националне безбедности која се огледа у спречавању подстрекавања на непосредно насиље.

Везано за члан 10 Европске конвенције суд налази да овај документ има значаја иако није ратификован и с тим у вези образлаже да је чланом 16 Уставне повеље одређен примат међународних уговора и опште прихваћених правила ратификованих међународних уговора над правом СЦГ.

У конкретном случају како је објављен интервју са човеком за којим постоји кривична пријава и Међународна потерница за најтежа кри-

вична дела, а новинар је непосредно разговарао са њим ово омогућавање јавног изношења ставова уз несаопштавање података где се он налази представља покушај нарушавања ауторитета судства, чиме су испуњени и услови који су предвиђени чланом 10 Европске конвенције.

Против одлуке жалбе су изјавили пуномоћник предузећа које је власник новина због свих законом предвиђених разлога.

Врховни суд уважио је ову жалбу и укинуо првостепено решење, због битних повреда одредаба кривичног поступка 368 ст. 1 т. 11 налазећи да су разлози првостепеног суда нејасни и противречни. Према овом решењу противречност се састоји у томе што је констатовано да се код одређеног броја људи може створити афирмативни однос према потреби настављања борбе и вршењу насиља, а затим да је објављивање интервјуа подстрекавање на наставак непосредног насиља и пропагирање рата. Врховни суд је такође сматрао да је нејасно о ком се насиљу ради и о ком пропагирању рата, да нису дати јасни разлози нити је у смислу члана 17 Закона утврђена неопходност забране, а у конкретном случају првостепени суд није утврдио која би последица наступила а нема разлога о томе због чега би се та последица могла спречити једино забраном дистрибуције информација и забраном ширења информација путем осталих јавних гласила.

Врховни суд је нашао и да је чињенично стање погрешно и непотпуно утврђено па је у том смислу наложио првостепеном суду да у поновном поступку изведе и оцени као доказ извештај МУП Србије СУП Београд о броју штампаних и одузетих примерака новина, као и да од Посебног одељења Окружног суда прибави податак да ли се против Легије води кривични поступак и за које кривично дело.

Нови претрес је одржан одмах, и на њему је, осим што је саслушао пуномоћника предузећа, главног и одговорног уредника и власника овог предузећа и пуномоћника штампарије суд извео и доказ читањем извештаја МУП Србије СУП Београд, извршио увид у текст интервјуа, док је одбио предлог да се прибави од дистрибутера извештај о броју дистрибуираних примерака, и од Посебног одељења извештај о томе да ли се против Легије води кривични поступак и због ког кривичног дела.

Донето је првостепено решење којим је "забрањена дистрибуција информације објављене у тексту јавног гласила Сведок број 358 од 3. 6.

2003. године под насловом на првој страни Легија проговорио и на трећој, петој и седмој страни под насловом мегасензационално, Милорад Луковић Легија проговорио". Забрањено је ширење наведене информације објављене у листу "Сведок" путем осталих јавних гласила. Наложено је МУП РС да све примерке гласила комисијски уништи.

Првостепени суд је цитирао делове интервјуа и одлуку образложио да:

- се ради о лицу за којим је расписана међународна потерница, да се таквом лицу даје могућност да мимо суда оправдава своје понашање вишим циљевима, да је афирмативно говорио о својим пријатељима у вези са кривичним поступцима који се против њих воде, те да тако утиче на већи број људи, и створи афирмативни однос према тим лицима, код људи који немају дефинитиван став, или до учвршћивања таквог става код људи који га већ имају
- сва лица о којима Легија прича се доводе у везу са делатностима одређених група које су извршиле кривично дело против уставног уређења и безбедности државе, убиство председника владе, па је ово ширење информација о тим личностима пропагирање рата и подстрекавање на непосредно насиље
- последица у специфичном процесу демократизације друштва у коме је и дошло до убиства премијера је стварање симпатије и подршке код већег броја људи, што је супротно демократским процесима и може да се спречи једино забраном даљег ширења информације на исти начин.

Суд своју одлуку заснива и на члану 10 Европске конвенције јер налази да се објављивањем овог текста нарушава ауторитет и непристрасност судства. "Наиме пре доношења пресуде у јавности се ствара слика о човеку и догађају а да суд није донео одлуку, стварају се унапред формирани ставови у јавности, а посебно што се оправдава криминогено понашање ових лица".

Доказ изведен читањем извештаја МУП а из кога произилази да је одузето 17670 примерака и запечаћено из штампарије и 1368 из продајних објеката, дакле укупно 19038, а да је укупан тираж 64200 примерака суд не образлаже.

Против одлуке су се жалили пуномоћник оснивача и главног и одговорног уредника због битних повреда одредаба поступка из чл. 368 ст. 1 т. 11 и 368 ст. 2 ЗКП и због погрешно и непотпуно утврђеног чињеничног стања.

Решењем Врховног суда жалба је одбијена. Према ставу Врховног суда стекли су се услови из члана 17 Закона за забрану. Одбрана и тврдње да је главни и одговорни уредник поступио у смислу чл. 3 Закона - са дужном новинарском пажњом не стоје јер "обзиром да сама информација која је пренета испуњава услове из члана 17 Закона то новине које су је пренеле и уредник нису поступали са дужном новинарском пажњом". По ставу ВСС, а као што је навео и првостепени суд "целокупне друштвене и политичке прилике од демократских промена, чињеница да је извршен атентат и да је уведено ванредно стање, да је Легија бивши командант ЈСО, и као такав имао улогу у друштвеним збивањима, текст који је објављен и у коме се предвиђа неко будуће неизвесно време, потенцира војничко занимање, говори о наследницима Милошевића које је оставио у Србији, критикују мере хапшења после убиства премијера, могу да се протумаче као подстрекавање на непосредно насиље. Посебно и због тога што је одређени број људи за којима је расписана потерница на слободи па није искључено њихово организовање и деловање, што би била једна од последица објављивања интервјуа, а због чега је нужна забрана дистрибуције информације".

Ни у једном од решења суд не цени део одбране главног и одговорног уредника да је велики број листа већ био у продајним објектима, да је велики број штампаних и електронских медија објавио овај интервју и пренео његове делове у међувремену, а да против тих листова није покренут поступак па нема ни делотворне мере да се забрани и спроведе мера забране ширења путем осталих медија. У конкретном случају оправдано је питати се да ли је уопште било места доношењу решења, обзиром да је далеко већи број примерака дистрибуиран, а интервју су пренели и други медији, а пре убиства премијера у свим медијима објављено је Легијино "отворено писмо" без икаквих последица.

Првостепени суд позива се и на члан 10 Европске конвенције која није била ратификована у време доношења ових одлука и примат међународног права над домаћим у смислу члана 16. Уставне повеље. Како у време доношења одлуке Европска конвенција није била ратификована није било места уопште на позивање на ову одредбу иако је потпуно логичан став суда да је

објављивање интервјуа са лицем за којим је расписана потерница због тешких кривичних дела између осталог и због убиства премијера у коме он износи своје ставове и о другим лицима против којих се води кривични поступак представља покушај нарушавање ауторитета судства.

Из одлуке Врховног суда и образложења произилази и да је један од разлога за забрану спречавање упућивања порука, па је наведено да се на овај начин Легија можда обраћа члановима који су на слободи, а за којима се такође трага.

Првостепени суд позива се само у првом решењу, које је касније укинуто на одредбе Међународног пакта о грађанским и политичким правима који је у то време једини релевантни међународни документ, по коме је било могуће тражити заштиту ради утврђивања да је угрожена слобода изражавања гарантована одредбом члана 19. Међународног Пакта о грађанским и политичким правима. (У међувремену је у једном другом случају Комитет донео одлуку којом је утврдио да постоји кршење права из члана 19 Пакта а држави СРЈ наложене су одређене обавезе).

Анализирајући одредбе Закона у погледу забране дистрибуције информација може се закључити да су оне компатибилне са релевантним међународним документима и посебно Европском конвенцијом. Међутим нема стандарда ни одговарајуће стратегије у поступању и тумачењу одредби и појмова што води у произвољност у примени и могућој опасности од дневно политичког тумачења и реаговања.

Законом није предвиђен начин да се практично спроведе мера забране ширења информација, сем да се одузму примерци конкретног гласила и забрани даље ширење, али у појединачним случајевима за конкретне медије који би пренели забрањену информацију нема ефикасне и ефективне забране. Стога ова забрана у конкретним реалним животним оквирима остаје неделотворна.

На садашњем степену развоја технологије и преношења информација скоро да нема одговарајућег механизма да се забрани дистрибуција информација, обзиром да оне путем глобалних интернет мрежа постају одмах доступне великом броју корисника, на великом броју сајтова. Овакав став заступали су и Окружни суд у Београду у једној својој одлуци, као и подносиоци захтева окривљени и издавач. Ради се о примерцима књиге "Војна тајна" I

и II које су одузете у току истражног поступка од окривљеног и издавача Хелсиншког одбора за људска права по решењу о привременом одузимању предмета, донетим према одредбама кривичног поступка.

Ванрасправно веће Војног одељења Окружног суда у Београду донело је решење којим су привремено одузети примерци књиге враћени, а своју одлуку образложило тиме да "враћањем књига издавачу и аутору не може ни на који начин да се омета даљи ток поступка, нити да настану штетне последице по општу безбедност земље, имајући у виду да је садржај наведених књига могао и може бити доступан широј јавности кроз различите видове средстава јавног информисања или интернет сајтове, као и измењене друштвено историјске околности".

Питање како да се постигне ефикасна забрана различито се решава у свету па је у Кини, Ирану, Бурми, Тунису и неким државама уведена цензура на интернету. Истраживање Иницијативе за отворену мрежу каже да 25 држава у свету цензурише садржаје на интернету. Представници групе "Иницијатива за отворену мрежу" (Opet Net Initiative) која прати какав је приступ интернету у свету, кажу да је у порасту степен државне цензуре на том плану. Група је спровела истраживање у више од четрдесет земаља и установила да двадесет пет влада блокира поједине интернет презентације. У извештају се објашњава да се блокаде врше из претежно три разлога: да би се потиснула политичка опозиција, очувала нацинална безбедност и заштитила јавност у земљи од материјала оцењених као увредљиви. (Подаци са www.bbc.co.uk)

Опште је прихваћено мишљење у свету да је цензура у одређеним случајевима институт заштите државних интереса који је неопходан. Ово схватање је нарочито доминантно после терористичких напада на "Куле близнакиње" у Њујорку, када су САД друге западне земље у извесној мери промениле став по питању људских права, слободе изражавања а у том контексту и забране ширења информација. Време у коме живимо карактерише тренд опште дигитализације у којем се информације до циљаног корисника преносе тренутно у времену и простору и где је могућност државне интервенције сведена на најмању меру. У земљама запада све више се примењују алтернативне методе контроле медија: позивање на патриотизам, финансијска контрола, контрола путем тајних служби. Овакви видови контроле су много ефикаснији јер се избегава непријатан одијум јав-

ности због примене репресивних мера државног апарата, које морају да буду јавне. Држава избегава појављивање на листи земаља у којима се крше људска права. Као ефикаснији од спречавања примењује се пут манипулисања информацијама, а информације које се преносе комбинацијом текста слике и звука имају за циљ да се конзумент наведе да свесно или несвесно усвоји одређено мишљење, став или идеју као исправну.

Законске одредбе које се односе на забрану дистрибуција информација у смислу чл. 17 Закона, сем у случају да постоји тужилац у редакцији остају као у представљеном примеру листа "Сведок" неделотворне, практично неспроводљиве, ограниченог домета. Оне представљају пре свега обавезу државе да у области информисања односе уреди тако што ће унапред, предвиђањем ове забране ставити до знања шта се сме и шта не сме, и где су границе у слободи изражавања медија. Новинари остају сами најбољи цензори и одлучни чиниоци у процени истинитости и квалитета информација.

Постоји још један други, новији проблем на Балкану - нека врста насумичног извештавања у оквиру кога се, захваљујући наглом укидању државне цензуре, "слобода" поистовећује са слободом да се објављује скоро свака гласина о било коме, при чему се занемарује мукотрпно проверавање чињеница што је већ дуго правило у америчкој, ако већ не у толикој мери у британској, штампи. Међутим, како то актуелна дебата о медијима у Британији показује, Британци немају монопол над питањем објективности. Ми, такође, не представљамо узор врлине.

(Маркус Танер - уредник - инструктор обуке ИWПР у Београду. Објављено у листу "Данас" 13. 03. 2004)

Чињеница да је пред Окружним судом у Београду, где су седишта највећег броја редакција и штампарија, до сада донето решење о забрани дистрибуција информација у само једном предмету намеће питање да ли медији заиста доследно поштују закон или је власт у страху да се не покаже као недемократска исувише уздржана у примени анализираних одредби.

Весна Дабић,
портпарол Врховног суда Србије

ПОЛОЖАЈ И УЛОГА СУДСКОГ ПОРТПАРОЛА У ОДНОСИМА С ЈАВНОШЋУ

Ниједно занимање није, за само неколико последњих година, доживело толику експанзију у јавном и приватном сектору као што је, релативно широко и произвољно дефинисано, занимање портпарола. Готово све државне институције, органи и организације, предузећа, невладине организације, агенције, спортски клубови, политичке странке и покрети имају портпароле, ПР менаџере, особе за контакте са јавношћу, асистенте за информисање, службенике за комуникације, ПР асистенте, саветнике за ПР, медија саветнике... У нашим условима не постоје прецизно дефинисани послови које подразумевају свако од набројаних назива радних места, не постоје поуздани и општеприхваћени стандарди о томе шта ради портпарол. Требало би да појединци и читаве службе за ПР омогуће брже, лакше и једноставније долажење до информација. Уз разнолике описе, радно место портпарола подразумева потпуно различите послове. Ни судови нису изузетак. У последње две године сви судови у престоници и многобројни широм Србије добили су особе задужене за контакте са медијима. Углавном уједначеног звања - портпарол суда, запослени на тим радним местима имају различите радне обавезе и овлашћења у зависности од тога шта се хтело постићи: испуњавање форме и захтева модерног времена или озбиљан рад на унапређењу транспарентности суда. У овом тренутку веома мали број судова има професионалце специјализоване за односе с јавношћу. Не постоји ни школа нити континуирани курс који би заинтересованима пружио елементарна знања о специфичности посла судског портпарола, а и предавачи су врло дефицитарни. О могућностима за едукацију у иностранству, где, у судовима, већ годинама, постоје добро организоване службе са више запослених, не вреди ни размишљати, због ограниче-

ног, заправо непостојећег буџета за такав луксуз. Портпароли се довијају како знају и умеју, зависно од вештине, мотива, ентузијазма, карактера, личне одговорности. Резултати су осредњи и подложни критици, али искључиво субјективној. Јер ко би се могао, знањем и искуством квалификовати за оцењивање рада портпарола у судовима. Све се своди на лични утисак и оцену појединачних наступа портпарола у медијима, што никако не може бити мерило успешности целокупног рада.

Никле су, у последњих неколико година, многе школе за ПР менаџере, углавном опште оријентације, али судство, као и многе друге делатности, изискује специјализоване кадрове способне да храбро и зналачки уђу у борбу за враћање поверења грађана у правосуђе, у времену у којем јавност, у високом проценту, има негативно мишљење о функционисању судског система и појединих судова у нашој земљи.

Специфичност улоге портпарола суда подразумева најмање једну, често и неколико дилема у вези са професионалним и личним способностима особе која би требало да обавља тако важан и одговоран посао. Прва је, свакако - да ли портпарол у суду треба да буде судија или не. Као и све дилеме и ова има позитивне и негативне аргументе за сваку опцију. У прилог избора судије за портпарола суда иде стручност и познавање законских одредби, материјалног и процесног права, надлежности суда и судске процедуре. Судија суверено влада судским поступком, у судници је на свом терену и нема тог новинарског питања, које се односи на његов предмет, на које неће моћи да одговори ауторитативно и аргументовано. Са друге стране, сваки судија је, у обраћању јавности, ограничен личним учешћем у појединачном судском поступку, не познаје довољно медије изнутра, ни психологију новинара, нема никакво оружје у одбрани од новинарских трикова и замки. Проблем судије је и немогућност да се у комуникацији са јавношћу ослободи стручне, правничке терминологије, тешко разумљиве грађанима који немају правно образовање. Уколико портпарол суда није судија, најчешће се судови, при избору особе за односе с јавношћу, опредељују за новинаре. Они познају функционисање медија, са високим степеном успешности могу предвидети теме које ће медијима бити интересантне и новинарска питања, а уколико су се довољно дуго бавили том професијом, новинари познају многе своје колеге у разним редакцијама, што им свакако олакшава комуникацију са њима. Са друге

стране, особе школоване за новинарску професију, чак и ако су пратили сектор правосуђа у својим редакцијама, не познају добро законе и судски поступак, несигурни су у употреби осетљивих правних термина од којих једна реч може потпуно променити значење изјаве. Решење је веома једноставно, иако тешко примењиво. Најбоље би било да портпароли у судовима буду дипломирани правници, још боље са положеним правосудним испитом, који су у медијима испекли новинарски занат. Њима не би требало да буде тешко да "преведу" судске одлуке и правне термине на језик разумљив свим грађанима, а да притом, правници немају примедбе на стручност портпарола. Веома је тешко ангажовати такве новинаре у судовима, јер новинарство, ако се довољно дуго бавите тим послом, као и судовање, улази у крв и постаје начин живота кога се тешко одрећи.

Друга дилема везана за посао портпарола суда је опис радног места. С обзиром на то да је, у нашим условима, позиција портпарола подложна веома широком тумачењу, судовима је препуштено да сами одлучују о овлашћењима и обавезама особе која комуницира са јавношћу. Ако имају мало овлашћења и недовољно прецизиране обавезе, они неће добро радити свој посао, па се потреба и сврха постојања портпарола доводи у питање. Ако имају превише слободе, постају институција за себе, па ни суд нити грађани више од њих немају користи, чак су неминовне штетне последице. Праву меру је можда тешко наћи, али није немогуће. Кључ је у прецизном дефинисању улоге портпарола, који неће бити само судски манекен, већ способна, стручна и одговорна особа, лишена вишка сујете, са знањима и вештинама које ће ставити у службу промоције рада суда, а не себе, са циљем отварања суда за јавност. Наравно, неопходно је и постојање конструктивног односа сарадње и поверења између портпарола суда и носилаца судске функције, као и запослених у свим судским службама.

Улога портпарола је да обезбеди транспарентност у раду суда, да грађане преко медија информише о судским поступцима и одлукама за које постоји интересовање јавности, да новинарима одговори на многобројна питања у вези са радом суда, да грађане и новинаре едукује о судској надлежности и процедури, да помогне да се ојача ауторитет и интегритет судске власти и да допринесе повећању поверења грађана у судове и судије. Иако овај посао може да буде оптерећујући, тежак и понекад фрустрирајући, портпароли су обавезни да помогну новинарима да дођу

до тачних, благовремених, потпуних информација да би се спречило непотребно и штетно нагађање и обезбедило професионално и објективно информисање грађана о раду суда. Не треба се плашити отворености за медије, јер има много начина да информације стигну до новинара, а преко њих и до грађана.

Један од најсигурнијих алата у комуникацији са медијима је саопштење. Припремање и благовремена дистрибуција саопштења задовољава потребе медија за сталним приливом информација из суда, а суду омогућава да први понуди медијима вест не чекајући да је новинари траже. Заиста је тешко погрешно цитирати добро написано саопштење за медије, али није немогуће. Дешава се, превише често него што је пристојно, да штампани медији коректно пренесу садржину саопштења, а да уредници насловом створе тоталну конфузију. Најсликовитији пример је вест о одбијеној жалби на првостепену пресуду. Ако у саопштењу, у првој реченици, јер то је вест, пише да је жалба одбијена, у наслову текста уредници, чешће него новинари, напишу даје жалба одбачена, да се не би иста реч појавила и у наслову и у првој реченици текста. Таквим неодговорним и непрофесионалним поступком уредници портпаролу, аутору саопштења, створе, благо речено, непријатну ситуацију на радном месту, јер мора да објашњава како грешка није његова и како добро зна разлику између одбачене и одбијене жалбе. Грађанима који нису правни стручњаци сасвим је свеједно да ли је жалба или тужба одбачена или одбијена, али је задатак портпарола суда и медија да буду прецизни и да, у свакој прилици, едукују најширу јавност.

Ако се у медијима појавила нетачна информација, погрешно цитирана изјава или део изјаве који, извађен из контекста, има сасвим другачије значење, вредни портпароли увек реагују. Иако постоји дилема да ли треба реаговати, преовлађује мишљење да увек треба послати деманти на нетачне информације, мада је исправљање информације у медијима тежак и непријатан посао, са неизвесним исходом. Прва информација, поготово ако је "добро опремљена" и пласирана у медијима као "ударна вест" увек има јачи одјек од исправке. Закон о јавном информисању детаљно регулише право на одговор и право на исправку. Одговорни уредник је дужан да одговор објави без одлагања, најкасније у другом наредном броју дневне штампе, односно у другој наредној дневној емисији од приспећа одговора

(чл. 50) и то у истом делу гласила, у истом издању, у истој рубрици, на истој страници, са истом опремом, у истом делу емисије, као што је била објављена информација на коју се одговара, и то под истим насловом, уз ознаку "одговор" односно "исправка" (чл. 56). Одговор, односно исправка објављује се без измена, изостављања и допуна (чл. 57). Ипак, деманти никада нема исти ефекат као прва вест. Та сурова истина не треба да обесхрабрује. Треба урадити све да тачна, истинита и комплетна информација дође до грађана. Остаје и нада да ће новинари и уредници који прочитају и објаве исправку и сами нешто научити.

Савесним портпаролима мобилни телефон никада није искључен. Напорно је увек бити доступан и на располагању представницима седме силе који немају дефинисано радно време, а често би да објаве неку занимљиву причу из правосуђа баш викендом, када, у недостатку дневних догађаја, имају више простора у медијима за које раде. Добар новинар је увек на дужности - исто као и добар портпарол. Новинарима се мора изаћи у сусрет из више разлога. Боље је да портпароли дају тачну информацију и потребна објашњења, него да касније исправљају грешке. Свако обраћање судском портпаролу за помоћ је прилика да се новинари едукују о раду и функционисању суда, о законским одредбама, о правилима судске процедуре. Иако новинари могу да буду и досадни, агресивни и неваспитани, љубазност и стрпљење су нужни, јер увек дође тренутак у коме је за суд важно да сви медији пренесу одређену информацију. У таквим ситуацијама се новинари непогрешиво сете ко је према њима био фин а ко није.

Организовање конференције за новинаре и њено одржавање је добра идеја када постоји вест, када има нешто важно да се објави. Специфичност конференција за новинаре у судовима је у томе што се оне одржавају релативно ретко. У Врховном суду Србије је пракса да једном годишње, крајем марта, на годишњој конференцији, председник суда саопштава резултате рада свих судова у претходној години. То је и ретка прилика да се новинари сретну са председником суда и они је искористе за питања која углавном немају везе са темом. Новинари питају када ће бити донета одлука у неком конкретном поступку, за што је већ други пут укинута пресуда нижег суда у истом предмету, шта председник суда мисли о неком актуелном проблему... Увек добију одговоре. Њихов посао је да питају, наш да одговарамо. Ванредни догађаји изискују и ванредне конфе-

ренције за новинаре, брзо реаговање. Сваки изненадни догађај, који буди посебну пажњу јавности изискује и анимирање медија у циљу апострофирања постојећих проблема, који су довели до неочекиваног дешавања и укључивања свих надлежних органа у акцију предузимања мера да би се спречило његово понављање. Најбољи начин деловања у таквим околностима је предусретљивост портпарола и предузимање свега што је потребно да се лакше реализује новинарска прича. Избегавање јавности у тим ситуацијама, стишавање медија, гурање проблема под тепих и чекање да олуја прође, само потпирују машту новинара, увек гладних сензација, даје им одрешене руке да траже неформалне изворе информација и да конструишу приче на основу гласина, произвољних и непроверених података. Најсвежији пример је трагичан догађај у Оџацима, када су у судници убијени судија и заступник странке у поступку. Дан после трагедије, на конференцији за новинаре, председница Врховног суда Србије је јавности предочила разлоге који су довели до немилог догађаја и безбедност судија и грађана у судовима постала је државни проблем. Конференција је трајала 20 минута. Није било питања новинара. Реаговали су надлежни органи и предузели прве конкретне мере. На срећу, такви ванредни догађаји су реткост. Право задовољство су лепи догађаји поводом којих се организују сусрети са представницима медија, на конференцијама за новинаре. Један од таквих повода, а са много разлога, био је и значајан јубилеј - 160 година од оснивања Врховног суда Србије. То је била ретка прилика у којој су уживали сви - и организатори и учесници и новинари.

Веома корисно средство за комуникацију са најширом јавношћу је веб презентација. Веб сајт је подобан за објављивање најразличитијих информација: од уређења и надлежности суда, преко информација о судијама и саветницима, о вансудећим активностима, стручном усавршавању, судској пракси, до најновијих вести. Посетиоци веб сајта су грађани, који трагају за корисним информацијама, законским одредбама или неким документима, заинтересовани органи или организације, наравно и новинари, или само радозналци које занима какав је суд изнутра. Редовно ажурирање, објављивање свежих информација и дневно "качење" саопштења на сајт суда је, такође, посао портпарола.

Проблеми који се свакодневно јављају у сарадњи портпарола и новинара произилазе, најчешће, из незнања и неразумевања, желим да верујем да

веома ретко има и зле намере. Новинари не разумеју баш увек да се не може предвидети када ће судско веће донети пресуду коју јавност са нестрпљењем и нескривеним занимањем очекује. Не постоји убедљив начин да им се објасни да "отприлике" никако није прихватљив термин за судске поступке. Не помаже ни објашњавање процедуре која претходи објављивању судске одлуке, ни обећање да ће сасвим сигурно бити обавештени чим одлука крене из суда, ни молбе да не обраћају пажњу на чаршијске приче које су само пуко нагађање. Свако од њих жели да први, и ако је могуће једини, има вест само за своје читаоце, гледаоце, слушаоце и када у неколико покушаја не добију одговор који их задовољава, јављају се уредно и редовно сваких неколико дана са сугестивниом питањем: "А шта има ново?" Они најхрабрији или они са "поузданим извором из суда" објављују непотврђене информације, на сопствени ризик, а на штету грађана и суда и са стрепњом чекају званично саопштење. Портпароли судова, с правом, немају разумевања за новинарску глад за аферама на насловним странама, које тренутно подижу тираж, беспоштедну борбу за скандале, све више страница са црном хроником, а тако мало интересовања за аналитичко новинарство, које подразумева сагледавање свих, па и позитивних, страна неке приче. Зашто вест последњих година мора имати негативну конотацију? Прави је подвиг постићи да медији објаве позитивне примере рада судова.

Ризик професије и посебан проблем је неодговорно скраћивање изјава добијених у суду, некада из незнања, некада због неодговорности, немара, некада да би се постигао јачи ефекат. Ако се део изјаве извуче из контекста, или се стави тачка тамо где треба да стоји зарез, па се још и упакује са коментарима разних стручњака о актуелној теми, цела прича добија сасвим неочекивано значење. Следе деманти, исправке, објашњења...

Највећи проблем су потпуно нетачне информације, чак и целе приче, које се, неким чудом, појаве у медијима. Ту деманти и исправке не помажу. Портпарол у таквим ситуацијама улази у скоро немогућу мисију повлачења целе приче и спречавање њеног објављивања. Недавно је једна новинска агенција објавила нетачну причу. Новинар је погрешно повезао помињање једног имена и изјаву председника суда и склопио причу са догађајем који нема никакве везе са датом изјавом. Појавила се апсолутно нетачна прича везана за Врховни суд Србије. С обзиром на то да већина медија користи агенцијскле вести, било је неминовно да се и та прича по-

јави у вечерњим телевизијским вестима и у свим дневним новинама наредног дана. Тема је била "врућа". Посао портпарола био је да заустави објављивање погрешне информације. Вишесатно телефонирање, објашњавање и упозорења о последицама резултирало је повлачењем нетачне вести са агенцијског сајта на којем је објављена и из свих медија у којима је била спремна за објављивање. То је била једна од ситуација у којој је највећи успех у овом послу било то што ништа није објављено, није било шта да се покаже као урађено после свог тог напорног рада и труда. Био је прави подвиг "убити причу", чије би објављивање имало многобројне штетне последице.

Осим стручности, уважавање етичких норми и вредности је кључно питање сваке професије. У нашим условима, поштовање професионалних и моралних норми од стране новинара и уредника поприма посебну димензију. Ако оставимо, овом приликом, по страни филозофски аспект етике и морала и сагледамо свакодневну праксу, неминовно уочавамо еклатантне примере кршења основних постулата професије и етике, којих би се морали безусловно придржавати и новинари и одговорни уредници свих медија. Систем вредности у целом друштву је годинама урушаван. Писане етичке кодексе, који су савест професије, познаје и придржава их се ограничен број припадника професије, те, углавном, остају само мртво слово на папиру. Сва три новинарска удружења у Србији усвојила су, крајем 2006. године, заједнички кодекс.

Закон о јавном информисању гарантује принцип презумпције невиности приликом извештавања медија пре правноснажне одлуке суда или другог органа. Новинарски кодекс, само у једној реченици, предвиђа ограничење везано за судски поступак и прецизира да је "новинар дужан да поштује правило претпоставке невиности и не сме никога прогласити кривим до изрицања судске пресуде". Нема ни помена о обавези новинара да поштују одредбе Законика о кривичном поступку, које искључују јавност са целог или из дела главног претреса, из законом утврђених разлога. Кодекс не упозорава медије да постоји законом прописана обавезна заштита приватности малолетних лица, који су учесници кривичног поступка, за чије кршење законодавац, додуше, није предвидео конкретне санкције!? Чак и Закон о јавном информисању прописује да се малолетник не сме учинити препознатљивим у информацији која је довољно отворена да повреди његово право или интерес (чл. 41. став

2). Не сме се претпоставити да су новинари и уредници упознати са тим законским одредбама, јер пракса показује да медији веома често крше права малолетника, извештавајући о предметима у којима су малолетници извршиоци кривичних дела или жртве.

Новинарски кодекс предвиђа да "новинар негује културу и етику јавне речи". Довољно је погледати насловне стране дневних новина у Србији и схватити да се ни култура нити етика, у појединим насловима појединих новина, не назире. Одавно су новински наслови премашили све границе чак и пристојности и доброг укуса.

Овом приликом пажњу заслужује још једна одредба Закона о јавном информисању, која предвиђа да су "државни органи, средства јавног информисања, удружења грађана, личности из јавног живота и друга лица дужни да, својим јавним изјавама о кривичном поступку који је у току, не, вређају друга правила поступка, права окривљеног и оштећеног, судску независност и непристрасност". Када је реч о судским поступцима, постоје најмање два интереса - интереси супротстављен их странака, од којих свака мисли да је у праву и да је правда на њеној страни. Постоји и интерес државе и грађана да суд донесе одлуку засновану на закону и на утврђеним чињеницама. Не постоји медиј у Србији, у овом тренутку, који доследно поштује наведену законску одредбу. Суђења су се из судница преселила у медије. Слобода медија се, у извештавању о судским поступцима, злоупотребљава. У медијима се изводе докази, отварају расправе, медији доносе пресуде или предвиђају врсту судске одлуке, чак одређују и висину казне. Медији олако и неселективно преносе изјаве политичара, којима се коментаришу судске пресуде, не узимајући у обзир то да политичари воде кампање у своје име. Тако су се у новинама појавиле оцене да је "пресуда Врховног суда Србије правно замајавање", да "пресуда Врховног суда нема никакво правно дејство", да је "пресуда Врховног суда злочиначка"... Те изјаве дали су медијима представници државних органа и политичари, представници власти, што је недопустив притисак на суд, урушавање институције суда и угрожавање професионалног интегритета судија.. Али, старо је правило да се није догодило оно што медији не објаве! Да су се новинари придржавали закона, основних етичких норми и професионалних стандарда такве и сличне изјаве никада не би изашле у јавност. Да није таквог односа представника власти и медија према судо-

вима, не би се, током година, створила атмосфера да, без санкција и некритички, суд и судије, јавно али непримерено, може да напада ко хоће. Не би било допуштено да, у медијима, било ко подгрева агресивност грађана који, незадовољни судским одлукама, у име правде, узимају оружје у руке и пуцају у судије.

И Друштво Србије за односе с јавношћу има Кодекс професионалне етике, који се, углавном, бави обавезама својих чланова према послодавцима и клијентима. Нажалост, врло мало пажње се посвећује правилима која би обавезивала портпароле на одређену врсту односа према новинарима и медијима. У Кодексу се наводи да "члан не сме намерно ширити лажне информације у комуницирању" и да је "забрањен сваки покушај да се обмане јавност или њени представници". И то је све. Тако мало за тако неуређену и нерегулисану област као што су односи с јавношћу. Портпаролима остају опште усвојене норме професионалног и моралног понашања: да раде одговорно, да говоре истину, да служе општим а не личним интересима, да раде у интересу јавности и да оправдају поверење исте те јавности. Поверење медија у портпарола тешко се стиче и постиже се само после дугог времена, високо професионалним и моралним понашањем.

Новинари и портпароли су на истома задатку - да информишу грађане тачно, истинито, без предрасуда и непристрасно. Једни другима могу помоћи да тај посао обављају боље, лакше и успешније. Ни једнима ни другима није лако. Али би зато требало да, на својим радним местима, радимо заједно у интересу грађана, да унапређујемо сарадњу, да учимо једни од других, да будемо бољи и успешнији и свако појединачно и сви заједно.

ОГЛЕДИ

КРИВИЧНО ОДЕЉЕЊЕ

КРИВИЧНО МАТЕРИЈАЛНО ПРАВО

Новица Пековић,
судија Врховног суда Србије

ОПШТИ ПОЈАМ КРИВИЧНОГ ДЕЛА У НОВОМ КРИВИЧНОМ ЗАКОНИКУ И СУДСКА ПРАКСА

Нови Кривични законик ("Службени гласник РС" број 85/05, 88/05 – исправка и 107/05 – исправка) у примени је у судској пракси непуне две године и већ се показује да исти није нов само због времена његовог доношења (ступио је на правну снагу и примењује се од 1. 1. 2006. године) него и због многих решења, посебно у његовом општем делу, која су такве природе да изазивају одређена померања и у судској пракси у односу на примену претходног кривичног законодавства.

Нова решења из општег дела Кривичног законика која се односе на опште институте кривичног права као што су: неурачунљивост (члан 23. став 1. КЗ), сила и претња (члан 21. став 1. КЗ), стварна заблуда (члан 28. став 1. КЗ) и правна заблуда (члан 29. став 1. КЗ) већ су довела до заокрета у судској пракси у примени одредбе члана 355. Законика о кривичном поступку (код ослобађајуће пресуде) тако да примена наведених института као општих основа искључења постојања кривичног дела по основу кривице доводи до доношења ослобађајуће пресуде по основу тачке 1. члана 355. ЗКП – јер дело за које је окривљени оптужен није кривично дело.

У ранијем кривичном законодавству ови институти су по свом решењу били такви да су представљали основ који искључује кривичну одговорност уз примену члана 355. тачка 2. ЗКП.

Напред наведена нова решења код општих института Кривичног законика, који искључују постојање кривице и тиме постојање и кривичног дела, принудили су законодавца да у новом Законику о кривичном поступку (чија примена је одложена до 30. 12. 2008. године) у члану 379. одреди да се ослобађајућа пресуда може донети само из два разлога:

1. ако дело за које је оптужен по закону није кривично дело и

2. ако није доказано да је оптужени учинио дело за које је оптужен.

Све ове промене у судској пракси и кривичнопроцесном законодавству су у суштини последица новог решења и нове дефиниције општег појма кривичног дела у новом Кривичном законику.

О чему се заправо ради и како нова дефиниција општег појма кривичног дела утиче на судску праксу тема је овог реферата.

Општи појам кривичног дела

У члану 14. став 1. Кривичног законика одређено је да је кривично дело оно дело које је законом предвиђено као кривично дело, које је противправно и које је скривљено, док је у ставу другом одређено да нема кривичног дела уколико је искључена противправност или кривица, иако постоје сва обележја кривичног дела одређена законом.

Општи основи искључења постојања кривичног дела по основу противправности су:

1. дело малог значаја (члан 18. КЗ),
2. нужна одбрана (члан 19. став 1. и 2. КЗ) и
3. крајња нужда (члан 20. став 1. и 2. КЗ)

док су општи основи искључења постојања кривичног дела по основу кривице:

1. сила и претња (члан 21. став 1. КЗ)
2. неурачунљивост (члан 23. став 1. КЗ)
3. стварна заблуда (члан 28. став 1. КЗ) и
4. правна заблуда (члан 29. став 1. КЗ).

Према томе да би постојало кривично дело потребно је да је оно:

1. дело,
2. да је законом предвиђено као кривично дело,
3. да је противправно и
4. да је скривљено.

Полазећи од наведеног, можемо закључити да општи појам кривичног дела садржи четири напред наведена елемента и нема кривичног дела уколико нису у њему садржани сви напред побројани елементи.

Прихватајући овакву дефиницију општег појма кривичног дела законодавац се одлучио за објективно-субјективни појам кривичног дела, за разлику од ранијег кривичног законодавства које је одређивало дефиницију општег појма кривичног дела у објективном смислу и то тако што се је кривичним делом сматрало друштвено опасно дело које је законом одређено као кривично дело и чија су обележја одређена законом (члан 8. став 1. ОКЗ, односно КЗ СРЈ), док је противправност била изостављена, а такође ни субјективни елеменат није био унет у општи појам кривичног дела.

Очекивања законодавца у односу на нову дефиницију општег појма кривичног дела у новом КЗ крећу се у правцу да иста треба да допринесе и бољој и исправнијој примени кривичног законодавства.

Анализом четири конститутивна елемента новог појма кривичног дела долази се до закључка да редослед истих елемената у дефинисању новог појма кривичног дела није случајно дат, јер се и у судској пракси приликом решавања конкретних случајева увек почиње са радњом (делом) а завршава са кривицом. То истовремено значи да четири обавезна елемента кривичног дела представљају и четири степена или четири ниво кроз које се мора проћи да би се на крају могло утврдити да је учињено кривично дело.

Први елеменат, да је у питању дело, подразумева неку радњу и улога тог првог елемента је у томе да из појма радње искључи догађаје и радње који не могу представљати радњу кривичног дела у пракси. Тај први елеменат практично значи да је то радња која је учињена од човека. То даље значи да нема радње кривичног дела онда када је она предузета под утицајем апсолутне силе јер у том случају нема вољне радње, а самим тим ни кривичног дела. Код овог првог елемента кривичног дела радње кривичног дела нема ни у стању губитка свести и то потпуног губитка свести. У супротном ће се радити о поремећајима свести који се решавају на плану урачунљивости. Радње кривичног дела на овом нивоу нема ни у случају рефлексних покрета који су органска последица спољних надражаја. Радња кривичног дела на овом нивоу у теорији се сматра као радња којом

се остварује воља онога који је исту предузео и иста се одређује као друштвено релевантно остваривање воље.

У сваком случају овај први елеменат у општем појму кривичног дела неће представљати проблем у судској пракси јер оно што је битно у погледу радње кривичног дела решава се на нивоу предвиђености кривичног дела у закону.

Други елемент, предвиђеност кривичног дела у закону, означава радњу, то јест људско понашање као кривичног дела и то значи остварење битних елемената законског описа неког кривичног дела. Уствари, елемент предвиђености кривичног дела у закону првенствено се везује за појам бића кривичног дела. Осим тога, предвиђеност кривичног дела у закону осим остваривања битних елемената бића кривичног дела обухвата и услове кажњивости, тако да биће кривичног дела и услови кажњивости чине законски опис неког кривичног дела. Осим тога, кривично дело је предвиђено у закону као такво и из разлога друштвене опасности и практично друштвена опасност неког људског понашања је законодавни мотив инкриминисања таквог понашања.

Предвиђеност кривичног дела у закону је у суштини остварење једног од основних начела кривичног права а то је начело законитости, то јест да нема кривичног дела нити казне без закона, а што је одређено и у члану 1. Кривичног законика да се "никоме не може изрећи казна или друга кривична санкција за дело које пре него што је учињено законом није било одређено као кривично дело, нити му се може изрећи казна или друга кривична санкција која законом није била прописана пре него што је кривично дело учињено. То исто одређено је и у члану 7. став 1. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода која предвиђа да нико неће бити сматран кривим за кривично дело због чињења или пропуштања, које није представљало кривично дело по унутрашњем или међународном праву у време када је извршено и такође да се не може изрећи строжа казна од оне која је била прописна у време извршења кривичног дела.

У односу на последицу кривичног дела нови Кривични законик је прихватио она теоријска решења која полазе од тога да свако кривично дело нема последицу. Овакав закључак произилази и из дефиниције самог умишљаја у члану 25. Кривичног законика где је одређено да је кривично дело учињено са умишљајем када је учинилац био свестан свог дела и

хтео његово извршење или када је учинилац био свестан да може учинити дело па је на то пристао. Раније важећи Основни кривични закон имао је другачије решење у односу на умишљај и то у односу на евентуални умишљај тако што је одређивао да је кривично дело учињено са умишљајем кад је учинилац био свестан свог дела и хтео његово извршење, или кад је био свестан да услед његовог чињења или нечињења може наступити забрањена последица али је пристао на њено наступање. Упоређивањем ове две дефиниције умишљаја из сада важећег Кривичног законика и раније важећег Основног кривичног закона долазимо до закључка да сада важећи Кривични законик говори о пристајању учиниоца да може да учини кривично дело, док је раније важећи Основни кривични закон садржавао решење да учинилац кривичног дела код овог облика умишљаја пристаје на последицу кривичног дела.

Прихватајући овакво решење у новом Кривичном законику законодавац је пошао од схватања у правној теорији да сва кривична дела немају последицу. Само код кривичних дела код којих закон изричито захтева наступање одређене последице она је неопходна за постојање кривичног дела, док код других кривичних дела последица није обавезан услов или елемент и реч је о последици која је ирелевантна за постојање кривичног дела. Овде се практично прави разликовање између последице у ужем смислу и последице у ширем смислу. Код кривичних дела код којих последица није обавезан услов нити елемент у судској пракси је од значаја само приликом одмеравања казне када се цени јачина повреде или угрожавања заштићеног добра. У теорији кривичног права кривична дела која немају последицу као конститутиван елемент бића кривичног дела називају се формална или чиста делатност на кривична дела, док код других кривичних дела где је у законском опису садржана и одређена последица која се у сваком конкретном случају мора утврђивати ради се о такозваним материјалним, односно последичним кривичним делима. То даље значи да кривична дела која немају последицу практично се извршавају самим довршењем радњи извршења кривичног дела и није потребно наступање било какве последице. Такозвана права кривична дела нечињења су карактеристична по томе што немају своју последицу (кривично дело непријављивања кривичног дела и учиниоца).

За судску праксу разликовање кривичних дела са последицом и на она без последице имају значаја у правцу разграничења довршеног кривичног дела и кривичног дела са покушајем, затим за утврђивање места и времена извршења кривичног дела, и слично.

С обзиром на врсту последице у теорији се врши подела на кривична дела повреде и кривична дела угрожавања. Код кривичних дела повреде последица се састоји у уништењу или оштећењу објекта радње (на пример убиство, тешка телесна повреда и др.).

Код кривичних дела угрожавања последица се састоји у апстрактној (могућој) или конкретној опасности (опасности која је наступила). Апстрактна опасност јесте уствари могућност наступања конкретне опасности. На пример кривично дело оштећења брана, насипа и водопривредних објеката (члан 272. КЗ) кривично је дело са апстрактном опасношћу. Међутим, уколико је до опасности за живот или тело људи или имовину већег обима заиста и дошло, то јест уколико је наступила конкретна опасност, постојаће неко друго кривично дело (на пример кривично дело непрописно и неправилно извођење грађевинских радова (члан 281. КЗ). Разлика између ових кривичних дела у судској пракси своди се на то да се код кривичних дела са апстрактном опасношћу као њиховом последицом није потребно да се постојање те последице утврђује у сваком конкретном случају. Напротив, код конкретне опасности, мора се у сваком случају утврдити њено наступање, јер она представља битно обележје у бићу кривичног дела.

Према томе можемо закључити да се кривична дела повреде испољавају као уништење или оштећење, а кривично дело угрожавања као конкретна или апстрактна опасност.

Лице које погађа последица кривичног дела назива се пасивним субјектом и то лице може бити и правно лице, а у неким случајевима то може бити и држава. Код многих кривичних дела пасивни субјекат је истовремено и објект радње, то јест лице на коме се предузима радња извршења. У суштини овде је реч о лицу које је оштећено кривичним делом и на чију штету се кривично дело врши.

Предвиђеност кривичног дела у закону за потребе судске праксе значи да је неко људско понашање одређено као кривично дело и да би то људско понашање било кривично дело морају се остварити сви битни еле-

менти законског описа неког кривичног дела. Због тога се елемент предвиђености у закону првенствено везује за појам бића кривичног дела. Биће кривичног дела обухвата скуп обавезних обележја која чине посебне појмове појединих кривичних дела. Биће кривичног дела произилази из законског описа неког кривичног дела.

Обележја бића кривичног дела могу бити објективна (или спољна) и субјективна (или унутрашња). У објективна обележја кривичног дела спадају радња извршења, последица кривичног дела, предмет радње, средство, начин извршења, лично својство, лични однос или лични статус извршиоца, место и време извршења кривичног дела.

У субјективна обележја кривичног дела спадају умишљај и нехат као и намера и побуда.

Субјект кривичног дела је учинилац кривичног дела и то је човек, то јест физичко лице које предузима радњу извршења. Субјектом се сматра и оно лице које се приликом извршења кривичног дела послужило животињом, механичком или природном силом. Субјекат кривичног дела може бити и оно лице које се за извршење кривичног дела послужило другим лицем (када то друго лице не предузима вољну радњу, јер је кривично дело извршило под утицајем апсолутне силе) и овде се може радити о субјекту кривичног дела само ако су испуњени услови за постојање посредног извршиоца.

Објект кривичног дела може бити заштитни објект и објект радње. Заштитни објект представљају одређена добра којима се кривичним правом пружа заштита и он може бити општи и групни.

Објект радње јесте материјални, физички предмет на коме се остварује радња кривичног дела. Тај предмет може бити и лице и у том случају објект радње назива се пасивним субјектом.

Противправност као трећи елемент садржан у општем појму кривичног дела значи да неко понашање које садржи све елементе прописане у законском опису бића кривичног дела је истовремено и противправно. Изузетно, противправност може бити искључена због чега би дело иако је у закону одређено као кривично дело изгубило карактер кривичног дела. Разлог за уношење противправности као конститутивног елемента у општи појам кривичног дела јесу управо основи искључења противправно-

сти. И судска пракса у односу на овај елемент могла би да се креће у правцу негативне констатације да нема основа који искључују противправност. То даље значи да ако неко дело испуњава сва обележја бића кривичног дела, оно ће по правилу, бити и противправно. Према томе та констатација противправности се претпоставља и само у случају постојања неког од основа који искључују противправност они се морају утврђивати.

Кривица је четврти елемент у општем појму кривичног дела и да би нека радња била кривично дело неопходно је да се она може учиниоцу приписати у кривицу. Раније кривично законодавство није користило термин кривица већ је познавало појам кривичне одговорности (члан 11. ОКЗ) - кривично је одговоран учинилац који је урачунљив и који је кривично дело учинио са умишљајем или из нехата.

Према Кривичном законику кривица постоји ако је учинилац у време када је учинио кривично дело био урачунљив и поступао са умишљајем а био је свестан или је био дужан и могао бити свестан да је његово дело забрањено и кривично дело је учињено са кривицом и ако је учинилац поступао из нехата, уколико закон то изричито предвиђа (члан 22. КЗ). Према томе кривица је састављена из умишљаја или нехата и урачунљивости и део кривице који обухвата умишљај или нехат за разлику од осталих елемената мора се утврђивати у сваком конкретном случају, то јест претпоставка кривице није дозвољена у кривичном праву. Новина у Кривичном законику јесте и то што се код основа који искључују постојање кривичног дела по основу кривице користи иста формулација као и код основа који искључују постојање кривичног дела по основу противправности јер законодавац и код неурачунљивости и код неотклоњиве стварне и правне заблуде користи формулацију: "није кривично дело оно дело...".

Утицај новог схватања општег појма кривичног дела на судску праксу

У судској пракси ново схватање општег појма кривичног дела (члан 14. КЗ), као што смо већ навели у уводном делу реферата, довело је до одређених померања. То се првенствено односи на кривицу, четврти елемент у општем појму кривичног дела. Тако у једној одлуци Врховни суд Србије (Кж. I 757/07 од 29. 5. 2007. године) укидајући првостепену

пресуду, у образложењу наводи: "... кривица – члан 22. КЗ је саставни део општег појма кривичног дела – члан 14. КЗ, као његов субјективни и конститутивни елемент. Изрека ожалбене пресуде, садржи само опис радњи извршења окривљеног, али с обзиром на напред речено не садржи све конститутивне елементе кривичног дела, без којих кривично дело не постоји. Опис кривичног дела у осуђујућој пресуди, поред законом одређених посебних обележја која карактеришу свако кривично дело, мора садржати и кривицу, уз навођење чињеница и околности из којих произилази свест оркивљеног да је његово дело забрањено, као и прецизирање у ком облику виности је окривљени поступао у конкретном случају, чега у изреци побијане пресуде нема".

Изрека укидајуће пресуде првостепеног суда (пресуда Окружног суда у Београду К. број 2223/06 од 14. 2. 2007. године) представљена је на следећи начин: "крив је што је дана 7. 11. 2006. године, око 21,45 часова у Београду у улици Хумска, неовлашћено држао супстанцу која је проглашена за опојну дрогу, на тај начин што је приликом легитимисања од стране полицајаца ПС Савски венац у левом џепу јакне код њега пронађено 0,84 грама опојне дроге – марихуане - чиме је извршио кривично дело неовлашћена производња, држање и стављање у промет опојних дрога из члана 246. став 3. КЗ".

И заиста, чињенични опис из изреке напред наведене ожалбене пресуде садржи само законска обележја кривичног дела која су одређена законом и практично у конкретном случају ради се о опису другог конститутивног елемента у општем појму кривичног дела које се испољава кроз одређеност кривичног дела у закону. Тачно је да је то понашање кажњиво и да се ово кривично дело врши само са умишљајем, али овде умишљај у одређености кривичног дела у закону има само функцију која утиче на законско одређивање појма конкретног кривичног дела, али у тој изреци ожалбене пресуде заиста недостаје умишљај као облик кривице, који се испољава кроз психички однос конкретног учиниоца према предузетим радњама. Значи било је нужно утврђено чињенично стање из изреке пресуде подвести под законски опис умишљајног извршења кривичног дела (предметно кривично дело врши се само са умишљајем). Према томе овде се ради о двострукој функцији умишљаја, једном као битног елемента у бићу кривичног дела, а други пут као облика кривице.

Исти став заузеће и у одлуци Врховног суда Србије Кж-I-1008/07 од 17. 07. 2007. године где је наведено: "у проведеном поступку првостепени суд је учинио битну повреду одредаба кривичног поступка из члана 368. став 1. тачка 11. ЗКП, јер је изрека пресуде неразумљива, с обзиром да не садржи чињенице и околности из којих произилази да су радње кривичног дела за које је оптужени првостепеном пресудом оглашен кривим од стране истог и скривљене. Изрека сваке осуђујуће пресуде сходно члану 356. став 1. тачка 1. ЗКП, поред чињеница и околности из којих произилазе законска обележја неког кривичног дела, мора да садржи чињенице и околности од којих зависи примена одређене одредбе кривичног закона. Да би неко лице за учињено кривично дело могло бити оглашено кривим осим што то дело мора у закону да буде одређено као кривично дело исто мора да је противправно и да је од стране учиниоца скривљено. Тако је одређено у члану 14. став 1. КЗ, с обзиром да члан 14. став 2. КЗ говори о томе да нема кривичног дела уколико је искључена противправност и кривица, иако постоје сва обележја кривичног дела одређена законом. Противправност се претпоставља и иста се утврђује само у случају ако постоји неки од општих основа који искључују противправност, док се кривица и то део кривице који се односи на умишљај или нехат мора утврђивати и следствено томе изрека осуђујуће пресуде мора да садржи чињенице и околности које се односе на овај део кривице. Урачунљивост, као део кривице, такође се претпоставља и не утврђује се у сваком случају, осим ако постоје чињенице и околности које доводе у сумњу постојање урачунљивости код учиниоца кривичног дела. Како изрека осуђујуће ожалбене пресуде не садржи део кривице који се односи на умишљај оптуженог као субјективног елемента кривичног дела и како је првостепени суд истог за наведено кривично дело огласио кривим, са тих разлога је изрека ожалбене пресуде неразумљива, па се због тога ни наводи из изјављене жалбе јавног тужиоца да се ради о кривичном делу убиства из члана 113. КЗ за сада не могу испитати јер изрека ожалбене пресуде не садржи субјективни део општег појма кривичног дела из члана 14. став 1. КЗ то јест не садржи психички однос учиниоца према учињеним радњама, односно да ли је окривљени био свестан свога дела и хтео његово извршење или је пак пристајао на извршење истог".

У једној другој одлуци (пресуда Окружног суда у Зрењанину К. број 35/07 од 24. 4. 2007. године) изрека је представљена на следећи на-

чин: "крив је што је у пролеће 2006. године у дворишту куће у којој живи..., посејао више семена индијске конопље, при чему је могао да схвати значај свог дела и могао да управља својим поступцима, из којих је изникло пет биљака индијске конопље, да би почетком септембра месеца убрао те биљке и оставио их у својој кући на шпорету да се суше, да би од осушених делова биљака повремено правио цигарете – џоинте, које је користио за сопствене потребе, да би на тај начин неовлашћено произвео опојну дрогу марихуану у укупној количини од 16,32 грама... и иста је од стране овлашћених радника ПУ Зрењанин пронађена и уз потврду привремено одузета, а вештачењем је утврђено да се ради о деловима биљке канабис са психоактивном компонентом, која се налази на листи опојних дрога и психотропних супстанци ("Службени гласник РС" бр. 24/05) и при том био свестан свог дела и хтео његово извршење и био свестан да је његово дело забрањено, дакле, у урачунљивом стању и са умишљајем неовлашћено произвео супстанце које су проглашене за опојну дрогу и при томе био свестан да је његово дело забрањено, чиме је извршио кривично дело неовлашћена производња, држање и стављање у промет опојних дрога из члана 246. став 1. КЗ".

Мора се констатовати да овако састављена изрека пресуде садржи и кривицу и то њене саставне делове урачунљивост и умишљај као и свест о забрањености дела. Урачунљивост је у наведеној изреци представљена тако да је окривљени могао да схвати значај свог дела и могао да упрвља својим поступцима, а умишљај тако да је окривљени био свестан свог дела и хтео његово извршење а изрека пресуде садржи и свест о противправности – "био свестан да је његово дело забрањено". Оваква изрека пресуде последица је примене општег појма кривичног дела из члана 14. КЗ у судској пракси и то тако што је кривица изражена кроз три компоненте: урачунљивост, умишљај и свест о противправности. У образложењу ове одлуке наведено је да је окривљени био урачунљив, да је поступао са умишљајем и био је свестан да је његово дело забрањено. У сваком случају став судске праксе је такав да се умишљај као део кривице или нехат мора утврђивати, док се урачунљивост претпоставља и своди се на констатацију а такође није потребно утврђивати ни непостојање основа искључења кривице, јер се они претпостављају али њихово постојање да би искључило кривицу мора се утврдити.

На овом месту добро је указати и на садржај кривично-процесне одредбе из члана 356. став 1. тачка 1. сада важећег ЗКП-а који одређује да у пресуди којом се оптужени оглашава кривим суд ће изрећи: "за које дело се оглашава кривим, уз назначење чињеница и околности које чине обележја кривичног дела, као и оних од којих зависи примена одређене одредбе кривичног закона", а исто решење садржи и будући кривично процесни закон у члану 380. став 1. тачка 1.

Оваква кривично-процесна решења омогућавала су судској пракси да се и у досадашњој примени кривичног законодавства определи за објективно-субјективни појам кривичног дела, али свакако ново решење у односу на схватање општег појма кривичног дела ће олакшати примену кривичног права у судској пракси, првенствено због прецизности те норме и који појам самим тим постаје употребљив у судској пракси.

И на крају

Нова дефиниција општег појма кривичног дела одређеном у члану 14. КЗ је по својој природи таква да је не само употребљива него и нужна у примени кривичног законодавства на конкретан кривичноправни догађај јер је кривица – члан 22. КЗ саставни део општег појма кривичног дела – члан 14. КЗ, као његов субјективан и конститутивни елемент. Због тога, опис кривичног дела у осуђујућој пресуди, поред законом одређених посебних обележја која карактеришу свако кривично дело, мора садржати и кривицу, уз навођење чињеница и околности од којих зависи примена закона. У супротном одсуство кривице из изреке осуђујуће пресуде довешће до битне повреде одредаба кривичног поступка која ће се састојати у томе да је изрека пресуде неразумљива или противречна сама себи или пак до повреде кривичног закона која ће се састојати у томе да ли је дело за које се оптужени гони по закону кривично дело. У том правцу потребно је да и јавни тужиоци дају свој допринос у односу на састављање диспозитива оптужних аката који би требали да буду у складу са новом дефиницијом општег појма кривичног дела из члана 14. КЗ.

У сваком случају, први конститутивни елемент из општег појма кривичног дела да је у питању дело, за судску праксу неће представљати неки посебан проблем јер ће се практично у судској пракси овај елемент

одразити кроз други конститутивни елемент општег појма кривичног дела а то је одређеност кривичног дела у закону, осим што би се у оквиру првог конститутивног елемента општег појма кривичног дела морало водити рачуна о томе да дело које је учињено не може бити дело ако је учињено под дејством апсолутне (неодољиве) силе која потпуно искључује доношење одлуке од стране оног лица према коме је примењена, јер се тиме искључује вољна радња а самим тим и кривично дело. Такође радње кривичног дела нема ни у стању губитка свести и то потпуног губитка свести, јер у супротном радиће се о поремећају свести који се решава на плану урачунљивости. Те вољне радње нема ни у случају рефлексних покрета који су органска последица спољних надражаја. Ни код другог конститутивног елемента општег појма кривичног дела предвиђеност кривичног дела у закону у судској пракси неће постојати проблеми. Трећи елемент противправност, као што смо већ рекли, унети у општи појам кривичног дела због основа који искључују противправност. Судска пракса треба да се креће у правцу негативне констатације да нема основа који искључују противправност. Четврти елемент, кривица и то део кривице који се односи на умишљај или нехат мора се утврђивати, а урачунљивост се претпоставља.

Литература:

- Коментар Кривичног законика, проф. др Зоран Стојановић
- Судска пракса судова у Републици Србији.

Драгомир Милојевић,
судија Врховног суда Србије

САУЧЕСНИШТВО У КРИВИЧНОМ ДЕЛУ

Појам и услови. Кривично дело може бити извршено од стране једног или више лица. Када је извршено само од једног лица, без учешћа другог лица, постоји само један учинилац кривичног дела који се јавља као извршилац тог кривичног дела, а то је лице чија је радња извршења кривичног дела. Међутим, могуће је да у извршењу једног кривичног дела учествује више лица са различитим улогама: прво, више лица може учестовати у извршењу кривичног дела са потпуно једнаком улогом, на тај начин што ће сви подједнако учествовати у извршењу радњи кривичног дела, у ком случају сваки учесник је извршилац, односно саизвршилац; друго, када у извршењу кривичног дела сва лица која учествују у извршењу истог немају исту улогу. Нека лица учествују у радњи извршења, нека само доприносе извршењу кривичног дела, дакле, ако је кривично дело извршено уз суделовање више лица онда постоји **саучесништво**, а лица која учествују у извршењу једног кривичног дела зову се **саучесници**.

Питање саучесништва поставља више проблема, можда најспорнијих у кривичном праву од чијег решења зависи физиономија Кривичног законика, нарочито оног дела који говори о субјекту кривичног дела, па ћемо, овом приликом указати само, по нашем мишљењу, на најупечатљивије:

- Пре свега поставља се проблем одређивања појма саучесништва: да ли као основни институт треба узети учествовање лица у својству учесника у извршењу радњи кривичног дела, а да се затим одреди однос других учесника према главним учесницима, или пак треба једним заједничким институтом обухватити све видове суделовања у кривичном делу, са одређивањем односа између тих различитих видова учествовања у једном кривичном делу;

- Када више лица учествује у извршењу кривичног дела, проблем се поставља како треба извршити разграничење између оних који се поја-

вљују као непосредни учесници у радњи извршења кривичног дела (саизвршиоци) и оних који само доприносе извршењу кривичног дела, без учествовања у самом извршењу кривичног дела (саучесници);

- Код одређивања основа одговорности саучесника, проблем се поставља, шта је објективни основ њихове одговорности, да ли је то извршено кривично дело у коме су они учествовали, или пак, саучесништво представља засебно, самостално кривично дело, поред кривичног дела у коме су они суделовали; и

- С обзиром на опште прихваћени принцип да саучесништво није самостално кривично дело, већ да саучесници одговарају за исто кривично дело као извршилац, односно саизвршиоци, питање се поставља, да ли одговорност саучесника зависи од постојања кривичног дела у целини, или је довољно да је извршена противправна радња кривичног дела, тј. да је остварено само објективно биће кривичног дела.

Може се рећи да институт саучесништва у данашњем смислу се почео развијати са доношењем првих кодификација крајем 18. и почетком 19. века, али постоји знатна разлика у појединим правима у погледу постављања и решавања поменутих проблема у вези са учествовањем више лица у извршењу кривичног дела. Међутим, у вези са тим искристалисале су се две правне категорије, или два института, и то: извршилаштво, које се може појавити и као саизвршилаштво и саучесништво. Обично се извршилаштво и саучесништво обухватају заједничким појмом саучесништва и у овом смислу саучесништво се појављује као шири појам, као шири институт који у себи обухвата све случајеве учествовања више лица у једном кривичном делу. То је саучесништво у ширем смислу, које обухвата како извршилаштво и саизвршилаштво, тако и остале врсте суделовања у кривичном делу – подстрекавање, помагање... да би се ипак разграничили и терминолошки сви случајеви учествовања у једном кривичном делу, поред овог појма саучесништва у ширем смислу, узима се да постоји и саучесништво у ужем смислу, које обухвата суделовања у кривичном делу који се не појављују као извршилаштво, односно саизвршилаштво.

С тим у вези треба разликовати: саучесништво у ширем смислу, као општи институт суделовања више лица у кривичном делу, где долази извршилаштво, саизвршилаштво и саучесништво у правом смислу, и саучесништво у ужем смисли, као посебни инстутут који обухвата подстрекавање и помагање.

За постојање саучесништва, без обзира о ком се виду ради, потребно је да су испуњени одређени услови, или елементи, који се могу поделити на објективне и субјективне.

Објективни услови за постојање саучесништва састоје се у томе, што је потребно да постоји кривично дело у чијем остварењу учествује више лица. Према томе, саучесништво постоји пре и за време извршења кривичног дела, а не и после извршеног кривичног дела. Делатности после извршеног кривичног дела у односу на то дело могу представљати само посебна кривична дела, а пошто кривично дело настаје тек са покушајем, из овог произилази, да је за постојање саучесништва потребно да постоји бар покушај кривичног дела. Сва лица која учествују у извршењу кривичног дела сматрају се учиниоцима кривичног дела, односно субјекти кривичног дела, а с обзиром на теорију лимитиране акцесорности није нужно, да сви саучесници у делу морају бити кривично одговорни, чак ни да су сви кривично способни, односно урачунљиви. Даље, саучесништво је суделовање више лица у кривичном делу, а што значи да претпоставља више радњи, па се код неких аутора саучесништво назначује као стицај радњи, а не само као стицај лица. Овде се подразумева радња кривичног дела у ширем смислу, где поред радњи извршења долазе и радње саучесништва – подстрекавања и помагања, па се отуда у назначеном смислу каже да код извршења кривичног дела има толико учинилаца колико радњи кривичног дела. Учешће више лица у извршењу кривичног дела изражава се у предузимању више радњи извршења са њихове стране. Међутим, све ове радње иако могу бити различите по својој улози, треба да су међусобно тако повезане, да представљају једну целину у доприношењу извршења кривичног дела. Дакле, просто учешће више лица у извршењу кривичног дела не мора да значи да су они саучесници. Тако, на пример, познато је да два возача, возећи оба непрописном брзином, проузрокују саобраћајну незгоду у којој оба остваре све битне елементе кривичног дела из области против угрожавања јавног саобраћаја, па дакле, они јесу учествовали у извршењу истог кривичног дела, али не у својству саучесника, већ као два самостална извршиоца. Услед тога, да би се радило о саучесништву кривично дело треба да представља заједнички резултат радњи свих учесника, па као што кривично дело чини јединство објективних и субјективних елемената, тако и саучесништво се карактерише јединством објективних и субјективних обележја.

Субјективни услови за постојање саучесништва састоје се у томе, што међу учесницима треба да постоји свест о заједничком суделовању, односно свест о заједничкој акцији у извршењу једног одређеног кривичног дела и данас преовлађује гледиште да је довољно да постоји свест о заједничкој сарадњи приликом извршења једног кривичног дела, сем ако то закон посебно не прописује. Свест о заједничкој сарадњи није исто што и виност, већ само свест о заједничком суделовању при једном заједничком делу. Саучесници треба да су свесни да својом радњом доприносе извршењу кривичног дела. Услед тога, они треба да знају један за другога, као и за учиниоца кривичног дела. Међутим, није потребно да се саучесници и лично познају, већ је довољно да се зна круг лица из кога произилази извршилац кривичног дела и остали саучесници. За саучесника у извршењу кривичног дела не траже се, по правилу, посебна лична својства на страни подстрекача или помагача, што даље значи да у овом својству може учествовати свако лице и у сваком кривичном делу, с тим што у одређеним случајевима таква делатност може представљати самостално кривично дело, у ком случају се ови саучесници јављају као извршиоци кривичног дела.

Нема саучесништва ако постоји само психичко суделовање једног лица при извршењу кривичног дела, без радње одговарајућег облика саучесништва. Само испољавање мисли или изражавање жеља не може бити радња саучесништва, па тако на пример нема подстрекавања ако неко само изрази мисао да жели смрт неког лица, без навођења некога да изврши убиство.

Такође, нема саучесништва ако се понашање другог саучесника јавља као парцијално понашање, нечињење или ћутање, јер суделовање у извршењу кривичног дела у смислу саучесништва подразумева позитивну радњу или акцију. Отуда непријављивање припремања кривичног дела или просто психичко саглашавање са извршењем кривичног дела није саучесништво. Од негативног саучесништва треба разликовати учествовање у кривичном делу пропуштањем да се изврши нека обавеза, ако се то јавља као доприношење извршењу кривичног дела, па се помагање може извршити нечињењем, ако се тиме пропушта извршење неке обавезе на чињење.

Кривична одговорност саучесника. Питање правне природе и основа кривичне одговорности саучесника у теорији кривичног права је спорно и постоје два супротна схватања која чине садржину двеју супротних теорија и то: 1. Монистичка теорија, или теорија акцесорности о зави-

сној природи саучесништва, и 2. Плуралистичке теорије, или теорије о самосталној природи саучесништва.

Монистичка теорија полази од поставке да саучесништво није узрок последице кривичног дела, већ само њен услов. Услед тога, код саучесништва постоји једно јединствено кривично дело, извршено од стране извршиоца тог дела уз суделовање осталих саучесника. Код сваког кривичног дела извршеног од више лица постоји једна главна радња којом се извршује кривично дело и радње које су узгредне, помоћне – акцесорне, којима се доприноси извршењу кривичног дела. Извршилац кривичног дела може бити само лице које извршава главну радњу, а они који извршавају узгредне или помоћне радње су обични учесници, односно саучесници и њихова радња нема самостални карактер ни са гледишта узрочности и она се појављује само као услов, док је узрок само главна радња. Стога се кривична одговорност саучесника заснива на кривичној одговорности извршиоца кривичног дела, односно позајмљује се од његове одговорности, тако да саучесници одговарају не за своје, већ за туђе дело. Сходно овом схватању, саучесништво није засебан облик кривичног дела поред свршеног и покушаног, већ је један нарочити облик кривичне одговорности и саучесници одговарају не за кривично дело саучесништва, већ за подстрекавање или помагање у кривичном делу учињеном од стране извршиоца тог дела.

С обзиром на разне врсте зависности учесника у извршењу кривичног дела, постоји неколико варијанти ове теорије. Најпознатије су: теорији о минималној акцесорности, теорија о лимитираној акцесорности и теорија о екстремној акцесорности.

По теорији минималне акцесорности за одговорност саучесника потребно је да је предузета радња извршења кривичног дела од стране извршиоца. По теорији лимитиране акцесорности за кривичну одговорност саучесника потребно је да је радња извршења учиниоца кривичног дела била противправна. Међутим, по теорији екстремне акцесорности за одговорност саучесника потребно је још и да је извршилац кривичног дела био урачунљив и вин, односно да је кривично одговоран и ова теорија у односу на претходне још више сужава одговорност саучесника.

Плуралистичке теорије полазе од поставке да су сви услови од подједнаке важности за проузроковање последице, сходно теорији о једнакој вредности свих услова са гледишта узрочности. Све радње кривич-

ног дела су од подједнако каузалног значаја, па према томе сваки учесник у извршењу кривичног дела одговоран је за кривично дело као да га је сам извршио, тако да исто кривично дело треба подједнако приписати сваком учеснику у делу. Једино помагање у неким случајевима јавља се само као услов, а не као узрок последице.

У савременом законодавству је углавном заступљена теорија акцесорности и то лимитиране акцесорности. То значи, да је за кривичну одговорност саучесника потребно да је учинилац кривичног дела извршио или бар покушао да изврши противправну радњу, односно да је остварено објективно биће једног кривичног дела, а не тражи се још и да је учинилац истог и кривично одговоран – крив.

Када је реч о кривичној одговорности саучесника у нашем кривичном законодавству се примењују и општа правила урачунљивости и виности садржана у чл. 23 до 26 Кривичног законика (КЗ) и посебна правила садржана у чл. 36. КЗ. Саучесник је кривично одговоран само ако је у време предузимања саучесничке радње био урачунљив и кад је у односу на дело у коме је учествовао поступао са виношћу. Када је реч о облицима виности Законик прави разлику између саизвршилаштва и подстрекавања односно помагања. У случају саизвршилаштва основ одговорности могући су и умишљај и нехат, а код саучесништва у ужем смислу само умишљај. Умишљај саучесника обухвата свест о свим стварним околностима кривичног дела у коме се суделује и за нехатно суделовање извршењу кривичног дела саучесници кривично не одговарају, иако је могуће да постоји и овај облик виности на страни саучесника. Дакле, за кривичну одговорност саучесника у ужем смислу умишљај је једини облик виности, док је код извршиоца – саизвршиоца кривичног дела, поред умишљаја довољан и нехат. То значи да је могућно умишљајно подстрекавање или помагање нехатног извршиоца неког кривичног дела.

Саучесници у ужем смислу одговарају само у границама умишљаја и ово правило предвиђено је у чл. 36. ст. 1. КЗ. То значи, да овај саучесник одговара за последицу коју је остварио извршилац кривичног дела само онолико колико је ова била његовим умишљајем обухваћена. Ово је логична последица лимитиране акцесорности саучесништва, по којој када се оствари биће једног кривичног дела, кривична одговорност саучесника се цени независно од кривичне одговорности извршиоца кривичног дела. У случају да изврши-

лац учини тежи облик кривичног дела од оног који је био обухваћен умишљајем саучесника, саучесник неће одговарати за тежи облик, већ за онај облик који је по његовом умишљају требало да се оствари. Међутим, ако извршилац учини лакши облик кривичног дела од оног обухваћеног умишљајем саучесника, саучесник ће одговарати за овај лакши облик, а не за тежи облик према његовом умишљају. Ово због тога што је саучешће акцесорно извршеном кривичном делу. Треба поменути случај да извршилац учини неко друго кривично дело, а не оно обухваћено умишљајем саучесника, а које не спада у исти род. У том случају саучесник неће одговарати за то дело.

Лични односи, својства и околности узимају се у обзир само према оном учиниоцу код кога се нађе. У чл. 36. ст. 3. КЗ постављено је правило, да се лични односи, својства и околности услед којих закон дозвољава ослобађање од казне, или који утичу на одмеравање казне, могу узети у обзир само оном извршиоцу, саизвршиоцу, подстрекачу или помагачу код којег такви односи, својства и околности постоје. Ово је последица усвојене лимитиране акцесорности у нашем кривичном законодавству.

Саучесници се могу ослободити од казне ако су добровољно спречили извршење кривичног дела и ово правило је предвиђено чл. 32. ст. 3. КЗ. Међутим, у овом случају није довољно да је саучесник одустао од даљег предузимања радње саучесништва, већ је потребно да је спречио извршиоца да изврши кривично дело, односно кажњиви покушај. То значи, да и онда када је саучесник учинио све да спречи учиниоца да не изврши кривично дело, али у томе није успео, не може доћи до примене ове одредбе која представља факултативни основ за ослобађање од казне и та се околност може узети у обзир код одмеравања казне у смислу олакшавајуће околности.

У вези са саучесништвом јавља се питање међусобног односа његових појединих облика у вези са стицајем. Како је саучесништво облик учешћа у извршењу кривичног дела, нормално је да се на тај облик примењују одредбе о стицају као и код извршиоца, како у смислу постојања стицаја, тако и код одмеравања казне за дела у стицају. Ако једно лице подстрекава или помаже са једном или више радњи у извршењу више кривичних дела, могућ је и идеални и реални стицај. Могућ је стицај између разних облика саучесништва, ако се на различите начине учествује у извршењу више кривичних дела, ако је исто лице у једном делу учествовало као извршилац, у другом као помагач, у трећем као подстрекач, одговараће за све облике саучесништва. Када је реч о продуженом

кривичном делу, са различитим облицима учествовања у појединим делима, узима се најтежи облик саучесништва. Међутим, нема стицаја саучесништва када се учествује у истом кривичном делу и одговара само за једно дело лице које је у односу на то дело предузело више радњи подстрекавања или помагања. Уколико исто лице у истом делу учествује и као подстрекач и као помагач неће одговарати за оба облика саучесништва, по принципу да се не може два пута одговарати за исто дело, већ ће одговарати само за подстрекавање, као тежи облик саучесништва које конзумира помагање.

Кривични законик не предвиђа посебне границе казне за саучеснике и на њих се примењују казнене одредбе које важе и за извршиоца, осим што се код помагања предвиђа могућност блажег кажњавања. Ова чињеница не искључује могућност да постоје значајније разлике у кажњавању извршиоца разних облика саучесништва, зависи од околности које се код њих налазе, а од утицаја су на одмеравање казне у смислу чл. 54. КЗ.

Време и место саучесништва. Кривични законик је унео нове одредбе о времену и месту извршења кривичног дела од стране саучесника. Тако у чл. 16. ст. 2. КЗ саучесник је кривично дело учинио у време кад је радио или је био дужан да ради. Ова законска одредба је од несумњивог значаја јер се време саучесништва и време радњи извршења кривичног дела не морају поклапати. Тачно утврђивање времена извршења кривичног дела је од вишеструког значаја, пре свега имајући у виду временско и просторно важење Кривичног законика, јер се на учиниоца кривичног дела примењује закон који је важио у време извршења кривичног дела, а ако је после извршења кривичног дела измењен закон, једном или више пута, применићe се закон који је најблажи за учиниоца (чл. 5. ст. 2. КЗ). Такође, време извршења може имати утицаја на правну квалификацију дела, на одмеравање казне, застарелост и др., а када је у питању продужено или колективно кривично дело, има се у виду извршење сваке делатности која улази у састав ових дела. Такође, код кажњавања неуспелог подстрекавања, време извршења одређује се према радњи подстрекавања, а због акцесорне природе саучесништва, време се у неким случајевима везује за време извршења кривичног дела, али се урачунљивост, виност, узраст саучесника цене према времену извршења радње саучесника (подстрекавање, помагање). Даље, када је у питању утврђивање старости учиниоца, тада се узима у обзир време последње радње продуженог, односно колективног дела, а слично је код трајних кривичних дела, где противправно стање траје дуже.

У чл. 17. ст. 3. Кривичног законика одређено је место извршења кривичног дела за саучеснике: "Саучесник је кривично дело учинио и у месту у којем је предузео радњу саучесништва". Утврђивање места извршења врло је важно код просторног важења Кривичног законика, затим утврђивања месне надлежности суда, због правне квалификације дела, када је место извршења посебно обележје кривичног дела и др. Код продуженог и колективног кривичног дела, важно је место сваке радње и последице која улази у састав тих дела, а код трајног кривичног дела, важно је место радње и свако место трајања последице, док је код кажњивог неуспелог подстрекавања важно место радње подстрекавања. Код саучесништва, због акцесорности, важно је место радње и последице кривичног дела за које је саучесништво везано, кривична дела где је радња извршена на једном месту, а последица наступила на другом месту називају се дистанционим кривичним делима.

Кривични законик саизвршилаштво и саучесништво ставља под заједнички назив "саучесништво у кривичном делу", што има само законодавно – техничко значење из кога не треба закључити да је у питању једна јединствена форма учестовања у кривичном делу и очигледно је настојање законодавца да одредбе Кривичног законика које се односе на институт саучесништва учини јаснијим и доследнијим.

САИЗВРШИЛАШТВО
Чл. 23. КЗ

Кривично дело у највећем броју случајева врши само једно лице – извршилац кривичног дела. Међутим, нису ретки случајеви да је једно кривично дело извршено од стране више лица и ако сва та лица учествују у самом извршењу кривичног дела, реч је о саизвршилаштву. Саизвршилаштво постоји онда када два или више лица заједничком делатношћу изврше кривично дело. У овом случају извршилац кривичног дела није једно лице, већ више лица се јављају као саизвршиоци. По правилу сва лица се могу појавити као саизвршиоци. Изузетак постоји само код тзв. посебних кривичних дела, где се тражи одређено својство. Код ових кривичних дела лице које нема такво својство не може ни да буде извршилац кривичног дела, па самим тим ни саизвршилац, као што је случај код на пример службених кривичних дела и др.

Да би постојало саизвршилаштво потребно је да су испуњена два услова: први, је да су сва лица учестовала у радњи извршења кривичног дела, односно да су на неки други начин учествовала у извршењу кривичног дела. Када је испуњен овај услов, сви се учесници у том делу појављују као његови извршиоци, односно саизвршиоци и овај услов је услов објективне природе. У том случају нужно је да се друго лице не појављује као саучесник – подстрекач или помагач и у вези са овим намеће се проблем разграничења саизвршилаштва од саучесништва.

Други услов за постојање саизвршилаштва је да код свих саизвршилаца постоји свест о заједничкој сарадњи у извршењу једне делатности, другим речима свест о заједничком деловању више лица у извесној радњи, односно свест о сарадњи више лица. Ако нема ове свести о заједничкој сарадњи онда сваки учесник се јавља као извршилац, а не као саизвршилац. То значи, да сви учесници у извршењу једног дела треба да буду свесни да то дело остварују заједничком акцијом, односно сарадњом. Није потребно, међутим, да је ова свест постојала још од почетка. Тако, код случајног саизвршиоца, довољно је ако је он сазнао за сарадњу других у току своје делатности, па настави са овом. Свест о заједничкој сарадњи код саизвршилаштва, није виност, а још мање умишљај у кривично правном смислу. Свест о сарадњи је само свест о заједничкој акцији, а њихова виност треба да се састоји о одређеним психичким односима сваког саизвршиоца према последици кривичног дела. Из овог разлога код саизвршилаца могу постојати различите врсте виности. Дакле, овај услов је, као што се види, услов субјективне природе.

Да би могло да дође до примене одредбе из чл. 33. КЗ, суд мора тачно да утврди у чему се састоје радње извршења кривичног дела у односу на сваког учесника, односно да утврди у чему се састоји заједничко учествовање сваког учесника у извршењу кривичног дела. Уколико то не учини, наведена одредба се не може применити.

У вези с тим, у једној пресуди Врховног суда Србије заузет је став по коме:

- "Како првостепена пресуда нема по оцени овог суда, опис радње извршења кривичног дела за сваког саизвршиоца понаособ, иста је неразумљива, што представља битну повреду одредаба кривичног поступка из чл. 368. ст. 1. тач. 11. Законика о кривичном поступку (ЗКП)". Наиме, у конкретном случају два лица су оптужена да су као саизвшиоци извршили

кривично дело неовлашћена производња и стављање у промет опојне дроге из чл. 245. ст. 1. у вези чл. 22. КЗСРЈ, а у образложењу између осталог наведено: "По оцени овог суда, изрека првостепене пресуде је неразумљива, јер не садржи све оно што у смислу чл. 361. ст. 4. у вези чл. 356. ЗКП мора садржати пресуда којом се оптужени оглашавају кривим."

Наиме, у смислу поменутог законског прописа у пресуди којом се оптужени оглашава кривим, суд ће изрећи не само за које се дело оптужени оглашава кривим, већ мора назначити чињенице и околности које чине обележја кривичног дела, као и оне чињенице и околности од којих зависи примена одређене одредбе кривичног закона... По оцени овог суда, овако цитирана изрека је нејасна и неразумљива јер не садржи све што је предвиђено цитираним законским прописом, шта мора да садржи пресуда којом се оптужени оглашава кривим и следствено томе, ови подаци морају изреком пресуде бити обухваћени када је кривично дело учињено заједнички од више лица. У том случају и оптужница мора да садржи опис дела из ког произилазе законска обележја кривичног дела, као и остале околности потребне да се кривично дело што тачније одреди (чл. 266. ст. 1. тач. 2. ЗКП). Опис радњи кривичног дела за сваког саизвршиоца неопходан је и с обзиром на одредбу чл. 25. ст. 1. КЗСРЈ (сада 36. ст. 1. КЗ), јер по тој одредби, саизвршилац је кривично одговоран само у границама свог умишљаја или нехата". (Врховни суд Србије, решење Кж. И. 560/03 од 4. 12. 2003. године, а готово истоветан став је изражен и у решењу истог суда Кж. И. 982/81 од 3. 12. 1971. године).

Да би постојало саизвршилаштво, није потребно да сви учесници учествују у свим делатностима које су неопходне да би кривично дело било извршено, нити да сви учествују на исти начин у извршењу кривичног дела. Дакле, учесници у извршењу једног кривичног дела могу учествовати са различитим улогама, а да се ипак сматрају саизвршиоцима.

У судској пракси је усвојен став по коме на пример за појам саизвршилаштва код наношења тешке телесне повреде не мора да постоји иста јачина доприноса саизвршилаца у самој повреди, јер се као саизвршилаштво код таквог кривичног дела мора прихватити сваки активни допринос појединих саизвршилаца у наношењу телесних повреда оштећеном. Дакле, под саизвршилаштвом се може сматрати сваки активни допринос у извршењу кривичног дела и ово се може прихватити као тачно када је у питању већина кривичних дела у случајевима када су извршена од стране више лица.

Сваки саизвршилац одговара само за оно дело које је извршено у заједничкој сарадњи и он не одговара за оно што је учињено пре тога, за тзв. ексцес саизвршилаштва. Саизвршилац исто тако не одговара за дело које се не може приписати у његову виност. Међутим, постоји саизвршилаштво ако је извршено исто кривично дело само што се оно различито квалификује у односу на поједине саизвршиоце. Тако, могуће је да један саизвршилац одговара за обичну крађу, а други за тешку крађу, а ово може бити случај код оних кривичних дела која имају поред обичног облика још који квалификован или привилеговани облик. Такође, ако из заједничког кривичног дела произађе тежа последица, за тежу последицу одговара само онај саизвршилац коме се она може приписати у нехат, а у случају ако један саизвршилац у току извршења дела одустане од даље сарадње, може одговарати само за покушај, а ако постоје потребни услови може се узети да код њега постоји добровољни одустанак од покушаја. Међутим, ова околност се не узима у обзир другим саизвршиоцима, а ако више лица покушају извршење неког кривичног дела, па прекину његово извршење, сви ће одговарати као саизвршиоци за покушано кривично дело.

У теорији кривичног права, познат је и појам суксецивног саизвршилаштва. Наиме, да би постојало саизвршилаштво, није потребно да сва лица учествују у извршењу кривичног дела од самог његовог почетка, па до његовог потпуног извршења. Овај вид саизвршилаштва постоји онда када један учесник само наставља активност неког претходног учесника у извршењу кривичног дела, а у случају покушаја извршења неког кривичног дела од стране саизвршиоца, па неко од њих касније настави извршење тог кривичног дела, само он је извршилац свршеног кривичног дела, а ранији саизвршиоци одговарају само за покушај.

Такође, саизвршилаштво може постојати код кривичних дела нечињења, уколико постоји заједничка обавеза на чињење, а услов је да саизвршиоци овде такође знају да се врши заједничко уздржавање од обавезног чињења.

Свест о заједничкој сарадњи је субјективни елемент, односно услов за постојање саизвршилаштва. Тај елемент, односно услов, такође, мора да буде несумњиво утврђен од стране суда да би било речи о саизвршилаштву. За постојање саизвршилаштва се тражи да више лица учествује у радњи извршења, тако, да код њих постоји свест о заједничкој сарадњи на остварењу бића истог

кривичног дела, што даје основа за закључак да то дело хоће као заједничко, а самим тим и свако од њих као своје. Тек у том случају они могу бити кривично одговорни за укупну наступелу последицу проистеклу из таквог кривичног дела. Свест о заједничкој сарадњи обично подразумева постојање претходног договора на основу кога ће се кривично дело заједнички извршити. Међутим, за постојање заједничке свести о извршењу кривичног дела то није неопходно. Непостојање претходног договора о заједничком извршењу кривичног дела не искључује могућност постојања саизвршилаштва које се у основи остварује искључиво кроз чињеницу заједничког и свесног деловања свих извршилаца на остварењу бића конкретног кривичног дела.

Свест о заједничкој сарадњи може да се манифестује у различитим видовима и да постоји у различитим ситуацијама. Судска пракса је искристалисала став, тако да на пример учинилац који је заједно истовремено са другом особом, а у намери коришћења возила за вожњу, ушао у возило и одвезао се њиме, а знао је да то возило тој особи није поверено за вожњу, поступао је са свешћу и жељом да туђе возило употреби за вожњу и тиме као саизвршилац остварио битна обележја кривичног дела у питању. Из овога даље следи да није одлучно то што он лично није возио возило, односно у току вожње управљао истим.

Уколико не постоји свест о заједничкој сарадњи, учешће у извршењу једног кривичног дела се не може сматрати саизвршилаштвом. У таквом случају сваки од учесника у извршењу кривичног дела може да одговара само као извршилац. То је на пример случај када су радње саизвршилаца различите, а оне су опет заједнички проузроковале забрањену последицу, а оптужени не само да нису поступали по претходном договору, него нису били ни свесни да заједнички делују, као што је напред наведени пример, код кривичног дела из области угрожавања јавног саобраћаја.

По нашем мишљењу, судска пракса је на најбољи начин дефинисала појам саизвршилаштва у бројним одлукама од којих ћемо издвојити две као најкарактеристичније:

"Саизвршилаштво може постојати не само кад сваки од саизвршилаца предузима радњу извршења кривичног дела већ и онда када неки од саизвршилаца и не предузима непосредно радњу која по закону представља радњу извршења односног кривичног дела, већ приликом извршења кривичног дела предузима друге радње које омогућују и доприносе извр-

шењу тог дела. У том случају потребно је да постоји воља тих лица да кривично дело изврше заједнички, тј. да сваки од њих хоће дело као заједничко, па према томе и као своје, тако да предузете радње таквих саизвршилаца чине природну и логичну целину са радњама осталих саизвршилаца, који предузимају законом одређену радњу извршења кривичног дела. " (Врховни суд Југославије Кж. 32/65, збирка II страна 20) и,

"Улоге саизвршилаца могу бити различите и ограничене на врешење подељених активности које у својој укупности доприносе успешном остварењу дела". (Врховни суд Босне и Херцеговине, Кж. 572/56, коментар КЗСФРЈ, страна 128).

На крају нужно је рећи да нови Кривични законик питање саизвршилаштва прецизније одређује, јер прописује услове када постоји саизвршилаштво, а да се при томе није учествовало у радњи извршења кривичног дела. Одређено је да се кривично дело може учинити иако се радња кривичног дела не предузима непосредно, већ: "...остварујући заједничку одлуку другом радњом са умишљајем битно допринесу извршењу кривичног дела, свако од њих казниће се казном прописаном за то дело". То даље значи да се кривично дело може извршити од стране више лица – саизвршилаца и када неко од тих лица и другом радњом коју предузима са умишљајем битно доприноси извршењу кривичног дела, уз услов да се тиме ствара заједничка одлука да се учини кривично дело, па даље, очигледно је да ће судска пракса морати да да одговор шта је то битан допринос извршењу кривичног дела, јер је очигледно да се не ради о обичном доприносу, и дати одговор на питање разграничења саизвршилаштва и помагања.

ПОДСТРЕКАВАЊЕ
Чл. 34. КЗ

Подстрекавање представља умишљајно навођење неког лица на извршење одређеног кривичног дела и оно се састоји у стварању одлуке код неког лица да изврши одређено кривично дело. Следствено томе, нема подстрекавања ако је лице које се наводи, пре тога већ донело одлуку за извршење кривичног дела. Са гледишта узрочности подстрекавање није узрок већ услов последице. За постојање подстрекавања потребно је да је навођење управљено на стварање одлуке за извршење кривичног дела. Нема подстрекавања ако

се код неког лица ствара само одређено расположење из ког евентуално треба да се створи одлука за извршење кривичног дела.

Радња подстрекавања састоји се у навођењу којеа значи утицање на другог ради стварања одлуке за извршење кривичног дела. Законик не назначује конкретно делатности којима се може извршити навођење, па дакле, навођење у смислу подстрекавања може се извршити ма на који начин који је подобан да се код другог створи одлука за извршење кривичног дела. Тако, навођење може да се изврши изражавањем молбе или жеље једном лицу да изврши кривично дело, обичним наговарањем или саветовањем, давањем или обећавањем поклона, искоришћавањем положаја или посебног односа према лицу које се наводи, преваром, подстицањем овог на извршење кривичног дела опкладом итд. Навођење такође, може се извршити усмено и писмено, чак и мимиком, односно конклудентним радњама.

Навођење у смислу подстрекавања је активна радња, па се дакле она може извршити само чињењем. Ретки су случајеви подстрекавања извршеног нечињењем (негативно подстрекавање), које се састоји у неотклањању побуде или мотива за извршење кривичног дела, уколико постоји обавеза на овакво чињење. Даље, подстрекавање може бити непосредно и посредно. Непосредно је оно које се састоји у навођењу лица код кога треба да се створи одлука, а посредно подстрекавање се састоји у навођењу једног лица да наведе друго лице на извршење кривичног дела, па је то дакле навођење на навођење, или другим речима подстрекавање на подстрекавање. Такође, подстрекавање се може извршити и од стране више лица, у ком случају постоје саподстрекачи.

С обзиром на акцесорну природу саучесништва произилази да подстрекавање може постојати само онда ако је извршено или бар покушано кривично дело на које се подстрекавање односило и изузетак се само односи на тзв. "неуспело подстрекавање". Из лимитиране акцесорности произилази даље да подстрекавање постоји и онда ако није потпуно остварено биће кривичног дела, довољно је остварење објективних обележја кривичног дела – противправне казном угрожене радње.

Подстрекавање може да се изврши само са умишљајем и заиста је тешко замислити ситуацију у којој једно лице наводи друго на извршење одређеног кривичног дела, а да, при томе, поступа из нехата. Умишљај подстрекача треба да обухвата смо основна обележја кривичног дела, дакле, не и све

карактеристике кривичног дела на које се односи навођење. Умишљај подстрекача пре свега се састоји у свести да се навођењем ствара одлука за извршење кривичног дела, свест да ће навођење проузроковати одлуку за извршење конкретног кривичног дела. За постојање подстрекавања није нужно да је подстрекнути извршио кривично дело са умишљајем и подстрекач одговара и онда ако је подстрекнути кривично дело извршио из нехата.

У случају подстрекавања на више кривичних дела, или подстрекавања више лица, треба рећи да је могућ и идеални и реални стицај подстрекавања. Постоји идеални стицај подстрекавања ако неко једним навођењем, једном радњом, наведе једно лице на извршење више кривичних дела, или наведе више лица на извршење кривичног дела. Ово због акцесорне природе саучесништва, па према томе има толико подстрекавања колико проузроковања у смислу кривичног права, а даље је логично да постоји реални стицај ако се са више подстрекавања врши више радњи. Могући је стицај подстрекавања са другим облицима саучесништва, ако се са различитим облицима саучесништва учествује у извршењу више кривичних дела, али не постоји стицај подстрекавања са другим облицима саучесништва ако је реч о једном кривичном делу и у том случају саизвршилаштво конзумира подстрекавање, а подстрекавање конзумира помагање.

Као и многи други савремени законици и наш Кривични законик заступа теорију акцесорности саучесништва код постојања кривичног дела главног извршиоца из чега произилази да нема саучесништва, па тиме ни подстрекавања, ако не постоји бар покушај кривичног дела на које се подстрекавање односило. Међутим, од овог правила постоји изузетак и у нашем Законику чиме се делимично усваја теорија самосталне природе саучесништва, у том смислу што се само подстрекавање независно од постојања главног кривичног дела сматра као довољан основ за кривичну одговорност саучесника (чл. 34. ст. 2. КЗ).

Да би постојало неуспело подстрекавање нужно је да оно има сва обележја као и успело подстрекавање, дакле да су испуњени сви напред наведени услови и елементи, а ирелавантно је због чега подстрекнути није приступио извршењу дела. Оно што је основно је да се за неуспело подстрекавање кажњава само када се оно односило на тешка кривична дела и ту тежину законодавац је изразио кроз уподобљавање са кажњавањем за покушај.

Одредбе о подстрекавању су нешто прецизније од досадашњих одредби у том смислу што је у чл. 34. ст. 1. КЗ децидирано наведено како ће се под-

стрекач казнити: "Казном прописаном за то кривично дело", те је на овај начин отклоњена непрецизност која је до тада по нашем мишљењу, постојала у односу на то којом ће се казном казнити подстрекач за кривично дело јер је раније стајала формулација: "као да га је сам учинио" (чл. 23. ст. 1. ОКЗ).

На крају, нужно је рећи да подстрекавање је у одређеном броју случајева предвиђено као самостално кривично дело, тако да лице које предузима радњу подстрекавања одговара као извршилац. То се односи на пример на кривична дела служења непријатељској војсци – чл. 422. ст. 2., кривично дело организовање групе и подстицање на извршење геноцида и ратних злочина – чл. 375. КЗ, код кривичног дела геноцида чл. 370. КЗ. Стоји чињеница да код ових кривичних дела законодавац употребљава различите изразе и формулације, али из садржине истих очигледно је да се ради о навођењу тј. подстрекавању. Употребљавају се формулације "ко позива или подстиче, врбује грађане, наређивање...".

ПОМАГАЊЕ
Чл. 35. КЗ

Као и код подстрекавања Кривични законик је и у односу на помагање прецизнији у погледу одређења како ће се казнити помагач: "Казниће се казном прописаном за то кривично дело, или ублаженом казном".

Помагање је доприношење извршењу кривичног дела, односно омогућавање једном лицу да изврши кривично дело и то је делатност којом се омогућава другом да изврши кривично дело. Ова делатност може се састојати било у омогућавању извршења радње кривичног дела, било о стварању услова да извршилац предузетом радњом проузрокује последицу кривичног дела и са гледишта узрочности помагање, слично као и подстрекавање, није узрок већ услов последице. Као и код подстрекавања ако се при извршењу кривичног дела одређено помагање врши од више лица, онда постоје сапомагачи, а за постојање помагања није неопходно потребно да извршилац кривичног дела зна за делатност помагача, према томе још мање је потребан споразум или претходно нарочито договарање за извршење помагања. Услов за постојање помагања јесте да се делатност помагача не појављује као подстрекавање или извршење, односно саизвршење кривичног дела и од подстрекавања помагање се разликује по томе

што се врши кад је извршилац већ створио одлуку за извршење кривичног дела. Помагање у смислу кривичног права може постојати само ако је кривично дело у коме се помаже извршено или бар покушано.

Што се тиче врста помагања, с обзиром на радњу извршења помагање се може извршити чињењем, или нечињењем, затим се може извршити пре извршења радње кривичног дела, за време извршења радње кривичног дела. Помагање се не може извршити после извршења кривичног дела и тзв. касније помагање или подржавање није помагање у смислу саучесништва, већ самостално кривично дело.

За разлику од подстрекавања законодавац је у ставу 2. чл. 35. КЗ, а то је био случај и у ранијим кривичним законима, набројао најчешће и најупечатљивије примере помагања, тј. начина помагања који се могу поделити на: психичко помагање, физичко или материјално помагање и унапред обећана помоћ која представља специфични облик психичког помагања.

За кривичну одговорност и кажњивост помагача потребна су два услова: први је да је извршилац ушао у зону кажњавања тиме што је извршио или покушао да изврши кривично дело, а за неуспело помагање не предвиђа се кажњавање. Други услов је да је помагач поступао са умишљајем који се састоји из свести да пружа помоћ ради извршења одређеног кривичног дела. Довољан је евентуални умишљај и није потребно да помагач познаје индивидуалног учиниоца кривичног дела. Умишљај помагача састоји се у свести да помагањем доприноси извршењу кривичног дела од стране другог лица и потребна је свест о свим стварним околностима кривичног дела на које се помагање односи, а није потребна свест о противправности и предвиђености дела у закону. Из лимитиране акцепсорности произилази да помагање постоји и у случају када је извршилац остварио само објективна обележја кривичног дела.

Као и код подстрекавања и код помагања могућ је идеалан и реални стицај и као најлакши облик саучесништва помагање је конзумирано осталим облицима саучесништва. Што се тиче кажњавања помагач се кажњава у начелу, под истим условима као извршилац, увек када је извршено кривично дело или је реч о кажњивом покушају. Казна помагачу може бити и већа и мања од оне која је изречена извршиоцу зависно од примене олакшавајућих или отежавајућих околности, с тим што је нужно рећи да

је помагање и факултативни основ за блаже кажњавање и то једини облик саучесништва код кога Закон предвиђа могућност блажег кажњавања.

Чланом 36. Кривичног закона одређене су границе одговорности и кажњивости саучесника и оно што је нужно рећи је да због акцесорне природе саучесништва услов за одговорност саучесника јесте пре свега да је дело главног извршиоца кривично дело. Ако постоје основи искључења кривичног дела, то дело није кривично ни у односу на саучеснике.

Као што је напред речено у овој законској одредби се прави разлика код оговорности саизвршиоца и саучесника у ужем смислу. Саизвршилац одговара за дело учињено са умишљајем или нехатом, док подстрекач и помагач су кривично одговорни у границама свог умишљаја из чега произилази да они могу кривично одговарати само ако је подстрекавање односно помагање извршено само са умишљајем, али они одговарају за умишљајно подстрекавање и помагање и онда када је извршилац извршио кривично дело из нехата. Ако је извршилац учинио друго дело, а не оно на које се умишљај саучесника односио, саучесници не одговарају за то дело, сем уколико се умишљајно подстрекавање не појављује као неуспело подстрекавање. Такође, ако извршилац учини тежи облик кривичног дела саучесници ће одговарати само за лакши облик ако се умишљај овог односи само на овај лакши облик. Изузетно код кривичних дела квалификованих тежом последицом саучесници ће одговарати за ову тежу последицу ако се она може приписати њиховом нехату, а због акцесорне природе саучесништва ако је извршилац учинио лакше кривично дело од оног које је било обухваћено умишљајем саучесника, саучесник ће одговарати за ово лакше кривично дело.

Сагласно прихваћеној концепцији лимитиране акцепсорности у ставу 3. чл. 36. КЗ предвиђено је да је одговорност и кажњивост саучесника индивидуална, па саучесник одговара у границама своје кривице и кажњава се с обзиром на околности које су од значаја за одмеравање казне, а код њега се налазе, а у случају да саучесник нема лично својство које је обележје бића кривичног дела, што говори да је степен његове кривице нижи, па сагласно томе то треба да се одрази приликом одмеравања казне, која му се може ублажити у смислу чл. 36. ст. 4. КЗ.

Јанко Лазаревић,
судија Врховног суда Србије

УСЛОВНА ОСУДА

Кривичне санкције су: казне, мере упозорења, мере безбедности и васпитне мере. Мере упозорења у новом Кривичном законику прописане су у глави V а у мере упозорења спадају условна осуда и судска опомена. Дакле, условна осуда и судска опомена чине посебну врсту кривичних санкција. Сврха условне осуде и судске опомене јесте остваривање принципа да је казна а нарочито казна лишења слободе крајње средство, односно да не треба примењивати строже санкције све док се општа сврха кривичних санкција може постићи блажом врстом санкције. Ово се нарочито односи на лакша кривична дела где је и даље владајуће схватање да треба избегавати краткотрајне казне лишења слободе. Условна осуда је реална претња конкретно утврђеном казном која се под одређеним условима може реализовати. У случају извршења новог кривичног дела, она се једино узима у обзир као ранија осуђиваност што може представљати отежавајућу околност приликом одмеравања казне, за то ново кривично дело.

Условна осуда првобитно настала као замена за краткотрајне казне лишења слободе, након увођења у законодавство и праксу неких земаља показала је и низ других позитивних страна. У Србији је релативно рано била покренута акција за њено увођење, па је 1906. године био израђен пројекат Закона о условној осуди, али тај пројекат није био усвојен пре свега због опирања противника условне осуде. У Војводини, где је важило угарско право, условна осуда је уведена 1908. године, а у Краљевини Југославија уведена је тек након доношења јединственог Кривичног законика Краљевине Југославије 1929. године.

Данас постоје два типа условне осуде. Англосаксонски и континентални, али разлике између та два система нису толико изражене као у време њиховог настанка. Суштина оба система условне осуде је да она садржи претњу да ће се применити казна ако се осуђени не буде придржа-

вао одређених услова, с тим што континентални систем подразумева претњу извршењем изречене казне, док се код Аглосаксонског система не прети конкретном казном, већ се прети довршењем кривичног поступка у коме ће се тек одмерити и изрећи казна која ће се извршити.

Сврха условне осуде је да се према учиниоцу лакшег кривичног дела не примени казна кад се може очекивати да ће упозорење уз претњу казном довољно утицати на учиниоца да више не врши кривична дела.

Условном осудом суд учиниоцу кривичног дела утврђује казну и истовремено одређује да се она неће извршити ако осуђени за време које одреди суд, а које не може бити краће од једне нити дуже од пет година (време проверавања) не учини ново кривично дело. Суд може у условној осуди одредити да ће се казна извршити и ако осуђени у одређеном року не врати имовинску корист прибављену извршењем кривичног дела, не накнади штету коју је проузроковао кривичним делом или не испуни друге обавезе предвиђене у кривично-правним одредбама. Рок за испуњење тих обавеза утврђује суд у оквиру одређеног времена проверавања.

Условна осуда је у нашем кривичном праву најчешће коришћена кривична санкција, иако се у последњих неколико година запажа благи пад процента условне осуде у структури укупно правосудно осуђених лица, он је и даље веома висок и креће се око 50% од изречених санкција.

Битни елементи условне осуде као самосталне кривичне санкције у кривичном законику јесу утврђена казна и време проверавања. Изрицање и извршење утврђене казне се одлаже под условом да условно осуђени у току времена проверавања које суд одређује у оквиру законског распона од једне до пет година, не изврши ново кривично дело. Донекле је у пракси спорно да ли се време проверавања може утврђивати и у месецима, или само у пуним годинама. По мени нема никаквог основа за тумачење да то није могуће, те је исправан став да се време проверавања може утврђивати и у годинама и месецима. Тачно је да је у нашој судској пракси преовлађујуће мишљење и у суштини увек се изриче условна осуда тако што се време проверавања одређује у годинама али сматрам да је могуће примера ради ово време и одредити као 3 године и 6 месеци, 2 године и 10 месеци и тако даље.

Условном осудом се казна "утврђује" не само зато што је то нужна последица постављања условне осуде као самосталне кривичне санкције (изриче се условна осуда а не казна), већ је тај термин адекватнији и због

тога што се казна изриче у случају када је извесно да ће иста бити извршена. Код условне осуде казна се утврђује не са циљем извршења и представља претњу која се под одређеним условима може остварити.

Поред главне обавезе да не изврши ново кривично дело КЗ предвиђа могућност постављања и других обавеза условно осуђеном. Рок за испуњење тих обавеза утврђује суд у оквиру одређеног времена проверавања, то јест тај рок не може бити дужи од трајања утврђеног времена проверавања. Мере безбедности које се изричу уз условну осуду се извршавају и не постоји могућност условног одлагања њиховог извршења.

Услови за изрицање условне осуде прописани су у члану 66. Кривичног законика и условна осуда може се изрећи када је учиниоцу утврђена казна затвора у трајању до две године. За кривична дела за која се може изрећи казна затвора у трајању од 10 година или тежа казна не може се изрећи условна осуда. Условна осуда се не може изрећи ако није протекло више од 5 година од правноснажности осуде којом је учиниоцу изречена казна затвора за умишљајно кривично дело. При одлучивању да ли ће изрећи условну осуду суд ће, водећи рачуна о сврси условне осуде, посебно узети у обзир личност учиниоца, његов ранији живот, његово понашање после извршеног кривичног дела, степен кривице и друге околности под којима је дело учињено. Како је учиниоцу утврђена и казна затвора и новчана казна условна осуда може се изрећи само за казну затвора.

Заједно са условном осудом којом је утврђена казна затвора може се изрећи и новчана казна, као и казна одузимања возачке дозволе. Из сврхе условне осуде и казне рада у јавном интересу и њиховом положају у систему кривичних санкција произилазио би закључак да се те две санкције не би могле изрећи заједно за исто кривично дело.

Прописане су и околности о којима суд треба да води рачуна о томе којим учиниоцима је оправдано изрећи условну осуду, што значи да је суду остављена могућност да у сваком конкретном случају, водећи рачуна о тим општим критеријумима донесе о томе одлуку. Тако суд ће посебно узети у обзир личност учиниоца, његов ранији живот, његово понашање после извршеног кривичног дела, степен кривице и друге околности под којима је дело учињено. Везујући ту одредбу са сврхом условне осуде из члана 64., суд ће изрећи условну осуду онда када се може са основом очекивати да ће, с обзиром на личност учиниоца и друге околности, упозоре-

ње уз претњу казне довољно на њега утицати да више не врши кривична дела, те да због тога није нужно применити казну.

Опозивање условне осуде

Суд ће опозвати условну осуду, ако осуђени у време проверавања учини једно или више кривичних дела за које је изречена казна затвора од две године или у дужем трајању. Ако осуђени у време проверавања учини једно или више кривичних дела за које је изречена казна затвора мања од две године или новчана казна, суд ће, пошто оцени све околности које се односе на учињена кривична дела и учиниоца, а посебно сродност учињених кривичних дела, њихов значај и побуде из којих су учињена, одлучити да ли ће опозвати условну осуду. При томе суд је везан забраном изрицања условне осуде, ако учиниоцу за кривична дела утврђена у условној осуди и за нова кривична дела треба изрећи казну преко две године затвора. Ако опозове условну осуду, суд ће, применом одредаба члана 60. Кривичног законика, изрећи јединствену казну затвора и за раније учињено и за ново кривично дело, узимајући казну из опозване условне осуде као утврђену. Ако не опозове условну осуду, суд може за ново учињено кривично дело изрећи условну осуду или казну. Осуђеном, коме за ново кривично дело буде изречен затвор, време проведено на издржавању ове казне не рачуна се у време проверавања условном осудом за раније дело. Ако суд нађе да и за ново кривично дело треба изрећи условну осуду применом одредаба члана 60. овог законика, утврдиће јединствену казну и за раније учињено и за ново кривично дело и одредиће ново време проверавања које не може бити краће од једне ни дуже од пет година, рачунајући од дана правноснажности нове пресуде. Уколико осуђени у току новог времена проверавања поново учини кривично дело, суд ће опозвати условну осуду и изрећи казну затвора, према одредбама става 3. члана 67. Кривичног законика.

Суд ће опозвати условну осуду, ако после њеног изрицања утврди да је осуђени извршио кривично дело пре него што је условно осуђен и ако оцени да не би било основа за изрицање условне осуде да се знало за то дело. У том случају примениће одредбе члана 67. став 3. Кривичног законика. Ако суд не опозове условну осуду, примениће одредбе члана 67. став 4. Кривичног законика.

Ако је условном осудом осуђеном одређено испуњење неке обавезе из члана 65. став 2. Кривичног законика, а он не испуни ту обавезу у року одређеном у пресуди суд може, у оквиру времена проверавања продужити рок за ис-

пуњење обавезе или може опозвати условну осуду и изрећи казну која је утврђена у условној осуди. Ако утврди да осуђени, из оправданих разлога, не може да испуни постављену обавезу, суд ће га ослободити од испуњења те обавезе или је заменити другом одговарајућом обавезом предвиђеном законом.

Условна осуда може се опозвати у току времена проверавања. Ако осуђени у том времену учини кривично дело које повлачи опозивање условне осуде, а то је пресудом утврђено тек после истека времена проверавања, условна осуда може се опозвати најкасније у року од једне године од дана када је протекло време проверавања. Ако осуђени у одређеном року не испуни неку обавезу из члана 65. став 2. Кривичног законика суд може, најдоцније у року од једне године од дана када је протекло време проверавања одредити да се изврши утврђена казна у условној осуди.

Условна осуда и заштитни надзор

Суд може одредити да се учинилац коме је изречена условна осуда стави под заштитни надзор за одређено време у току времена проверавања. Заштитни надзор обухвата законом предвиђене мере помоћи, старања, надзора и заштите. Ако у току трајања заштитног надзора суд утврди да је испуњена сврха ове мере, може заштитни надзор укинути пре истека одређеног времена. Ако осуђени коме је изречен заштитни надзор не испуњава обавезе које му је суд одредио, суд га може опоменути или може раније обавезе заменити другим или продужити трајање заштитног надзора у оквиру времена проверавања или опозвати условну осуду.

Кад изрекне условну осуду суд може одредити да се учинилац стави под заштитни надзор, ако се, с обзиром на његову личност, ранији живот, држање после извршеног кривичног дела а нарочито његов однос према жртви кривичног дела и околности извршења дела, може очекивати да ће се заштитним надзором потпуније остварити сврха условне осуде. Заштитни надзор одређује суд у пресуди којом изриче условну осуду и одређује мере заштитног надзора, њихово трајање и начин њиховог испуњавања.

Заштитни надзор може обухватати једну или више обавеза:

1. јављање органу надлежном за извршење заштитног надзора у роковима које је тај орган одреди,

2. оспособљавање учиниоца за одређено занимање,

3. прихватање запослења које одговара способностима учиниоца,

4. испуњавање обавеза издржавања породице, чувања и васпитања деце и других породичних обавеза,

5. уздржавање од посећивања одређених места, локала или приредби, ако то може бити прилика или подстицај за поновно вршење кривичних дела,

6. благовремено обавештавање о промени места боравка, адресе или радног места,

7. уздржавање од употребе дроге или алкохолних пића,

8. лечење у одговарајућој здравственој установи,

9. посећивање одређених професионалних и других саветовалишта или установа и поступање по њиховим упутствима,

10. отклањање или ублажење штете причињене кривичним делом, нарочито измирење са жртвом учињеног кривичног дела.

Избор обавеза из члана 73. Кривичног закона и одређивања њиховог трајања, суд ће нарочито узети у обзир године живота учиниоца, његово здравствено стање, склоности и навике, побуде из којих је извршио кривично дело, држање после извршеног кривичног дела, ранији живот, личне и породичне прилике, услове за испуњење наложених обавеза, као и друге околности које се односе на личност учиниоца, а од значаја су за избор мера заштитног надзора и њихово трајање.

Време трајања мера заштитног надзора одређује се у оквиру рока проверавања утврђеног у условној осуди. Заштитни надзор престаје опозивањем условне осуде. У току трајања заштитног надзора суд може с обзиром на остварене резултате поједине обавезе укинути или заменити другим. Ако у току трајања заштитног надзора суд утврди да је испуњена сврха ове мере може заштитни надзор укинути пре истека одређеног времена.

Ако осуђени коме је изречен заштитни надзор не испуњава обавезе које му је суд одредио, суд га може опоменути или може раније обвезе заменити другим или продужити трајање заштитног надзора у оквиру времена проверавања или опозвати условну осуду.

Условна осуда са заштитним надзором иако је била прописана и у ранијем кривичном законодавству није заживела па је ово сада можда прилика да се условна осуда са заштитним надзором у пракси почне што чешће изрицати.

Слободан Газивода,
судија Врховног суда Србије

ИЗМЕНЕ И ДОПУНЕ ЗАКОНА О МАЛОЛЕТНИЦИМА

Када смо у октобру 2005. године на саветовању у Врњачкој Бањи разматрали Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица (у даљем тексту – ЗМ), пре његовог ступања на снагу 1. јануара 2006. године, једногласно смо подржали тај закон. Пре њега прописи о кривичноправном положају малолетника код нас, за разлику од доста других земаља, нису били издвојени у посебну целину, већ су били уграђени у делове одговарајућих закона материјалног, процесног и извршног карактера, што је у многоме отежавало примену тих законских одредаба.

Уз похвале да је ЗМ великим делом унео потпуно нове поставке у односу на ранија важећа законска решења, чему је допринела чињеница да су у тај закон уграђена скоро сва међународним актима прописана права малолетника, већ тада смо указали да нека нова решења из тог закона тешко могу наћи своју примену у пракси, али да ваља сачекати један временски период који ће то потврдити или демантовати.

Сада, протеком непуне две године од ступања на снагу ЗМ, у прилици смо и да на овоме месту укажемо на оне одредбе тога закона које, по нама, не могу опстати и у односу на које одредбе се морају изнаћи права решења.

То чинимо истовремено са упознавањем, анализирањем и давањем нашег мишљења о радној верзији – Нацрту Закона о изменама и допунама Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица (у даљем тексту – Нацрт закона).

Нацрт закона представља нама познату последњу радну верзију закона сачињену од стране радне групе оформљене од Секретаријата за спровођење стратегије реформе правосуђа. Нацрт закона садржи 55 чланова и требало је да ступи на снагу 1. јуна 2007. године, истовремено са новим Закоником о кривичном поступку (ЗКП), чија је примена одложена на дуже време.

У овоме реферату упознаћемо се са само неким од предложених измена и допуна, без потребе да се сада упознајемо и са другим, мање важним, а које измене и допуне се односе на пренумерације чланова или ставова везано за одредбе ЗКП, или су друге терминолошке или техничке природе. Презентирањем битних измена и допуна ЗМ у смислу Нацрта закона, у прилици смо да дамо наше мишљење, поређењем постојећих законских одредаба са тим изменама и допунама, а то ћемо учинити редоследом чланова ЗМ, у циљу лакшег праћења и сагледавања.

Тако, према члану 27. ЗМ, подаци о изреченим васпитним мерама могу се дати само суду, јавном тужилаштву и органима старатељства. Међутим, Нацрт закона предвиђа нови став тога члана по коме се ти подаци могу дати и полицајцу за малолетнике, на његов захтев. Оваква формулација је по нама нејасна, неразумљива и не одговара смислу давања података о извршеним васпитним мерама. Најпре, нејасне су речи "могу се дати". Није одређено ни у коју сврху се дају ти подаци, а нема ни одредаба које би упутиле на евентуалну примену одредаба члана 102. КЗ. То значи да су и постојеће одредбе члана 27. ЗМ нејасне и неразумљиве, па тако и предложена додатна одредба.

Битна измена постојећег законског решења односи се на члан 29. ЗМ, јер је Нацртом закона предвиђено да малолетнички затвор не може бити краћи од шест месец (као сада) али ни дужи од осам година (сада је пет година). Такође, према сада важећим одредбама, за кривично дело за које је према постојећем решењу прописана казна затвора двадесет година или тежа казна, малолетнички затвор може се изрећи у трајању до десет година, а Нацрт закона предвиђа изрицање казне малолетничког затвора у трајању до десет година ако је за извршено дело прописан затвор петнаест година или тежа казна. Дакле, несумњиво се ради о пооштравању казни. Очигледно да су бројни разлози различите природе (првенствено учесталост најтежих кривичних дела почињених од стране малолетника и сврха

изрицања казне малолетничког затвора, а сигурно и други разлози) указали на неодрживост постојећих одредаба којима се регулишу услови за изрицање најстрожије кривичне санкције против малолетника. Да ли је понуђено решење адекватно и да ли може бити трајно решење, остаје да се процени.

Кад је у питању извршење казне малолетничког затвора, према члану 33. тачка 3. ЗМ, та казна се не може извршити ако је протекло три године од осуде на малолетнички затвор до три године, а према Нацрту закона ако је протекло преко једне године. При том, Нацртом закона предвиђена је нова одредба да то буде две године у односу на малолетнички затвор до једне године. Наш став је да су понуђена решења добра.

У погледу евиденције о изреченим васпитним мерама и казни малолетничког затвора из члана 37. ЗМ, Нацрт закона предвиђа увођење новог става по коме јединствену евиденцију о свим кривичним санкцијама води Министарство надлежно за послове правосуђа, коју одредбу не желимо коментарисати.

Раније је више пута указивано на непрецизност, нејасноће и недоумице у примени одредаба члана 40. став 3. ЗМ. Наиме, према тим одредбама суд је у могућности да малолетнику уместо казне малолетничког затвора изрекне затвор или условну осуду. При том, законом није било регулисано питање каква су у том случају овлашћења суда у погледу граница ублажавања казне односно услова за изрицање условне осуде, прецизније, да ли је у таквим ситуацијама суд везан одредбама члана 57. и члана 66. Кривичног законика.

Врховни суд Србије је у својим одлукама заузео и објавио став да се одредбе из члана 40. став 3. ЗМ имају тумачити у контексту суштинских разлога за њихово доношење. Таквим тумачењем заузели смо став да се те одредбе морају тумачити искључиво у корист малолетног учиниоца кривичног дела. Ово стога што не би имало никаквог смисла да се малолетни извршилац кривичног дела после навршене 21 године нађе у неповољнијем положају у време пресуђења од оног положаја који би имао да је одлука према њему била донета пре тога. Нацрт закона не даје одговор у односу на границе ублажавања казне у смислу члана 57. КЗ, већ нуди решење само у односу на условну осуду по коме приликом изрицања условне осуде суд није везан ограничењима из члана 66. став 1. и 2. КЗ,

што значи да истакнута дилема у односу на ублажавање казне, прихватањем понуђеног решења, не би била у потпуности отклоњена.

У погледу надлежности за вођење кривичног поступка према малолетницима, поред постојећих ставова у члану 42. ЗМ, Нацрт закона предвиђа да о жалбама против решења судије за малолетнике првостепеног суда одлучује ванрасправно веће. Нуди се решење по коме то веће мора бити састављено од тројице судија тога суда, од којих је најмање један судија који поседује посебна знања из области права детета и преступништва младих. Наше је мишљење да би најмање двоје судија, а не један, морали имати ово својство када се доносе одлуке у ванпретресном већу, што по нама не тражи давање ближих разлога.

Сигурно највеће потешкоће у примени одредаба ЗМ представља строга одредба члана 49. по којој малолетник мора имати браниоца, адвоката, који је стекао посебна знања из области права детета и преступништва младих, при чему верификацију таквих права ЗМ условљава одговарајућим сертификатом Правосудног центра за обуку и стручно усавршавање. Дакле, родитељу, стараоцу и малолетнику, према постојећем законском решењу, није дато право да према сопственом нахођењу изаберу браниоца из реда адвоката, иако им то право припада и доследном применом члана 6. тачка 3ц. Европске конвенције о људским правима. Неодрживост постојеће законске одредбе сигурно је утицала на то да се траже адекватна решења везано за ове одредбе. Према Нацрту закона, ако изабрани бранилац по оцени судије за малолетнике не обавља своју дужност у најбољем интересу малолетника, судија за малолетнике обавештава о томе родитеља, усвојиоца или стараоца. Такође, ако сам малолетник или лица из члана 67. став 2. ЗКП не узму браниоца, њега ће по службеној дужности поставити судија за малолетнике. Само у том случају бранилац малолетника мора бити адвокат који је стекао посебна знања у смислу горе изнетог. Налазимо да овакво решење може бити прихваћено, али остаје актуелан проблем како поступати до ступања на снагу Закона о изменама и допунама ЗМ, коме тек предстоји сложена скупштинска процедура.

Важно је указати да, када се спроводи јединствени поступак за малолетника и пунолетне учиниоце, у погледу малолетника, према Нацрту закона, поред одредаба наведених у члану 51. став 3. ЗМ, имају се применити и одредбе које се односе на притвор, то јест и одредбе из члана 67. ЗМ.

Нацртом закона мења се члан 60. ЗМ, тако да би његовим усвајањем поменути члан гласио: Када прикупља обавештења од малолетника, или када малолетника саслушава полицајац за малолетнике, чини то у присуству родитеља, усвојиоца, односно стараоца малолетника. Полицајцем за малолетнике се сматра овлашћено службено лице полиције које је стекло посебна знања из области права детета, преступништва малолетника и кривичноправне заштите малолетних лица. Изузетно, полицајац за малолетнике саслушава малолетника и без присуства горе наведених лица, уз обавезно присуство представника органа старатељства или представника установе за смештај малолетника ако су горе наведена лица спречена да присуствују, односно ако је то у интересу малолетника.

Поред овлашћења која јавни тужилац за малолетнике сада има у смислу члана 62. ЗМ, Нацртом закона је предвиђено уношење новог става који гласи: На образложену молбу малолетника, његових родитеља, усвојиоца или стараоца, на предлог браниоца малолетника, надлежног органа старатељства, односно уколико сам оцени да су испуњени услови из овог закона, јавни тужилац за малолетнике позваће малолетника и његове родитеље, усвојиоца или стараоца на посебно рочиште ради испитивања могућности да према малолетнику буде примењен васпитни налог из члана 7. тачка 1. до 3. овог закона, а о заказаном рочишту се обвештава и њему може присуствовати бранилац малолетника и представник органа старатељства, као и оштећени и његов пуномоћник ако је у питању васпитни налог из члана 7. тачка 1. овог закона. Уноси се и додатна реченица која гласи: споразум о поравнању између малолетника и оштећеног, ако се оштећени, малолетник и његови родитељи, усвојилац или старалац сагласе са предлогом јавног тужиоца за малолетнике, може бити закључен и на посебном рочишту из става 2. овог члана. Дакле, јавни тужилац за малолетнике би усвајањем оваквих решења имао још већа овлашћења у погледу вођења поступка, уз присуство странака и других, а све то без присуства па чак и сазнања судије за малолетнике. Сматрамо да овавко решење није потребно ни сврсисходно и да оно само привидно води бржем и ефикаснијем поступку.

Нацрт закона предвиђа да се доношење одлука по појединим питањима преноси са непосредно вишег суда на првостепени суд. Тако, према понуђеним изменама у односу на члан 57. став 3. ЗМ исти суд ће одлучи-

ти о захтеву оштећеног поводом његове одбачене кривичне пријаве; у припремном поступку јавни тужилац за малолетнике, ако се судија за малолетнике сходно члану 63. став 1. ЗМ не сложи са његовим захтевом за покретање припремног поступка, тражиће да о томе одлучи веће за малолетнике тога суда; а ако се у смислу члана 70. став 2. ЗМ судија за малолетнике не сложи са предлогом јавног тужиоца за малолетнике, о томе би одлуку затражио од истог а не као сада од вишег суда. Овакав предлог оцењујемо правилним, налазећи да ће се у свим таквим ситуацијама поступак максимално убрзати, све и првенствено у интересу малолетника у доносу на кога је поступак и покренут.

У односу на одредбе о притвору из члана 67. ЗМ, Нацрт закона изоставља став 8. који упућује на примену одредаба члана 146. ЗКП и предвиђа одредбу по којој, ако првостепена одлука којом је изречена васпитна мера упућивања у васпитно - поправни дом односно казна малолетничког затвора буде укинута, да онда у поновљеном поступку притвор према малолетнику може трајати најдуже до шест месеци од дана укидања прве побијане одлуке. Такво решење сматрамо у свему прихватљивим. Међутим, остају дилеме како поступати у постојећим околностима и неизвесности тренутка усвајања Закона са таквим решењем. При постојећим законским одредбама, применом става 8. члана 67. ЗМ имају се применити одредбе члана 146. ЗКП, а пошто више нема ограничења у погледу трајања притвора, то доследна примена става 8. члана 67. ЗКП доводи до још веће конфузије и представља директну супротност чињеници да је притвор најстрожија мера обезбеђења присуства пред судом и да трајање притвора мора бити сведено на најкраће време, посебно у односу на малолетника против кога се притвор може само изузетно одредити.

У одредбама ЗМ које се односе на примену васпитних мера, Нацртом закона је предвиђен поступак за примену васпитних налога, а предлогом закона уведени су бројни нови чланови одговарајућих одредаба, потпуно опширни, по нама недовољно јасни и непотребни, са којима се сада нећемо упознавати.

У одељку који се односи на извршење васпитних мера, уместо постојећих одредаба из члана 104. ЗМ предлажу се потпуно друга решења и уводе обавезе органа старатељства према првостепеном суду, везано за обавештавање суда о резултатима извршења васпитних мера и разлозима

који отежавају њено извршење, али и одредбе о праву родитеља, усвојиоца или стараоца малолетника да, независно од поменуте обавезе органа старатељства, могу и они да обавештавају суд о резултатима извршења васпитне мере. По нама, означено право родитеља, усвојиоца или стараоца малолетника не мора бити законом предвиђено, јер би сигурно и без тога њиховим обраћањем суду, уз указивање на туђе пропусте у реализацији васпитне мере, довело до провере и адекватног реаговања судије за малолетнике, сходно његовим овлашћењима из члана 99. ЗМ.

У Делу трећем ЗМ, који прописује посебне одредбе о заштити малолетних лица као оштећених у кривичном поступку, Нацрт закона предвиђа нову одредбу по којој, када је већем у поступку за кривична дела наведена у члану 150. ЗМ председавао судија који не испуњава тражене услове, као и када је доказне радње из става 2. поменутог члана спроводио истражни судија који не испуњава исте услове, да таква повреда не чини битну повреду одредаба ЗКП. По нама, ово питање се могло решити и на други начин. Понуђено решење закон чини оптерећенијим, при чему се на овај начин указује само на једну процесну радњу, а не говори да ли и у неким другим процесним радњама стоје битне повреде ЗКП, дакле овакве предлоге оцењујемо сувишним.

Предлог преуређења члана 151. ЗМ о вођењу поступка против окривљених за кривична дела наведена у члану 150. тога закона уз задржавање само става 2., то јест увођење одредбе по којој јавни тужилац за поменута дела спроводи истрагу, а истражни судија само поједине истражне радње у претходној фази у складу са одговарајућим одредбама ЗКП, не можемо оценити ваљаним, посебно у новонасталим околностима када је на дуже време одложен почетак примене новог ЗКП, а то значи и преузимање бројних других радњи из надлежности суда у надлежност тужилаштва.

Нацрт Закона предлаже другачије решење од постојећег и у односу на члан 154. ЗМ који се односи на малолетно оштећено лице и његовог пуномоћника. Према сада важећој одредби, то лице мора имати пуномоћника од првог саслушања окривљеног. Шта значи то "мора имати"? Да ли то подразумева и обавезно учешће пуномоћника у свим или само неким наредним процесним радњама према окривљеном? Како ће, ако таквим радњама не присуствује пуномоћник, бити заштићени интереси малолетног оштећеног, посебно код кривичних дела наведених у члану 150. ЗМ.

Нацрт закона нуди ново решење, а оно је по нама још неповољније по интересе малолетног оштећеног. Ово стога што према Нацрту закона малолетни оштећени не мора да има пуномоћника, већ се то предвиђа као могућност и то "ако је то потребно ради остваривања сврхе кривичног поступка и у циљу заштите личности малолетног оштећеног". Такве измене, по нама, одступају од интенције законодавца да увођењем први пут у малолетничко законодавство потпуно нових одредаба о кривичноправној заштити малолетних оштећених та заштита и суштински буде обезбеђена.

Постојеће казнене одредбе из члана 158. ЗМ већ смо раније оценили неприхватљивим, налазећи најпре да оне у пракси тешко могу бити примењене и доследно реализоване, све то кроз један поступак који би захтевао посебну сложеност и процедуру, дакле водила би се истовремено два поступка, један против малолетника, а други против лица из члана 158. ЗМ, што по нама може да изазове само супротни ефекат од оног којим се тежи, то јест настојањем за бржу и ефикаснију реализацију изречене васпитне мере. Обзиром на овакав наш став, којим је сада постојежим одредбама превиђено кажњавање родитеља, усвојиоца или стараоца, али и прекршајно кажњавања управника завода или установе, сматрамо да не би требало да буде прихваћен предлог из Нацрта закона по коме се за прекршај могу казнити и "одговорна лица у органу старатељства". То би само по себи захтевало претходне одговоре на бројна питања, првенствено одговоре на питања ко, када и у којим својим радњама стиче својство "одговорног лица", из чега то произилази, као и др. Искуство нам казује да су лица која се у органима старатељства баве тако деликатним радним задацима увек били на висини својих пре свега моралних а потом и професионалних обавеза, па би се и у односу на њихове евентуалне пропусте могло и на други начин поступати адекватно, без уграђивања њихове одговорности и санкционисања у смислу предложеног Нацртом закона.

Указаћемо у овоме излагању још само на једну одредбу ЗМ која по нама није одржива, а која не би била одржива и прихватањем формулације понуђене Нацртом закона. Наиме, чланом 160. ЗМ предвиђено је да ће се казна малолетничког затвора изречена до дана ступања на снагу ЗМ у дужем трајању него што би се могла изрећи по одредбама члана 29. ЗМ, изрећи према одредбама ЗМ. Дакле, суштина ове одредбе је у томе да се има у виду оно што је најповољније по малолетног извршиоца. Прва дилема у вези ових одредаба одно-

си се на поступак за изрицање казне применом постојеће законске одредбе. Поред тога мора се заузети став да ли се ове одредбе примењују по службеној дужности или по предлогу односно на захтев малолетника, његовог родитеља и браниоца. По нама тај поступак би се морао спровести ex officio, дакле по службеној дужности, са највећом хитношћу, чиме би се избегле ситуације да малолетник издржи казну малолетничког затвора у дужем трајању од казне која би му била изречена коришћењем те законске погодности. Овде се појављује још једна дилема, да ли ће применом поменуте законске одредбе малолетнику бити изречена законом максимално предвиђена казна у смислу члана 29. ЗМ, или суд при изрицању казне применом члана 160. ЗМ треба да има у виду висину раније изречене казне малолетнику, у распону између минималне и максималне казне изречене правноснажном пресудом до дана ступања на снагу тог закона. И још нешто, остаје неодређено, а по нама битно, да ли се затвор изречен малолетном извршиоцу кривичног дела у смислу члана 40. став 3. ЗМ (раније члан 81. став 4. КЗ) може "изједначити" са казном малолетничког затвора, односно да ли се према малолетном извршиоцу кривичног дела коме је уместо казне малолетничког затвора изречен затвор могу применити одредбе из члана 160. ЗМ. Налазимо да и у разматрању овог питања морамо поћи од тога да се малолетни извршилац и у оваквим ситуацијама не може наћи у неповољнијој ситуацији, а у смислу претходно изложеног. Одговор на ове дилеме и питања не даје Нацрт закона, јер одредбе члана 160. ЗМ по њему треба да гласе: Правноснажна пресуда којом је изречена казна малолетничког затвора до дана ступања на снагу овога закона, а која је дужа него што би се могла изрећи по одредбама члана 29. овога закона, преиначује се сходном применом одредаба члана 424. ЗКП. Дакле, ова и оваква одредба остаје да сачека неко будуће време и почетак примене новог ЗКП.

На другима је да ова наша размишљања и критичке оцене које се односе како на постојећи ЗМ тако и на Нацрт закона, у околностима сагледаних нужних измена и допуна, узму у обзир да би се постојећи закон кориговао складним и суштинским изменама и допунама и то довело и до његове техничке савршености и што хитније примене таквог закона, дакле не чекајући почетак примене новог ЗКП, нити се руководити неким другим околностима. Све друго би по нама било супротно крају приведеној обавези да се дође до једног модерног проевропског закона, који ће у потпуности оправдати сврху његовог постојања.

Миодраг Вићентијевић,
судија Врховног суда Србије

УБИСТВО ВИШЕ ЛИЦА

Уводне напомене

Да напишем овај рад, на мене су утицали, не само познати проблеми у пракси око примене овог облика тешког убиства, већ и једна занимљива одлука једног нашег окружног суда, где је кривични поступак још у току, јер је првостепена пресуда делимично укинута од стране Врховног суда Србије.

У члану 114. Кривичног законика који је ступио на снагу 1. јануара 2006. године прописани су тежи – квалификаторни облици убиства, који имају више облика – девет и које Кривични законик назива тешким убиствима, јер поред обележја која су заједничка за свако убиство, а то је противправно лишење живота другог лица, као допунски елемент мора постојати и нека посебна квалификаторна околност, која то кривично дело чини тежим и друштвено опаснијим од обичног убиства. То су начин извршења, мотив и својство пасивног субјекта.

Специфичне природе су квалификаторне околности код дела из тачке 9. овог члана и оне се не могу подвести под једну од претходних група. Овде је предвиђен као допунски елемент за тешко убиство, број лица лишених живота.

Запрећена казна за тешка убиства из члана 114. Кривичног законика и то за све облике почев од тачке 1. до 9. је затвор у трајању од најмање 10 година или затвор од 30 до 40 година.

Наш Кривични законик као тешко убиство предвиђа у члану 114. тачка 9. и умишљајно лишење живота више лица, под условом да се не ради о убиству на мах, убиству детета при порођају или убиству из самилости.

Под појмом "убиство више лица" подразумевају се најмање два или више убистава.

Ово је уствари специфична конструкција тешког убиства, где се извршење два или више умишљајних убистава у стицају квалификује као једно тешко убиство.

Из овог кривичног дела изузета су три горе наведена привилегована облика убиства, која спадају у врсту тзв. лаких убистава.

У конструкцију овог облика тешког убиства улазе сви облици умишљајног лишења живота другог лица, без обзира којим одредбама овог или другог закона су предвиђена, нпр. може се радити и о кривичном делу из члана 310. Кривичног законика, убиству највиших представника државне заједнице и држава чланица.

За свршено кривично дело важно је да су умишљајно лишени живота два или више лица. Сматра се да није од значаја да ли је ова последица остварена једном делатношћу (идеални стицај) или са више одвојених радњи (реални стицај). Ако је у питању реални стицај, учинилац не треба да је осуђиван за раније убиство.

Примена овог облика тешког убиства, није потребна, уколико је остварен неки други облик тешког убиства, јер и без ове одредбе је омогућено изрицање теже казне окривљеном, него за обично убиство.

Ако се ради о убиству учињеном у прекорачењу нужне одбране или крајње нужде, примена ове квалификаторне околности, иако би била могућа, не би била оправдана.

Практично потреба за применом овог облика тешког убиства постоји онда када су учињена два или више обичних убистава.

Може се радити о свршеном или покушаном убиству. Ако је окривљени извршио једно умишљајно убиство а друго само покушао, тада се може радити о покушају овог облика тешког убиства, ако је умишљај окривљеног био управљен на лишење живота више лица.

Покушај овог облика тешког убиства ће постојати и у случају када је са умишљајем започео извршење два или више убистава, али ни једно није довршено.

Није неопходно да је окривљени код свих извршених убистава имао својство извршиоца, он мора бити само субјект (извршилац или саизвршилац, подстрекач или помагач) код умишљајног лишења живота више лица. Могуће су разне комбинације: да окривљени код свих убистава буде извршилац или саизвршилац, да у једном убиству буде извршилац а у другом подстрекач или помагач или да код свих убистава буде подстрекач или помагач.

РАНИЈА РЕШЕЊА У КРИВИЧНОМ ЗАКОНУ

Док је раније у нашој пракси и теорији углавном до 1994. године постојала дилема да ли је реч о посебном, квалификованом облику тешког убиства или само о казненој одредби, судска пракса је сматрала да се радило о казненој одредби, која представља изузетак у односу на одредбе о одмеравању казне за стицај кривичних дела и поврат.

То је био и разлог зашто је Уставни суд Југославије 1990. године утврдио да одредбе ранијег Кривичног закона Србије, које су предвиђале да ће се како за стицај убиства тако и за специјални поврат окривљених казнити казном као за тешко убиство, нису у сагласности са Савезним уставом и са КЗ СФРЈ.

Кривични закон СР Србије из 1977. године, који је ступио на снагу 1. јуна 1977. године, регулисао је ово питање одредбом члана 47. став 3, која је гласила: "Казном из става 2. (затвором од најмање 10 година или смртном казном, казниће се) овог члана казниће се и ко је учинио са умишљајем више убистава, осим оних која су предвиђена у члану 48. (убиство на мах) и 50 (убиство детета при порођају) овог закона и то без обзира да ли му се за сва убиства суди применом одредаба у стицају или за нека убиства је раније осуђиван."

Дилему о правном карактеру – одредбе става 3, судска пракса је разрешила закључком донетим на састанку врховних судова одржаних у Београду 1968. године.

Том приликом је констатовано да је одредба члана 135. став 3. Кривичног законика који је ступио на снагу 1. јула 1951. године и која је гласила "Истом казном казниће се и ко је учинио са умишљајем више убистава осим оних која су предвиђена у члану 136. и 138. овог законика и то

без обзира да ли му се за сва убиства суди применом одредаба о стицају или је за неко убиство био раније осуђиван и која је иначе идентична са одредбом става 3. члана 47. КЗ РС, представила казнену одредбу, а не посебан квалификовани облик убиства тзв. вишеструко убиство.

Суштина је била у томе да за лишење живота више лица нису утврђиване појединачне казне, применом одредаба за одмеравање казне за кривична дела у стицају, већ се изрицала једна казна.

То становиште изражено је у више одлука врховних судова и по њима, изрека пресуде, када суд оглашава кривим учиниоца више умишљајних убистава извршених у стицају, изузимајући привилегована или лакша убиства, треба да садржи чињенични опис сваког од извршених кривичних дела убиства, уз назначење чињеница и околности од којих зависи примена одређених одредби кривичног закона (покушај, прекорачење граница нужне одбране, добровољни одустанак, подстрекавање, помагање и друго) као и законски назив сваког од тих убистава, али за сва ова убиства без утврђивања појединачних казни, учиниоцу се изриче једна казна на основу одредбе члана 47. став 3.

Када се окривљени налази у специјалном поврату (раније осуђиван за умишљајно убиство), тј. ако му се суди за убиство извршено са умишљајем, изузимајући привилегована убиства, а за таква убиства је већ раније био осуђен, суд треба да у изреци пресуде поред чињеница и околности које се односе на ново дело и назначење правне квалификације тог дела, означи ранију пресуду и правну квалификацију дела за коју је оптужени раније правоснажно осуђен, а затим да за ново дело изрекне окривљеном казну на основу одредби члана 47. став 3.

Становиште Врховног суда Југославије је било да је став 3. члана 135. Кривичног законика – казнена одредба, те да у њој није садржан посебан облик квалификаторног дела убиства због два одлучујућа разлога: прво да је у ставу 3. члана 135. Кривичног законика из посебних потреба и разлога, разрађена одредба члана 40а КЗ, која се односи на специјални поврат, те да она не може бити довољно ефикасна за учиниоце више убистава и да се таквим окривљенима не би могла увек да изрекне одговарајућа казна и друго, да се исти пропис не може сматрати "квалификаторним" јер не даје законски опис кривичног дела.

Проблем је био и у покушају убиства више лица, у теорији а и по ставу Врховног суда Југославије само свршена кривична дела би се расправљала по наведеној одредби.

Наиме сматрало се нелогичним, расправљати једно свршено кривично дело убиства и покушај убиства, као покушај кривичног дела.

Међутим било је касније и другачијих мишљења како у теорији тако и у судској пракси, тако да је до примене одредбе става 3. долазило не само када је убиство извршено већ и када је покушано, а тако исто и у случајевима добровољног одустанка од убиства, убиства извршеног у прекорачењу граница нужне одбране или крајње нужде и др.

По одредби става 3. кажњавали су се и подстрекач и помагач, дакле саучесници у убиствима са умишљајем, осим убистава одређених у члану 48. и 50. овог Закона. Према томе по ставу 3. кажњавало се лице:

а) ако је два или више убистава са умишљајем извршило само или као саизвршилац;

б) ако је нека убиства извршило само или као саизвршилац, а у неким убиствима учествовало као подстрекач или као помагач;

в) ако је у два или више убистава са умишљајем учествовало као подстрекач или помагач.

За примену одредаба става 3. на основу специјалног поврата (ранија осуђиваност за убиство) није од значаја да ли је осуђени делимично или у целини издржао казну на коју је осуђен, јер је битно да је учинилац раније осуђен за умишљајно убиство правоснажном пресудом. Исто тако, није од важности за примену одредбе става 3. колико је времена протекло од раније осуде.

Одредба члана 47. став 3. КЗ СР Србије је у међувремену замењена новом одредбом члана 47. став 2. тачка 8. и 9. КЗ С ("Сл. гласник СРС" број 6/89 од 25. 02. 1989. године у члану 47. став 2. после тачке 7, додају се нове тачке 8. и 9, а став 3. се брише.

Том приликом је оспорена одредба из члана 47. став 3, пренета у став 2. истог члана и то као две посебне тачке – 8. и 9. Одредбом тачке 8. прописано је да ће се казном затвора од најмање 10 година или смртном казном казнити ко са умишљајем лиши живота више лица, а одредба тач-

ке 9. да ће се таквом казном казнити и ко са умишљајем лиши живота друго лице, а раније је био осуђен за убиство са умишљајем, с тим што су у оба случаја изузета убиства на мах (члан 48) и убиство детета при порођају из члана 50. КЗ СРС.

Уставни суд Југославије је утврдио да су и ове одредбе несагласне са Уставом СФРЈ и то чланом 281. став 1. тачка 12. и у супротности са одредбама члана 46. и 48. КЗ СФРЈ са разлога, да пошто се спорним одредбама прописује казна за кривична дела у стицају и повратку, што је предмет општег дела КЗ СФРЈ, која према члану 281. став 1. тачка 12. Устава Југославије, уређује федерација преко савезних органа, а не република и да то није у њеној надлежности.

Оспорене одредбе Кривичног закона СР Србије давале су могућност да се за кривично дело обичног убиства изршеног у стицају или у поврату, изрекне смртна казна, што је у супротности са начином одмеравања казне, за кривична дела у стицају или поврату, утврђеним у члану 46. и 48. КЗ СФРЈ.

Поставило се и питање оправданости ове инкриминације уопште, па се пошло од тода да се бројност последице основног дела, појављује као околност која основном делу даје тежи вид (бројност жртава).

Навешћемо и неколико примера из судске праксе из тог времена:

Члан 135. став 3. КЗ

1) "Када се код једног извршиоца стекло више кривичних дела убиства из члана 135. став 1. или 135. став 2. (свршених или у покушају), његове радње извршења се имају квалификовати свака посебно, али се за сва кривична дела има, на основу члана 135. став 3. КЗ, изрећи једна казна, без претходног утврђивања појединачних казни по члану 46. КЗ ВСС Кж. 2474/64 од 17. 02. 1965. година и Кж. 2818/64."

Члан 135. КЗ

2) "Члан 135. став 3. КЗ не инкриминише посебно кривично дело, већ само одређује кажњивост извршиоца више убистава, осим оних из члана 136. и члана 138. КЗ, без обзира да ли му се за сва убиства суди применом одредаба у стицају или је за неко убиство био раније осуђен.

Зато је неприхватљиво и неправилно да се за ново дело прво утврђује појединачна казна, па се потом, узимајући казну по ранијој осуди као утврђену, изриче једна казна. Друштвена опасност извршиоца више кривичних дела убистава, осим оних из члана 136. и 138. КЗ је повећана у тој мери да оправдава кажњивост по ставу 3. из члана 135. КЗ, тј. кажњивост као за квалификоване облике кривичног дела убиства. Код примене прописа члана 135. став 3. КЗ у случајевима код којих је раније био правоснажно осуђен за кривично дело убиства, не ради се о поновном суђењу тог ранијег случаја, него изрицању једне казне и то како за раније дело тако и за ново дело. (ВСС Кж. 1060/66 од 15. 09. 1966. године)."

Члан 135. КЗ

3. "Лишење живота два лица са умишљајем не представља једно кривично дело из става 3. члана 135. КЗ, већ два самостална кривична дела убиство из члана 135. став 1. или 2. КЗ, кажњава по ставу 3. КЗ. Ово са разлога што у ставу 3. члана 135. КЗ није садржано посебно кривично дело убиства више лица са умишљајем, већ је само прописана казна за извршиоца више убистава са умишљајем, сем оних из члана 136. и 138. КЗ, јер у том ставу није дат ни опис радњи извршења кривичног дела убиства више лица као посебног кривичног дела и што више убистава учињених са умишљајем не садрже потребне елементе ни продуженог ни сложеног ни квалификованог кривичног дела (ОВСС – Нови Сад Кж. 764/67 од 13. 12. 1967. и Кж. 697/67 од 15. 11. 1967. године)."

4. "Став 3. члана 135. КЗ представља казнену одредбу, а не одредбу која предвиђа квалификовани облик кривичног дела убиства из става 1. овог члана. Због тога, када суд оглашава оптуженог кривим за више умишљајних убистава извршених у стицају, изузев оних која су предвиђена у члану 136. и 148. КЗ, изрека пресуде треба да садржи чињенични опис сваког од извршених дела, уз назначење чињеница и околности од којих зависи примена одређене одредбе Кривичног закона (покушај, прекорачење граница нужне одбране, добровољни одустанак, подстрекавање, помагање и слично) као и законски назив сваког од тих кривичних дела, нпр. Кривично дело из члана 135. став 1. или члан 135. став 2. тачка 1. у вези члана 16. КЗ) али за сва ова убиства без утврђивања појединачних казни, оптуженом ће бити изречена једна казна на основу одредбе става 3. члана

135. КЗ. Када се оптужени налази у поврату, тј. ако му се суди за убиство извршено са умишљајем изузев оних која су предвиђена у члану 136. и 138. КЗ а за таква убиства је и раније био осуђен, суд ће у изреци пресуде, поред чињеница и околности које се односе на ово дело и назначења правне квалификације тог дела, означити ранију осуду и правну квалификацију дела за коју је оптужени правоснажно осуђен, а затим ће за ново дело изрећи оптуженом казну на основу одредбе члана 135. став 3. КЗ. Врховни суд Србије Кж. 1302/69."

5. "Одредбом члана 135. став 3. КЗ не конституише се обележје посебног кривичног дела убиства, као што се то чини у ставу 1. и 2. истог законског прописа, већ се само одређује кажњивост за више свршених или покушаних кривичних дела убистава. Према томе, радње оптуженог, уколико би биле утврђене, имале би се квалификовати свака посебно према битним елементима које садрже, а казна се изриче по члану 135. став 3. КЗ, без утврђивања појединачних казни за свако од тих убистава у стицају. Врховни суд Србије Кж. 185/68."

Став 3. КЗ из 1951. године постао је Новелом од 1973. године став 4.

6. "Погрешио је суд што при изрицању казне за два покушаја кривичног дела убиства из члана 135. став 1. КЗ у вези члана 16. КЗ није применио пропис из члана 135. став 3. КЗ, већ је утврђивао појединачне казне у смислу члана 46. КЗ, као за дела у стицају. Врховни суд Србије Кж. 1409/68."

7. "У ставу 3. члана 47. Кривичног закона Србије предвиђено је кажњавање учиниоца који изврши умишљајно више убистава, осим оних која су предвиђена у члану 48. и 50. овог Закона. При томе није од значаја да ли се учиниоцу за сва убиства суди применом одредаба у стицају или је за неко убиство био раније осуђиван.

Ова одредба је у теорији и судској пракси дуго изазивала велике недоумице.

Та недоумица и излаз из ње најбоље се огледају у једној пресуди Врховног суда Југославије:

"У члану 135. став 3. Кривичног законика није предвиђен посебан квалификовани облик кривичног дела убиства, већ је то само казнена одредба, на основу које се учиниоцу више умишљајних убистава осим оних из члана 136. и 138. Кривичног законика изриче казна".

Овом одредбом се наиме омогућује да се учиниоцу више убистава изрекне смртна казна – што, ако би се остало у оквиру квалификације по члану 135. став 1. Кривичног законика не би било могуће ни применом одредаба о одмеравању казне код стицаја кривичних дела, члан 46. КЗ.

Према једном схватању у ставу 3. члана 135. Кривичног законика садржан је посебна облик кривичног дела убиства, који има значење самосталног, квалификованог кривичног дела. Према овом становишту, учинилац више умишљајних убистава, осим оних која су предвиђена у члану 136. и 138. Кривичног законика и то без обзира да ли му се суди за више дела у стицају (реалном или идеалном) или се налази у поврату, извршио је једно квалификовано дело убиства које се правно означава као кривично дело из члана 135. став 3. Кривичног законика. С обзиром да се под појмом више убистава подразумевају најмање два убиства, свршено дело из члана 135. став 3. Кривичног законика постојаће само ако је наступила смрт најмање две особе. Ако је пак само једна особа лишена живота, док је у погледу још једне особе или више особа дело остало у покушају, дело ће бити квалификовано као покушај извршења кривичног дела убиства из члана 135. став 3. Кривичног законика у вези са чланом 16. Кривичног законика. Такође ако је нека особа била осуђена за покушај убиства, а након издржане казне са умишљајем лиши живота другу особу, радиће се о покушају извршења кривичног дела из члана 135. став 3. Кривичног законика.

Врховни суд Југославије сматра да изложено правно становиште није у складу са законом, већ да одредба члана 135. став 3. Кривичног законика има искључиво казнени карактер. Притом се указује на следеће:

Врховни суд Југославије сматра, уколико се ради о ранијој осуђиваности, да је у члану 135. став 3. Кривичног законика за ново убиство само прописана тежа казна и да се не ради о прописивању неког новог посебног или квалификованог кривичног дела. Због тога се приликом одређивања правне квалификације за ново убиство мора поступати као и да не постоји ранија осуда, тј. то убиство се има подвести под ону одредбу члана 135. став 1. или 2. Кривичног законика које одговара. То је нужно да би се утвр-

дило да се ради о убиству учињеном са умишљајем, али да није у питању убиство из члана 136. или 138. КЗ. А да би се утврдило да ново дело не спада у убиство из члана 136. и 138. КЗ мора се означити под коју одредбу спада. Тек након тога и након што се утврди да је та особа и раније осуђена за убиство са умишљајем, опет изван случајева из члана 136. и 138. Кривичног законика, примењује се одредба члана 135. став 3. Кривичног законика којом је прописана казна и по тој одредби се казна изриче.

Због тога, када се суди повратнику, тј. учиниоцу умишљајног убиства који је већ раније био осуђен за умишљајно убиство, онда ће суд одредити правну квалификацију тог новог дела и затим, узимајући у обзир ранију правоснажну пресуду која ће се у изреци означити, код одлучивања о казни за ново кривично дело применити одредба става 3. члана 135. Кривичног законика.

Исто тако имајући у виду да је у ставу 3. члана 135. Кривичног законика случај стицаја изједначен са случајем поврата, очито је да се и у стицају кад се учиниоцу суди истовремено за два или више умишљајних убистава, мора поступати на исти начин као и кад је у питању поврат, с том разликом што ће суд свако од убистава за које је оптуженог огласио кривим посебно квалификовати, већ према законским обележјима односног кривичног дела (члан 135. став 1. или став 2. тачка 1. КЗ и сл.) и на тај начин утврдити да је реч о умишљајним убиствима, али не онима која су предвиђена у члану 136. или 138. КЗ, па ће онда за сва та дела не утврђујући појединачне казне за свако дело изрећи једну казну на основу одредбе члана 135. став 3. КЗ.

На тај начин ће свако поједино дело бити правно идентификовано и у изреци пресуде биће чињенично и правно прецизирано да ли се ради о довршеном делу, покушају, прекорачењу граница нужне одбране, добровољном одустанку, помагању, подстрекавању и слично, тј. код сваког дела биће у изреци пресуде назначене чињенице и околности које чине обележје кривичног дела и оне о којима зависи примена одређене одредбе Кривичног законика, те наведени законски назив кривичног дела и које су одредбе Кривичног законика примењене (члан 322. став 1. тачка 1. и 2. ЗКП).

С обзиром на то да је у ставу 3. члана 135. КЗ прописана само казна, док том одредбом нису прописана законска обележја неког новог – посебног или квалификованог кривичног дела – јасно да не може постоја-

ти покушај извршења кривичног дела из члана 135. став 3. КЗ. Овај пропис садржи само казнену одредбу, на основу које се изриче казна без обзира на то да ли су сва убиства о којима је реч довршена или је једно довршено а друго покушано, или су пак сва убиства само покушана.

Ово становиште је и животно јер се избегава вештачка конструкција покушаја убиства из члана 135. став 3. КЗ у случају када је учинилац оглашен кривим за једно довршено и једно покушано убиство, будући да је нелогично говорити о покушају убиства кад је једна особа лишена живота. Поред тога, на тај начин се осигурава јасноћа пресуде, будући да је свако поједино извршно дело у изреци пресуде у потпуности означено како у чињеничном погледу тако и у погледу правне квалификације.

Без обзира да ли се окривљеном за сва убиства суди применом одредаба у стицају, било би погрешно схватити тако да закон тражи утврђивање казне за свако поједино кривично дело и онда изрицање јединствене казне према одредбама члана 46. Кривичног законика. Ову законску одредбу треба по становишту Врховног суда Југославије схватити на начин да ће се учинилац казнити казном прописаном у члану 135. став 3. КЗ без обзира на то да ли је у конкретном случају у питању стицај кривичних дела убистава или пак истоврсни поврат учиниоца. Као што је напред изложено одредба члана 135. став 3. КЗ представља посебан пропис о казни за случај поврата или стицаја и том одредбом су модификована општа правила о одмеравању казне у случају поврата или стицаја из члана 40а и 46 КЗ. Према томе овде је искључено одмеравање казне по правилима која важе за одмеравање казне у случају стицаја кривичних дела - члан 46. КЗ. (Пресуда Врховног суда Југославије Кж. 19/68 од 24. јула 1968. године).

8. У закључцима саветовања представника врховних судова и судија Кривичног одељења Врховног суда Југославије је речено:

"Став 3. члана 135. Кривичног законика представља казнену одредбу, а не одредбу која предвиђа квалификовани облик кривичног дела убиства из става 1. истог члана.

Због тога када суд оглашава оптуженог кривим за више умишљајних убистава извршених у стицају, изузев оних који су предвиђени чланом 136. и 138. Кривичног законика, изрека пресуде треба да садржи чињенични опис сваког од извршених дела уз назначење чињеница и окол-

ности од којих зависи примена одређене одредбе кривичног закона (покушај, прекорачење граница нужне одбране, добровољни одустанак, подстрекавање, помагање и слично), као и законски назив сваког од тих кривичних дела (нпр. кривично дело из члана 135. став 1. и члана 135. став 2. тачка 1. у вези са чланом 16. КЗ), али ће за сва ова убиства без утврђивања појединачних казни, оптуженом бити изречена једна казна на основу одредбе става 3. члана 135. Кривичног законика.

Кад се оптужени налази у поврату тј. ако му се суди за убиство извршено са умишљајем изузев оних која су предвиђена у члану 136. и 138. Кривичног законика, а за такво убиство је и раније био осуђен суд ће у изреци пресуде, поред чињеница и околности које се односе на ново дело и назначење правне квалификације тог дела, означити ранију осуду и правну квалификацију дела за које је осуђени правноснажно осуђен, а затим ће за ново дело изрећи оптуженом казну на основу одредбе става 3. члана 135. Кривичног законика." Саветовање је одржано 26. и 27. децембра 1967. године у Београду.

9. "Одредба члана 135. став 3. КЗ примењује се као казнена одредба на основу које се учиниоцу више умишљајних убистава осим оних која су предвиђена у члану 136. и 138. КЗ, изриче казна без обзира на то да ли је више убистава довршено, или је једно убиство довршено, а друго покушано, или су пак сва убиства само покушана, као и без обзира на то да ли се учиниоцу суди истовремено за два или више умишљајних убистава, који је већ раније био осуђен за умишљајно убиство.

У свим наведеним случајевима је реч о учиниоцу за кога закон, због његове повећане друштвене опасности која се испољава у чињеници што је са умишљајем извршио више убистава односно покушаја убистава прописује строжу казну предвиђену чланом 135. став 3. КЗ. Ова строжа казнена одредба има се применити како у случају када се оптуженом суди истовремено за више убистава извршених у реалном или идеалном стицају (тада се без утврђивања казне за поједина дела изриче за сва дела једна казна на основу члана 135. став 3. КЗ); тако и у случају када је оптужени већ правоснажно осуђен за убиство, без обзира да ли је ту казну изречену за ово кривично дело већ издржао или није (тада се оптуженом изриче казна за ново дело и то на основу члана 135. став 3. КЗ, а уколико ранија ка-

зна није издржавана – примениће се одредбе члана 47. КЗ). Врховни суд Југославије Кз. 9/71 од 24. марта 1971. године.

10. "Члан 135. став 3. КЗ не инкриминише посебно кривично дело, већ само одређује кажњивост извршиоца више убистава, осим оних из члана 136. и 138. Кривичног законика, без обзира на то да ли му се за сва убиства суди применом одредаба у стицају или је за неко убиство већ раније осуђен. Зато је неприхватљиво и неправилно да се за ново дело прво утврђује појединачна казна, па се потом узимајући казну по ранијој осуди као утврђену, изриче једна казна. Друштвена опасност извршиоца више кривичних дела убистава, осим оних из члана 136. и 138. КЗ, повећана је у тој мери да оправдава кажњивост по ставу 3. члана 135. КЗ, тј. кажњивост као за квалификоване облике кривичног дела убиства. Код примене прописа члана 135. став 3. КЗ у случајевима код којих је раније било правоснажне осуде за кривично дело убиства, не ради се о поновном суђењу тог ранијег случаја, него у изрицању једне казне и то како за раније дело, тако и за ново дело." Врховни суд Србије Кж. 1060/66 од 15. септембра 1966. године.

11. "Када оптужени лиши живота једно лице и покуша да лиши живота још два лица, ради се о кривичном делу убиство у покушају из члана 47. став 2. тачка 8. КЗ С у вези члана 19. КЗ СФРЈ.

За постојање овог квалификованог кривичног дела убиства, нужно је да извршилац са умишљајем лиши живота више лица, па будући да је у конкретном случају оптужени лишио живота само једно и покушао да лиши живота још два лица, то се његова противправна делатност не може квалификовати као свршено кривично дело из члана 47. став 2. тачка 8. КЗ С, већ само као покушај истог. (Пресуда Врховног суда Србије Кж. III 2/89 од 25. 10. 1979. године и Окружног суда у Београду К. 1/87 од 15. 05. 1988. године "Судска пракса бр. 5/90, страна 26").

12. "Уставни суд Југославије, на основу члана 375. Устава СФРЈ, на седници одржаној 4. априла 1990. године, донео је

Одлуку

1. Утврђује се да одредбе члана 47. став 2. тачка 8. и 9. Кривичног закона СР Србије ("Сл. гласник СР Србије", бр. 26/77, 28/77, 43/77, 20/79,

24/84, 39/86, 51/87, 25/89) нису у сагласности са Уставом СФРЈ и да су у супротности са Кривичним законом СФРЈ.

2. Скупштина СР Србије у смислу члана 384. став 2. Устава СФРЈ, дужна је да, у року од шест месеци од дана достављања ове одлуке, усклади Кривични закон СР Србије са Уставом СРЈ и отклони његову супротност са Кривичним законом СФРЈ.

3. Ова одлука објавиће се у "Сл. листу СФРЈ" и у "Сл. гласнику СР Србије".

Занимљиво је да је после овога било више измена КЗ Србије али одредбе члана 47. нису мењане све до 1994. године ("Сл. гласник РС" број 47/94 од 14. јула 1994. године).

Том приликом кривично дело тешког убиства из члана 47. став 2. допуњено је новим обликом тачком 6. која обухвата "умишљајно лишење живота више лица, а није реч о убиству на мах или убиству детета при порођају".

САДАШЊА РЕШЕЊА У КРИВИЧНОМ ЗАКОНИКУ

С обзиром на начин како је сада ова одредба формулисана (а та решења постоје од 1994. године), и гледајући њен однос са осталим тачкама из члана 114. КЗ, формално гледано ради се о облику тешког убиства а не о казненој одредби.

Међутим и даље постоји доста дилема и нејасноћа у погледу кључних питања, на које је тешко дати прецизне одговоре.

Многи и даље сматрају да се овде у суштини ради о стицају или поврату, који је подигнут на ниво квалификаторног облика, па се и даље поставља питање односа са општим делом, односно да ли је ова одредба у складу са општим делом Кривичног законика или није.

Поготову се може тврдити да се ради о стицају убистава, који је подигнут на ранг квалификованог облика убиства.

Стога би и даље остало нерешено питање, како решити случај када једно убиство буде довршено, а друго покушано, да ли се ради о свршеном делу или покушају. Како разграничити ово тешко убиство у односу на ква-

лификовано убиство из члана 114. тачка 3. КЗ (ко другог лиши живота и притом са умишљајем доведе у опасност живот још неког лица) и др.

Није јасно да ли садашња одредба (која је унета у кривично законодавство јула месеца 1994. године "Сл. гласник РС" бр. 47/94 од 14. јула 1994. године) обухвата и специјални поврат.

Начин на који је ова одредба формулисана даје основа за тумачење које сужава њену примену и кад је реч о стицају.

У Кривичном законику је наведено да овај облик тешког убиства постоји онда када окривљени са умишљајем лиши живота више лица, што се не мора тумачити као да је учињено више умишљајних убистава.

То би онда значило да је неопходно јединство умишљаја, које би обухватило лишење живота више лица, тј. да је умишљај окривљеног био уперен на то да лиши живота више лица. То би онда овом делу дало стварно карактер посебног облика тешког убиства.

Међутим такво тумачење ове одредбе не би обухватало ситуацију поврата, као и када би окривљени извршио више кривичних дела убистава која нису обухваћена истим умишљајем.

Ова одредба се несумњиво односи на идеални стицај, као и на неке случајеве реалног стицаја, када су убиства извршена у краћем временском трајању, што је фактичко питање.

Спорно је да ли се ова одредба може применити на оне случајеве извршења међусобно умишљајно неповезаних убистава, па и онда када би се радило о поврату.

То је према одредбама Кривичног законика из 1951. године и Кривичног закона СР Србије који је ступио на снагу 1. јула 1977. године, па све до 1991. године (када су одлуком Уставног суда Југославије престале да важе) било практично неспорно, када је био у питању поврат окривљеног.

Поврат постоји када окривљени који је раније осуђиван, поново учини кривично дело. Наш Кривични законик индиректно прихвата поделу на генерални поврат (окривљени после осуде за неко кривично дело поново врши кривично дело које са ранијим није сродно) и специјални поврат (где се ради о истоврсном односно сродном кривичном делу).

Иако постоје одређени криминално-политички разлози и аргументи да се специјални поврат код убиства прогласи тешким убиством, као и што постоје тврдње да се у случају извршења два или више убистава уколико недостаје умишљај да се изврши убиство више лица, применом принципа апсорпције не омогућава се одмеравање адекватне казне (метод апсорпције, апсорбује све остале утврђене казне затвора, нпр. примењен је у члану 60. став 2. тачка 1. КЗ, где казна затвора од 30 до 40 година као максимална казна апсорбује све остале утврђене казне затвора), широко тумачење постојеће одредбе би сигурно ишло на штету окривљеног, а мора се имати у виду да су законска решења од 1994. године ове одредбе знатно другачија.

Правилно тумачење ове одредбе би омогућило и лакше решавање питања покушаја код овог облика квалификованог убиства.

Покушај овог тешког убиства би постојао када је једно лице лишено живота, а убиство другог лица или више њих остало у покушају, уколико је умишљај учиниоца био управљен на то да се лиши живота више лица.

Покушај би постојао и онда када ни једно лице не би било лишено живота, ако је започета радња извршења која је била управљена на лишење живота више лица.

Идеални стицај кривичних дела постоји онда када окривљени једном радњом оствари биће два или више кривичних дела, а реални стицај постоји онда када исти окривљени са више радњи оствари биће више кривичних дела.

Навешћу и неколико примера из новије судске праксе:

Убиство више лица

1. "Кад су тројица учинилаца пуцали истовремено и лишили живота два лица у конкретном случају се ради о свршеном кривичном делу убиства из члана 47. став 2. тачка 6. КЗ РС. У конкретном случају може се говорити само о свршеном кривичном делу убиства из члана 47. став 2. тачка 6. КЗ РС у вези члана 22. КЗ СРЈ с обзиром да је као последица наступила смрт више лица, а не ради се о тзв. привилегованим убиствима. Конкретном приликом оптужени је деловао са двојицом саучесника дакле као саизвршилац, а као облик виности све тројице директни умишљај и у

овом случају се радило о тзв. јединственом умишљају, јер сва тројица су свесно и вољно хтели заједничко остварење циља – лишење живота покојних што су и остварили. Стога је првостепена пресуда преиначена у погледу правне оцене дела тако што је оптужени оглашен кривим за кривично дело из члана 47. став 2. тачка 6. КЗ РС у вези члана 22. КЗ СРЈ.

(Пресуда Врховног суда Србије Кж. 1683/97 од 05. 03. 1998. године)"

Убиство из члана 47. став 2. тачка 6. КЗ С

2. "Кад три учиниоца у оквиру заједничког умишљаја лише живота двоје лица, небитно је из чијег пиштоља су убијенима нанете смртоносне повреде. Природа и карактер кривичног дела о коме је реч није таква да га је могло извршити само једно лице, већ постоји могућност да га изврши више лица. У конкретном случају несумњиво је утврђено да је убиство два лица извршено заједничким деловањем тројице оптужених који су истовремено из непосредне близине испалили по неколико пројектила из пиштоља у правцу сада покојних, а овакво заједничко деловање све тројице оптужених било је у оквиру њиховог заједничког јединственог умишљаја да лише живота оба убијена. С обзиром на ту околност да је једном од убијених једним хицем нанета смртоносна повреда, дакле да се ова радња може непосредно извршити од стране само једног лица, није чињеница подобна да у конкретном случају утиче на измењено чињенично стање утврђено од стране првостепеног суда.

(Решење Врховног суда Србије Кж. 119/03 од 26. марта 2003. године и решење Окружног суда у Београду Кв. 1855/02 од 16. јануара 2003. године)"

Стицај више квалификаторних околности код убиства

3. "Када се у радњама учиниоца стекне више квалификаторних околности убиства од којих нека остане у покушају, суд је дужан да у правну квалификацију, поред тога што ће унети све квалификаторне облике овог кривичног дела, унесе и да су неки остали у покушају."

Другостепени суд је преиначио првостепену пресуду у погледу правне квалификације дела тако што је оптужени оглашен кривим за кривично дело убиства из члана 47. став 2. тачка 5. и 6. КЗ С у вези члана 19.

КЗ Ј. На утврђено чињенично стање односно радње оптуженог коју је са умишљајем лишио једно службено лице при вршењу послова јавне безбедности, а друго службено лице које је било у истом својству покушао да лиши живота, првостепени суд је применио кривични закон тако што је радње оптуженог правно квалификовао као кривично дело убиства из члана 47. став 2. тачка 5. и 6. КЗ С. Међутим за правну квалификацију кривичног дела из члана 47. став 2. тачка 6. КЗ С као свршеног кривичног дела недостаје законски елемент бића наведене инкриминације, наиме да је у питању умишљајно лишење живота више лица. Зато је Врховни суд по службеној дужности преиначио првостепену пресуду у погледу правне оцене дела, тако што је радње оптуженог описане у изреци првостепене пресуде правно квалификовао као кривично дело убиства из члана 47. став 2. тачка 5. и 6. КЗ С у покушају у вези са чланом 19. КЗ Ј. Веће трећег степена је потврдило другостепену пресуду.

(Пресуда Врховног суда Србије Кж. 10/98 од 18. септембра 2000. године и пресуда Окружног суда у Београду К. 508/96 од 10. јуна 1997. године)"

Убиство и довођење у опасност другог лица

4. "Када оптужени лиши живота више лица и доведе у опасност живот још неких лица, тако што у башти ресторана, носећи са собом "хеклер" приђе столу где је седело више лица из непосредне близине у њиховом правцу испали више хитаца и погоди неко од тих лица, тако што појединим лицима нанесе смртне повреде, а другима тешке телесне повреде извршио је кривично дело убиства из члана 47. став 2. тачка 3. и 6. КЗ С. Првостепеном пресудом двојица оптужених су оглашени кривим тако што су претходно дошли до ресторана носећи са собом свако од њих по један аутоматски пиштољ марке "хеклер", пришли столу где је седело више лица из непосредне близине, у правцу њих испалили више хитаца који су усмртили троје оштећених и нанели тешке телесне повреде још четворици оштећених. Неосновано се наводи у жалби да се не ради о два квалификована облика кривичног дела убиства већ само о једном убиству више лица. Ово стога што су оптужени пуцајући у правцу оштећених и наносећи им тешке телесне повреде са умишљајем довели у опасност живот још неких лица, а истом приликом усмртили више лица, те је стога правилно

првостепени суд правно квалификовао ово кривично дело убиства из члана 47. став 2. тачка 3. и 6. КЗ С.

(Пресуда Врховног суда Србије Кж. 1628/00 од 17. јула 2001. године и пресуда Окружног суда у Београду К. 640/96 од 9. фебруара 2000. године)"

Јединствени умишљај код убиства

5. "Када се није могло утврдити из чијег је оружја испаљен хитац који је сада покојног лица лишио живота, а постоји јединствени умишљај лица која су пуцала, не би била пресуђујућа чињеница из чијег је оружја од њих двојице испаљен пројектил којим је покојни лишен живота уколико су они у истом циљу сагласно пуцали према сада покојном. Првостепени суд је донео ослобађајућу пресуду по тачки 3. члана 350. ЗКП као најбитнији основ за свој закључак да нема доказа да је оптужени починио кривично дело убиства из члана 47. став 1. КЗ РС за које је оптужен, пошао је од чињенице да се није могло утврдити из чијег је оружја испаљен хитац којим је сада покојни лишен живота. То јесте битна чињеница, али не и пресуђујућа уколико има доказа да су критичном приликом сваки из свог оружја пуцали у оштећеног, сада покојног и оптужени и друго лице уколико притом има доказа за закључак да је код њих двојице постојала заједничка одлука да се оштећени сада покојни лиши живота. У том случају би свако од њих двојице радње оног другог прихватао као своју односно постојало би јединство умишљаја, а у таквој ситуацији не би била пресуђујућа чињеница из чијег је оружја од њих двојице испаљен пројектил којим је оштећени лишен живота уколико су они у истом циљу сагласно пуцали сваки из свог оружја према сада покојном.

(Пресуда Врховног суда Србије Кж. 374/98 од 16. 04. 1998. године)"

Кривично дело убиства из члана 47. став 2. тачка 6. КЗС

6. "Кад је оштећени показао оптуженом да за појасом има пиштољ, а након тога је оптужени напустио зграду, отишао до својих кола, узео аутоматску пушку, вратио се на лице места и кроз полуотворена врата испалио 11 метака у тренутку када се у просторији поред оштећених налазило још неколико лица, јасно указује да је оптужени био свестан својих предузетих радњи и хтео смрт оштећених, па извршио кривично

дело убиства из члана 47. став 2. тачка 6. КЗС, а не кривично дело убиства на мах из члана 48. КЗС с обзиром да се поступак оштећеног не може сматрати нападом на оптуженог.

(Пресуда Окружног суда у Чачку, К. бр. 57/98 од 22. 4. 1998. године и пресуда Врховног суда Србије, Кж. бр. 1167/99 од 18. 05. 2000. године)

Кривично дело убиство у покушају из члана 47. став 2. тачка 6. КЗС у вези члана 19. КЗЈ

7. "Неприхватљиво је правно становиште изнето у жалби браниоца оптуженог да је изрека првостепене пресуде у супротности са правном квалификацијом, јер док се у опису радње кривичног дела наводи да је оптужени са умишљајем лишио живота сада покојног, његова радња квалификована је као кривично дело убиство у покушају из члана 47. став 2. тачка 6. КЗС, у вези члана 19. КЗЈ, што првостепену пресуду према ставу подносиоца жалбе у целини чини нејасном и неразумљивом. Како је оптужени изреком првостепене пресуде оглашен кривим што је са умишљајем лишио живота сада покојног и са истим обликом виности покушао да лиши живота оштећеног, а кривично дело из члана 47. став 2. тачка 6. КЗС чини онај ко са умишљајем лиши живота више лица, радња оптуженог која је остала у покушају правилно је правно квалификована на напред наведени начин, па су жалбени наводи браниоца о недостатку првостепене пресуде који имају значај битне повреде одредаба кривичног поступка оцењени као неосновани."

(Пресуда Окружног суда у Чачку, К. бр. 19/98 од 1. 10. 1998. године и пресуда Врховног суда Србије Кж. бр. 167/99 од 2. 11. 2000. године)

Када постоји стицај више квалификаторних околности код убиства има и других мишљења, да постоји само један облик тешког убиства, а да правну квалификацију треба одредити по претежности испољених обележја, а друге квалификаторне околности ценити као отежавајуће околности при одмеравању казне окривљеном. То би било и у складу са чланом 54. став 3. Кривичног законика који говори о општим правилима о одмеравању казне.

З А К Љ У Ч А К

Да бисмо боље схватили проблеме са којима се и даље суочавају судови применом законске одредбе из члана 114. тачка 9. Кривичног законика, дат је и приказ ранијих законских решења и ставова тадашње судске праксе, као и садашња законска решења и ставови новије судске праксе, мада таквих одлука нема баш много.

Нова законска решења у Кривичном законику која фактички постоје од 1994. године па надаље, захтевају другачије тумачење одредбе члана 114. тачка 9. Кривичног законика (умишљајно лишење живота више лица с тим што се искључују три привилегована облика убиства која се сматрају лакшим, на мах (члан 115. КЗ), убиство детета при порођају (члан 116. КЗ) и убиства из самилости (члан 117 КЗ).

Имајући у виду како је ово кривично дело сада формулисано по Кривичном законику, као и њен однос са осталим облицима тешког убиства из члана 114. Кривичног законика, формално гледајући ради се о облику тешког убиства а не о казненој одредби, мада и даље остаје проблем односа са општим делом Кривичног законика односно да ли је у складу са тим одредбама или није.

Практична потреба за применом овог облика тешког убиства постоји онда када су учињена два или више обичних убистава. Примена овог облика тешког убиства, није потребна, али је могућа, уколико је остварен неки други облик тешког убиства (тиме се са више квалификаторних околности, мада се радило о једном кривичном делу жели да појача кривица оптуженог, да би му се лакше изрекла што строжија казна), јер је фактички омогућено изрицање теже казне за тај облик тешког убиства, него за обично убиство.

Начин како је формулисан овај облик тешког убиства у Кривичном законику, указује да те одредбе треба тумачити тако да сузе њену примену када се ради о стицају, а поготову да је потпуно искључе када се ради о поврату па био он и специјални.

Ове одредбе данас не треба тумачити на штету окривљеног, имајући у виду раније ставове судске праксе и теорије које су се заснивале на знатно другачијим законским решењима која су била дата у Кривичном законику из 1951. године и Кривичном закону Републике Србије из 1977. године.

У Кривичном законику је наведено да овај облик тешког убиства постоји онда када учинилац са умишљајем лиши живота више лица, што није исто када је учињено више умишљајних убистава. То значи да је потребно јединство умишљаја, које би обухватало лишење живота више лица, тј. да је умишљај био управљен да лиши живота више лица.

То би онда у овој конструкцији облика тешког убиства, поред бројности лица лишених живота, умишљај окривљеног управљеном да лиши живота више лица (то је оно што та убиства међусобно повезује у једну логичну, животну целину) овом делу давало стварни карактер посебног облика тешког убиства, те се онда не би радило о стицају или поврату убистава, која су подигнута на ниво квалификованог облика убиства, а да би се окривљеном могла изрећи што строжија казна односно да би се онда радило само о казненој одредби.

Тако тумачење ове одредбе не би обухватало кривично дело убиства извршено у поврату, као и у случају када окривљени изврши више кривичних дела убиства која нису обухваћена истим умишљајем, односно када се ради о међусобно умишљајно неповезаним убиствима.

Ова одредба би се примењивала на идеални стицај као и за случајеве реалног стицаја, када су убиства извршена истом приликом, односно у кратком временском интервалу, што је фактичко питање и што се мора утврђивати у сваком конкретном случају.

Покушај овог облика тешког убиства би постојао у случају када је једно лице лишено живота, а друго остало у покушају, под условом да је умишљај окривљеног био управљен да лиши живота више лица.

Покушај би постојао и када ни једно лице није лишено живота, али је започета радња извршења која је била управљена на лишење живота више лица.

Код умишљаја лишења живота више лица, неопходно је да окривљени буде субјекат односно извршилац или саизвршилац, подстрекач или помагач и ту је могуће и више комбинација, о чему је већ раније било речи.

И став судске праксе иде у овом правцу, што се види из приказаних судских одлука донетих после 1994. године.

Коришћена литература:

1) др Милић Томановић – судија Врховног суда Србије "Дилеме о једном новом облику кривичног дела убиства" – Правни живот број 8-9/78 година
2) мр Часлав Игњатовић – председник Врховног суда Србије "Убиство више лица у Нацрту новог Кривичног закона Републике Србије" – Билтен судске праске Врховног суда Србије из 1994. године
3) Кривично право – др Милош Радовановић, 1983. године
4) Коментар Кривичног закона СР Србије из 1981. године – група аутора
5) Коментар Кривичног законика – проф. др Љубиша Лазаревић, 1997-2006.
6) Коментар Кривичног закона, проф. др Зоран Стојановић, 2001. -2006.
7) Коментар Кривичног законика – мр Светислав Вуковић 2006. година
8) Зборник судске праксе из области кривичног права из 1972. године
9) Збирка судских одлука из области кривичног права 1973-86. година
10) Билтен судске праксе Врховног суда Србије у Београду
11) Билтен судске праксе Окружног суда у Београду.

Драган Јоцић,
судија Врховног суда Србије

НЕДОЗВОЉЕНО ДРЖАЊЕ ОРУЖЈА

Кривични закон Социјалистичке Републике Србије, који је ступио на снагу 1. јула 1977. године одредбом члана 223 прописивао је кривично дело недозвољено држање оружја или распрскавајућих материја. Одредба је имала два става, с тим што је први став имао два алтернативна облика извршења кривичног дела. Предмет (објекат радње) извршења кривичног дела из става 1, у оба облика, је ватрено оружје, муниција или експлозивне материје.

Први облик става 1 прописивао је радње извршења одређене као неовлашћено израђивање, продавање, набављање или размену (ваља уочити да није обухватао радњу држања), док је други облик става 1 обухватао неовлашћено држање (за разлику од првог облика) ватреног оружја, муниције или експлозивних материја, чије набављање грађанима уопште није дозвољено.

Можемо одмах уочити да овом инкриминацијом није било обухваћено неовлашћено држање ватреног оружја, муниције или експлозивних материја, за које се могла добити дозвола надлежног органа, тако да је та радња представљала прекршај.

Квалификовани облик, прописан ставом 2, постојао је када је предмет извршења кривичног дела из става 1 била већа количина ватреног оружја, муниције или експлозивних материја.

Запрећена казна за став 1. била је до 3 године затвора, а за став 2 од 1 до 10 година затвора.

Ступањем на снагу Закона о оружју и муницији (у даљем тексту ЗООМ) који је објављен у "Сл. гласнику РС" број 9 од 29. 02. 1992. године, на основу члана 44 овог Закона престала је да важи одредба члана 229 Кривичног закона СРС. Казнена одредба садржана у члану 33 овог закона прописи-

вала је кривично дело неовлашћено набављање, држање, ношење, израда, размена или продаја ватреног оружја, муниције или експлозивних материја.

Поред основног облика прописаног у ставу 1 кривично дело је имало и два квалификована облика. У суштини, два облика става 1 КЗ СРС су у овом закону раздвојена у посебне ставове.

Према ставу 1 члана 33 кривично дело се могло извршити са више радњи, односно оним радњама које су, све, наведене и у називу кривичног дела. Дакле, ради се о оружју, муницији или експлозивним материјама, који могу бити у промету уз одобрење надлежног органа. Кривично дело се врши у облику прописаном у ставу 1 само уколико учинилац такво одобрење нема, те неовлашћено предузме било коју од прописаних радњи.

Ставом 2 прописан је тежи облик овог кривичног дела који ће постојати када се предузме било која од радњи из става 1 али у односу на распрскавајуће или гасно оружје, као и у односу на ватрено оружје, муницију или експлозивне материје, чије набављање, држање, ношење, израда, размена или продаја грађанима уопште није дозвољена.

Најтежи облик, прописан ставом 3, постојао је ако су предмети из става 1 и 2 овог члана у већој количини или распрскавајуће и гасно оружје, ватрено оружје, муниција или експлозивна материја велике разорне моћи.

За разлику од члана 229 КЗ СРС одредба члана 33 ЗООМ прописивала је да се дело може извршити и радњама држања и ношења ватреног оружја, за које се може добити одобрење надлежног органа, а учинилац га не поседује, те је обим кривично правне заштите проширен.

Правно техничко решење законодавца да се у називу кривичног дела наведу све радње и врсте предмета извршења кривичног дела, мора се оценити као рогобатно и правнотехнички лоше.

У стручним радовима су као разлози за проширивање обима кривично правне заштите и посебно за пооштравање казни наведени ратно окружење и велика количина ватреног оружја и муниције унета на територију наше републике, као и њихова употреба са тешким последицама.

ЗООМ је мењан и допуњаван у наредним годинама, али је свакако најзначајнија измена од 11. 04. 2003. године којом су измењене запрећене казне, тако да је за став 1 члана 33 ЗООМ уместо до тада запрећене казне

затвора од 6 месеци до 3 године, сада запрећена казна затвора у трајању од 1 до 5 година. За кривично дело из става 2, уместо до тада прописане казне затвора у трајању од 1 до 5 година, прописана је казна затвора од најмање 3 године, док је за кривично дело из става 3 ове одредбе, уместо до тада прописане казна затвора од најмање 3 године, запрећена казна затвора од најмање 5 година. Тиме је ово кривично дело, по запрећеним казнама, изједначено са најтежим облицима најтежих кривичних дела у Кривичном закону.

Разлог овим изменама несумњиво је увођење ванредног стања и јачање овлашћења и утицаја полиције, па и на законодавну власт и не само у периоду ванредног стања, јер се запрећене казне нису измениле укидањем ванредног стања.

Од самог доношења ЗООМ стручна јавност се, готово једногласно, залагала за враћање одредбе члана 33 у Кривични закон РС. Међутим, иако је у међувремену мењан и допуњаван кривични закон, па чак и у значајном обиму ("Сл. гл. РС" 47 од 14. 07. 1994. године, затим 11. 04. 2003. године) ово кривично дело је остало у такозваном споредном кривичном законодавству, све до ступања на снагу Кривичног законика, који ово кривично дело прописује у члану 348.

Одмах се уочава да су казне предвиђене чл. 348 КЗ не само значајно снижене, већ и најниже у посматраном периоду. Сада је за кривично дело из става 1 прописана казна затвора до 3 године, за став 2 од 6 месеци до 5 година, а за став 3 казна затвора од 1 до 8 година. Несумњив је и значајан утицај судске праксе на висину запрећених казни, јер готово да није било пресуде, изузев поврата, у којој нису примењене одредбе о ублажавању казне, а често су изрицане максимално ублажене казне, када се ово кривично дело појављивало самостално. Судови су, због висине запрећене казне, били приморани да учиниоце осуђују на затворске казне, иако раније нису били осуђивани, нити су личност учинилаца и околности извршења кривичног дела указивали на потребу њиховог осуђивања на казне затвора, на које су осуђени због ограничених овлашћења судова у одмеравању казни, условљених висином запрећених казни. То су разлози да КЗ прописује знатно блаже казне за, суштински, исто кривично дело.

Упоређивањем става 1 члана 33 ЗООМ са ставом 1 члана 348 КЗ закључује се да сем измена редоследа радњи извршења кривичног дела (иначе су идентичне) и запрећених казни, других разлика нема. Радње извршења основног облика овог кривичног дела остале су: израда, продаја, набављање, размена, ношење или држање ватреног оружја, муниције или експлозивне материје. Дакле, ради се о ватреном оружју, муницији или експлозивним материјама које могу бити у промету и државини физичких лица, разуме се уз одобрење надлежног органа, па само ако учинилац такво одобрење нема, уколико неовлашћено предузме неку од наведених радњи, врши кривично дело прописано у ставу 1 члана 348 КЗ.

За разлику од става 1 измене у ставу 2 члана 348 КЗ у односу на став 2 члана 33 ЗООМ су значајне.

Прво, одредба КЗ је уопштенија од одредбе ЗООМ јер су изостављена балистичка обележја оружја из раније одредбе: да су предмети извршења овог облика кривичног дела ватрено оружје калибра до 12,6 мм и муниција са барутним пуњењем у количини већој од 60 комада.

Друго, као предмет извршења овог облика унето је распрскавајуће оружје. Како је ово оружје у ЗООМ било у ставу 3 члана 33 то је, очигледно, сада "пресељено" у став 2 члана 348 КЗ, односно у блажи облик кривичног дела.

Треће, као нов предмет извршења сада се појављује средство на бази те материје (експлозивне).

Дакле, овај облик кривичног дела врши се предузимањем било које од радњи прописаних у ставу 1 када се односи на ватрено оружје, муницију, експлозивне материје (такође као и у ставу 1) или средства на бази те материје, распрскавајуће или гасно оружје чија израда, продаја, набављање, размена, ношење или држање није дозвољено грађанима.

Највеће измене су у ставу 3 овог кривичног дела, који је у КЗ потпуно уопштен, одређујући да ће овај облик кривичног дела постојати, ако је предмет дела из става 1 или 2 овог члана **већа количина** оружја, муниције или средстава или оружје или друга средства **велике разорне моћи**. Да подсетима да је у ставу 3 члана 33 ЗООМ била бројчано одређена количина по врстама оружја и експлозивних материја: ватрено оружје калибра преко 12,6 мм, ватрено или гасно оружје у количини већој од 3 кома-

да, бомба, граната, пројектил, мина или друга експлозивна направа распрскавајућепарчадног или ударноталасног дејства, експлозивна материја или средство на бази те материје у количини већој од 1 килограма.

Неодољиво се намеће закључак да су решења у КЗ најближа решењима у ЗООМ од 29. 02. 1992. године, а која се нису битно разликовала од одредбе члана 229 КЗ СРС из 1977. године, те да се законодавац вратио на почетак.

У односу на кривична дела из става 1 и 2 члана 348 КЗ не би требало да буде проблема у пракси, у утврђивању чињеница које представљају обележја ових облика кривичних дела. За утврђивање шта се сматра ватреним оружјем (разликовати од појма оружја), како се према намени и посебним врстама дели оружје, шта се сматра деловима оружја, шта муницијом, шта обухвата забрана промета ватреног оружја и шта је од ватреног и посебног оружја забрањено физичким лицима да набављају, држе или носе, судови су упућени на одговарајуће одредбе важећег ЗООМ, које ту област регулишу. Тим законом регулисан је поступак набављања, држања и ношења ватреног оружја и муниције. Зато кривично дело из члана 348 КЗ представља кривично дело са **бланкетном** диспозицијом.

Полазећи од поделе оружја у ЗООМ, чини се да би назив одредбе чл. 348 био потпунији да је испред речи оружја додата реч ватрено. Предмет извршења овог кривичног дела је искључиво ватрено оружје за разлику од претходне одредбе чл. 347 КЗ, која се односи на све врсте оружја: хладно, оружје са тетивом... односно и сваки други предмет чија је основна намена вршење напада. Уосталом, у тексту одредбе чл. 348 КЗ наводи се **ватрено** оружје осим у ст. 3 у којем је, непотребно, поново изостављена реч ватрено.

Утврђивање **веће количине** ватреног оружја, муниције или средстава у смислу става 3 члана 348 КЗ фактичко је питање у сваком конкретном случају. Зато је нужно у разлозима пресуде, зависно од конкретне ситуације и околности које су са том ситуацијом у вези, навести зашто се прихвата становиште оптужнице да се ради о "већој количини" наведених предмета, односно зашто се према утврђењу суда не ради о већој количини тих предмета. Ово је неопходно јер се ради о одлучној чињеници, законском обележју дела, а пресуда мора садржати разлоге о одлучним чињеницама.

Утврђивање **велике разорне моћи** предмета из става 3 члана 348 КЗ је питање на које одговор мора дати вештак балистичар или евентуално суд на основу података из стручне литературе. У оба случаја у поступку се морају изводити ти докази и на основу њих закључити да ли је у питању "велика разорна моћ" и у образложењу пресуде дати разлоге за такав закључак, односно важи све оно што је већ речено за "већу количину". Ранијим законом, ЗООМ, врсте оружја, број комада... наведени у ставу 3 члана 33 могу бити само оријентир за утврђивање веће количине. Уколико би судови већу количину ватреног оружја, муниције или средстава утврђивали преузимањем количина из става 3 члана 33 ЗООМ измена ове одредбе у КЗ, изгубила би смисао.

Важно је напоменути да је ово кривично дело, у односу на радње извршења, трајно кривично дело односно кривично дело са индиферентним бројем чињења, али је у смислу члана 112 став 30 КЗ дело извршено ако је радња извршена једном или више пута.

Радња извршења кривичног дела састоји се из више (6) различитих и алтернативно предвиђених радњи - делатности. Кривично дело је извршено чињењем једне или више радњи предвиђених овом законском одредбом, које могу бити извршене истовремено или сукцесивно. Постојаће само једно кривично дело када је предузето више радњи извршења, па и на различитим местима. Стицај је привидни. Судови су дужни да у изреци и образложењу пресуде наведу само оне радње извршења за које је учинилац оглашен кривим: само радњу држања или радње држања и ношења... а не све радње наведене у законској одредби.

Под **набављањем** ватреног оружја, муниције... подразумевају се само основи или фактичке радње које не представљају законско обележје ког другог кривичног дела, којима се не чини неко друго кривично дело. Уколико је извршилац кривичног дела дошао до ватреног оружја вршењем неког другог кривичног дела, такве његове делатности не представљају радњу набављања у смислу одредбе чл. 348 КЗ. Према томе, ако је ватрено оружје набављено извршењем кривичног дела крађе, тешке крађе,... тада не постоји стицај ова два кривична дела, само у односу на радњу набављања из чл. 348 КЗ. Међутим, уколико је учинилац до ватреног оружја дошао извршењем кривичног дела крађе, тешке крађе, разбојништва... онда ово кривично дело може бити у стицају, реалном, са кривич-

ним делом из чл. 348 КЗ, али у односу на радњу држања, ношења..., а не у односу на радњу набављања.

У том смислу је правно схватање утврђено на седници Кривичног одељења Врховног суда Србије од 19. маја 1997. године: Када учинилац крађом дође до ватреног оружја а после извесног времена то оружје од њега буде одузето због неовлашћеног држања, постоји стицај кривичног дела крађе и кривичног дела из члана 33 ЗООМ.

Радњу извршења овог кривичног дела која се састоји у **држању** ватреног оружја, муниције или експлозивне материје ваља схватити као фактичку власт учиниоца над овим предметима. Врховни суд Србије (у даљем тексту ВСС) није прихватио становиште нижег суда да учинилац тиме што је знао за предметно оружје, да је исто и држао у смислу радње извршења овог кривичног дела, наводећи у својој одлуци КЗП 103/03: околност да окривљени има сазнања о томе да се на салашу налази оружје које је за живота држао оставилац без овлашћења, није довољна да би се извео закључак о постојању радњи извршења овог кривичног дела, већ је потребно да код окривљеног постоји свест и воља да манифестује власт над оружјем, односно да исто држи као своје или бар као туђе.

Исти је став заузет и у одлуци ВСС Кж. 1383/93 у којој се наводи "...било је нужно проверити одбрану оптуженог да је он о проналаску бомби обавестио сведока управо због тога што је знао да је овај сведок био радник органа унутрашњих послова и да ће баш од њега моћи добити меродавно упутство. Та чињеница је од значаја, јер ако је таква тврдња оптуженог тачна, онда се озбиљно може довести у питање правилност установљења првостепеног суда да је оптужени наведене бомбе држао у оном смислу како то подразумева ЗООМ када и држање прописује као један од облика извршења овог кривичног дела".

Дакле, под држањем оружја не може се подразумевати сваки случај када се неко лице нађе у фактичком поседу оружја за које нема одобрење надлежног органа већ се под тим појмом схвата такав однос извршиоца овог дела којим се манифестује одговарајући однос власти извршиоца према таквим предметима, да он такве предмете држи као своје или бар чува као туђе.

Ношењем ватреног оружја врши се ово кривично дело и уколико учинилац поседује дозволу за држање тог оружја али не и дозволу за ношење.

Под радњом **израде** ватреног оружја, муниције или експлозивних материја, поред израде потпуно новог ватреног оружја ваља подразумевати и преправљање као и поправљање ватреног оружја, којим се из неупотребљивог доводи у исправно стање.

У односу на остале радње извршења овог кривичног дела посебне напомене нису потребне.

Неопходно је, да би постојало ово кривично дело, да су ватрено оружје, муниција или експлозивне материје комплетни односно исправни (ВСС Кж. 2229/03). Пиштољ чија је цев заливена или из кога се због квара механизма или недостатака делова не може испалити пројектил не представља ватрено оружје у смислу ове одредбе КЗ. Исто важи и за остале предмете извршења овог кривичног дела. "Неовлашћено држање неисправног оружја не представља обележје кривичног дела из члана 33 став 1 ЗООМ. Држањем револвера окривљени није остварио законска обележја кривичног дела из члана 33 ЗООМ, јер је вештачењем несумњиво утврђено да се ради о неисправном оружју - да има кратку ударну иглу, због чега се из истог не може избацити зрно путем испаљења. Окривљени поправку којом би довео ово оружје у функцију није извршио, па се не може говорити ни о постојању умишљаја окривљеног да неовлашћено држи оружје које има то својство, сходно члану 2 ЗООМ, а што је битно обележје кривичног дела" (ВСС Кж. 2229/03). Бомба која нема иницијалну капислу ни експлозивно пуњење не представља оружје у смислу ове одредбе. Неисправним оружјем треба сматрати оно оружје из кога се не може испалити пројектил, односно експлозивну материју која се не може активирати. Неисправности појединих склопова ватреног оружја које не искључују да се из ватреног оружја испали пројектил неће искључити постојање кривичног дела, на пример: механизам пиштоља не убацује метак у цев, али се он може ручно убацити у цев, а потом испалити пројектил.

У цитираним ставовима доследно је примењена одредба члана 2 ЗООМ, којом је прописано да се ватреним оружјем у смислу овог закона сматра свака направа која је израђена, прилагођена или намењена за изба-

цивање пројектила потиском барутних или других гасова насталих као производ сагоревања погонске материје.

Растављено оружје, па и када се поједини делови држе на различитим местима, не губи својство оружја (ВСС Кж. 1814/00).

Судови се сусрећу са проблемом утврђивања да ли конкретно оружје (пример из праксе преправљени стартни пиштољ или пиштољ реплика у чију цев је убачена фабрички произведена цев...) представља оружје из ст. 1 или ст. 2 овог кривичног дела. Проблем је решаван тако што се вештак балистичар изјашњавао да ли је такав револвер функционално исправан, да ли се из њега може испалити пројектил и да ли за такво оружје грађани могу добити одобрење надлежног органа. Балистичко вештачење исправности је неопходно, док се вештачење друге чињенице основано може оспорити, јер се вештак, најчешће основне машинске струке, изјашњава о томе да ли се за то оружје може добити "дозвола" односно ван своје струке. За то утврђење довољан је извештај полиције, односно органа надлежног за одлучивање о томе.

С обзиром да се вештаци изјашњавају да се за такво оружје не може добити одобрење надлежног органа судови дело оцењују као кривично дело из става 2. У прилог оваквом становишту је пресуда Врховног суда Србије Кж. 1375/97 у којој се наводи: у конкретном случају ради се о пиштољу оловки која се пуни једним метком калибра 6,35 мм, те се у конкретном случају ради о оружју из члана 33 став 2 ЗООМ чије набављање, држање... грађанима уопште није дозвољено.

Међутим, оваква пракса судова је погрешна.

Фабрички произведен револвер и преправљени могу бити истог калибра и истог капацитета магацина, односно апсолутно исте бојеве моћи и других карактеристика а да се, код испуњења осталих услова, учинилац огласи кривим у првом случају за став 1 а у другом за став 2 овог кривичног дела. Уосталом, грађани не могу добити одобрење за фабрички произведено, дозвољено оружје, ако су на њему уништени фабрички бројеви, па судови, правилно, учиниоца оглашавају кривим за став 1 овог кривичног дела.

Зато критеријум да се за конкретно оружје не може добити одобрење зато што није фабрички проиозведено, није прихватљив, и у су-

протности је са одредбом става 1 овог кривичног дела која предвиђа, као радњу извршења овог кривичног дела, и неовлашћену израду ватреног оружја о чему је претходно било речи. Дакле, неовлашћена израда ватреног оружја је радња извршења управо става 1 члана 348 као и ранијег члана 33 став 1 ЗООМ, иако за такво оружје извршилац, извесно, не може добити одобрење надлежног органа. Треба разликовати ситуацију када се одобрење не може добити због немогућности одговарајуће евиденције (избрисаних бројева), непостојања одговарајућег атеста, од ситуације када се ради о оружју чија израда, држање, ношење... грађанима није дозвољена. У прилог овом становишту су пресуде Окружног суда у Београду Кж. 601/01 у којој се наводи: првостепеном пресудом окривљени је правилно оглашен кривим, што је у такси возилу неовлашћено за појасом панталона носио ручно прављени пиштољ за коришћење ловачких патрона калибра 16 мм и 5 патрона за ловачку пушку калибра 16 мм чиме је извршио кривично дело неовлашћеног ношења ватреног оружја и муниције из члана 33 став 1 ЗООМ; као и пресуда Кж. 339/95: првостепеном пресудом окривљени је оглашен кривим што је неовлашћено носио скраћену ловачку пушку - кратеж чије држање је грађанима забрањено и осуђен је за кривично дело неовлашћеног ношења ватреног оружја из члана 33 став 2 у вези става 1 ЗООМ. Одлучујући о жалби другостепени суд је нашао да је предмет дела ватрено оружје чије је набављање, држање и ношење грађанима дозвољено уз оружни лист који окривљени неспорно није имао. Стога је првостепена пресуда преиначена и окривљени је оглашен кривим за кривично дело из члана 33 став 1 ЗООМ.

Исправно је правну оцену засновати на утврђењу да ли се конкретно оружје може сврстати у оружја која су наведена у члану 5 ЗООМ, јер је овом одредбом тачно одређено које ватрено, распрскавајуће, гасно, посебно... оружје је грађанима забрањено. Одговор на питање да ли конкретно оружје, по својим карактеристикама, спада у оружје из члана 5 ЗООМ треба да да вештак балистичке струке. Суштински, разграничење би се вршило по врсти, типу ватреног оружја којем конкретно израђено или преправљено оружје припада: ватреном оружју из члана 5 ЗООМ или не.

Иначе у судској пракси није спорно да је гасни пиштољ ватрено оружје чије набављање, држање и ношење грађанима није дозвољено, а

такође и сузавац у спреј боци. Такође и муниција са пресеченим зрном (дум-дум мецима), са запаљивим или распрскавајућим зрном.

Ово кривично дело може се извршити само са умишљајем који мора обухватити свест учиниоца о свим обележјима дела, па према томе и свест да се ради о оружју чија израда, набављање... уопште грађанима није дозвољено (став 2) односно оружју, муницији или другим средствима у већој количини или велике разорне моћи (став 3). Умишљај учиниоца, за било који став ове одредбе, мора обухватити и неовлашћеност у предузимању радњи извршења кривичног дела, што иначе није случај код највећег броја других кривичних дела, код којих елеменат противправности није у законском обележју кривичног дела, а неовлашћеност се мора унети и у изреку пресуде.

У посматраном периоду било је више легализација ватреног оружја, прописиваних како законом (ЗООМ објављен у "Сл. гл. РС" број 39/03) наредбом ("Сл. гл. РС" број 31/03 и 37/03) тако и уредбом ("Сл. гл. РС" број 7/07), иначе садржински идентичних. Занимљиво је да ни у једном од наведених прописа није била наведена муниција као предмет легализације, иако представља објекат извршења кривичног дела из члана 33 ЗООМ, односно 348 КЗ. Врховни суд Србије није прихватио становиште захтева за заштиту законитости да Наредбом (исто се односи и на остале, претходно наведене, прописе о легализацији) није искључено постојање кривичног дела из члана 33 став 1 ЗООМ јер је наредбом прописано само да власници оружја који немају оружни лист за ту врсту оружја могу поднети захтев за издавање оружног листа, наводећи у пресуди Кзз. 62/05 да је сходно одредбама члана 7, 8 и 9 ЗООМ поступак, ван периода легализације "подељен" на, прво, стицање одобрења за набављање ватреног оружја одговарајуће организационе јединице МУП РС, друго, набављање ватреног оружја (фактичко) на основу претходног одобрења и треће, издавање оружног листа за то оружје. Наредбом о легализацији је одређено да власници оружја који немају оружни лист, могу у периоду прописаном Наредбом, поднети захтев да им се изда оружни лист чиме су изједначени са лицем које (ван периода легализације) већ поседује одобрење за набављање и које је на основу тог одобрења већ набавило ватрено оружје. Зато је тачком 1 Наредбе и одређено да власници оружја подносе само (директно) захтев за издавање оружног листа за оно оружје које већ поседују.

Дакле, у периодима важења легализације кривично дело је, у свим облицима, декриминизовано.

Предмет извршења кривичног дела из члана 348 КЗ, у сва три става одредбе су и експлозивне материје. Законом о експлозивним материјама, запаљивим течностима и гасовима ("Сл. гл. РС" број 48/94) експлозивним материјама сматрају се:

1. Привредни експлозиви које представљају материје које се употребљавају за рушење или обликовање објеката и материјала енергијом ослобођеном хемијским реакцијама експлозивног разлагања.

2. Средства за паљење експлозива у које спадају све врсте каписла, упаљача и штапина и пиротехничка средства која се употребљавају при минирању.

3. Пиротехнички производи којима се сматрају средства која се употребљавају за ватромете, противградне ракете и друге ракете које се користе у научне, привредне и друге сврхе, као и предмети који садрже експлозивне састојке, праскаве састојке са дејством експлозива или друге састојке који служе за постизање ефекта разарања, ватре, светлости, пуцања или дима.

4. Привредна муниција у коју спадају меци, патрони и чауре опремљене капислом и напуњене барутом.

5. Барут под којим се сматра црни и малодимни барут намењен за рударске и спортске потребе.

6. Сировине експлозивног карактера за производњу материја из тачака 1 до 5, односно материје које по хемијском саставу и осетљивости на паљење имају особине експлозива и способне су за експлозивно разлагање, а намењене су за производњу експлозивних материја.

Овлашћење за производњу, прераду... експлозивних материја могу добити само предузећа која су регистрована за такву делатност. Такође и за промет.

Поред већ наведеног закона ова област регулисана је и низом подзаконских аката.

Према одлуци Врховног суда Србије Кж. бр. 653/89 али и каснијим одлукама експлозивним материјама у смислу овог кривичног дела, односно

одговарајућег у ранијим законима сматрају се и петарде. Несумњиво је да петарде спадају у експлозивне материје сврстане под тачком 3 на претходној страни овог реферата. "Када окривљени прави петарде, тиме је израђивао експлозивне материје чија израда грађанима уопште није дозвољена, па је тиме извршио кривично дело из става 2 овог кривичног дела".

На основу овлашћења садржаних у Закону о унутрашњим пословима и Закону о експлозивним материјама, запаљивим течностима и гасовима, Министарство унутрашњих послова издало **је обавезну инструкцију** о начину вршења инспекцијског надзора над прометом пиротехничких средстава.

Њоме су пиротехничка средства подељена у четири разреда и то:

Разред један - пиротехничке играчке: бенгалске шибице, пуцајуће шибице, пуцајући улошци за цигарете, каписле за дечије пиштоље, конфетне бомбице, пуцајуће жабице, пуцајуће бомбоне, пасје бомбице, пуцајући чепови, шибице са златном и сребрном кишом, пуњења која експолодирају под ногама, пуцајуће траке и мале петарде и други слични производи.

Разред два - средства за мале ватромете, петарде, римске свећице, мали ватрометни бицикли, фонтане, бенгалске бакље, бенгалске свећице, топовски пуцњи и други слични производи.

Разред три - средства за средње ватромете: средње велики ватрометни производи за јавне приредбе.

Разред четири - средства за велике ватромете: велики ватрометни производи за јавне приредбе. То су ватрометне бомбе, сферне и ваљкасте, калибра од 25,4 мм до 304,8 мм и лансери.

За сваки разред наведене су техничке карактеристике. Обавезна инструкција, као и закон, задржала је ограничење да се прометом ових производа могу бавити само правна лица.

Физичко лице које се бави прометом ових средстава, чини то неовлашћено, па самим тим и кривично дело из члана 348 КЗ. Међутим, за остале радње извршења овог кривичног дела, у односу на ове предмете: набављање, држање и ношење ситуација је другачија.

Обавезна инструкција дозвољава продају пиротехничких средстава разреда један током целе године и лицима млађим од 18 година. Количина пиротехничких средстава није ограничена.

Исто се односи и на пиротехничка средства разреда два, уз ограничење да се могу продавати само лицима старијим од 18 година. Могу их користити и лица млађа од 18 година али под надзором родитеља.

Дакле, пиротехничка средства разреда један и два налазе се у малопродаји, њихова куповина није условљена било каквим одобрењем, нити су ограничене количине које појединац може набавити. Зато, у односу на ова пиротехничка средства кривично дело из члана 348 КЗ не може бити извршено радњом набављања, држања или ношења.

За набавку, употребу и продају пиротехничких средстава разреда три и четири надлежни орган унутрашњих послова мора издати одобрење, па претходни став реферата за ова пиротехничка средства не важи.

На територији Републике Србије могу се продавати само пиротехничка средства која се налазе на **листи** експлозивних материја које се могу стављати у промет, издатој од МУП РС.

Бата Цветковић,
судија Врховног суда Србије

КРИВИЧНО ДЕЛО ТРГОВИНА ЉУДИМА

Уводне напомене

У Кривичном законику у Глави XXXIV поред осталих кривичних дела прописано је и кривично дело трговина људима у члану 388. КЗ, које према својим законским обележјима представља једно релативно "ново" кривично дело, мада би неке од његових радњи извршења, могле имати обележја и неког од дотад постојећих кривичних дела.

Разлог увођења овог кривичног дела у наше кривично законодавство, као и у кривично законодавство већег броја земаља, објашњава се првенствено чињеницама о застрашујућој експанзији и просторној распрострањености вршења истих. Томе је очигледно допринео развој свих врста саобраћаја, развој технике и повећања животног стандарда а подела света на богате и сиромашне земље, постала је фактички опредељујући услов за процват овог облика криминалитета.

У том смислу вршење овог кривичног дела се најчешће везује за организоване криминалне групе, па када се узме у обзир његова интернационална димензија, онда се може уочити сва озбиљност проблема и тешкоће у његовом сузбијању и спречавању, односно обрачуну са његовим носиоцима. Ово посебно и због тога, јер су последице вршења овог кривичног дела изузетно тешке по жртве ове врсте криминалитета, будући да најчешће ти људи губе најпре право слободе, а потом и сва друга права у вези с тим, губе све материјалне и духовне вредности, самопоштовање, а самим тим и морални интегритет, па када се има у виду да је жртва код овог кривичног дела објекат не само радње извршења дела, него и објекат најгорег насиља, које се врши над њом, јер је насиље фактички присутно у свим фазама вршења овог кривичног дела, онда настају и најтрагичније последице, јер врло често жртве ових кривичних дела због тоталне дегра-

дације личности и крајњих понижења губе и вољу за животом, па излаз врло често траже у најгорим решењима по њих.

Због тога је Међународна заједница донела више међународних докумената који регулишу ову област, с тим што посебну важност има Протокол за превенцију, сузбијање и кажњавање трговине људским бићима, нарочито женама и децом, који иначе допуњава Конвенцију Уједињених нација против транснационалног организованог криминала ("Сл. лист СРЈ" – међународни уговори број 5/01). У том смислу члан 3. цитираног протокола је у нашем кривичном законодавству послужио као основ за формулисање законског описа овог кривичног дела, које је први пут уведено у наше кривично законодавство Законом о изменама и допунама Кривичног закона Републике Србије, објављеном у Службеном гласнику Републике Србије број 39/03 од 11. 04. 2003. године, као кривично дело трговина људима из члана 111-б. КЗ РС и било сврстано у групу кривичних дела против достојанства личности и морала.

Доношењем Кривичног законика, наведено кривично дело је са одређеним изменама у начелу задржало своја законска обележја, с тим што је по новом Кривичном законику сврстано у кривична дела против човечности и других добара заштићених међународним правом, где је прописано у члану 388. КЗ.

Кривично-правни аспект

Као што је већ речено у уводном делу овог реферата, кривично дело трговина људима је у наше кривично законодавство уведено први пут Законом о изменама и допунама КЗ РС ("Сл. гласник РС" 39/03) у члану 111-б., који је гласио:

1. ко силом или претњом, довођењем у заблуду или одржавањем у заблуди, злоупотребом овлашћења, поверења, односа зависности или тешких прилика другог, врбује, превози, пребацује, предаје, продаје, купује, посредује у предаји или продаји, сакрива или држи друго лице, а у циљу стицања неке користи, експлоатације и његовог рада, вршења криминалне делатности, проституције или просјачења, употребе у порнографске сврхе, ради одузимања дела тела за пресађивање или ради коришћења у оружаним сукобима,

казниће се затвором од једне до десет година.

2. ако је дело из става 1. овог члана учињено према више лица, отмицом, приликом вршења службене дужности, у оквиру криминалне организације, на нарочито свиреп или на нарочито понижавајући начин или је наступила тешка телесна повреда,

учинилац ће се казнити затвором од најмање три године.

3. ако је дело из става 1. овог члана учињено према малолетном лицу, или је наступила смрт оштећеног лица,

казниће се затвором од најмање пет година.

4. за дело из става 1. овог члана учињено према лицу које није навршило 14 година,

учинилац ће се казнити казном прописаном за то дело и кад није употребило силу, претњу или неки од других наведених начина извршења.

У Кривичном законику ("Сл. гласник РС" 85/05), кривично дело трговина људима прописано је у члану 388., при чему су код основног облика у ставу 1, за које је сада запрећена казна затвора од две до десет година, задржана обележја наведеног кривичног дела из ранијег члана 111-б. КЗ РС у погледу радње, начина извршења и циља који се жели постићи извршењем кривичног дела, али су истовремено учињене и одређене измене у погледу алтернативно прописаних облика.

Тако су најпре код радњи извршења овог кривичног дела, задржане све раније прописане алтернативне радње почев од врбовања па до сакривања или држања другог лица, осим што је у Кривичном законику, као једна од раније алтернативних радњи изостављена радња "посредовања у предаји", те је по овом основу остала само радња посредовања у продаји. Очигледно је да је законодавац оваквим законским решењем, радњу посредовања у предаји везао за кријумчарење људи, која се најчешће и састоји у посредовању приликом договарања начина и места, где се жртва предаје другом лицу коју преузима ради даљег транспорта, а што по новом Кривичном законику представља ново кривично дело кријумчарење људи из члана 350. КЗ. Ваља рећи у овом делу и то да су све наведене радње појмовно врло јасне и не захтевају нека посебна објашњења.

Када се ради о начину извршења, као следећем обележју наведеног кривичног дела, треба приметити да су у овом делу у Кривичном законику задржана ранија законска решења, почев од силе и претње па до злоупотребе тешких прилика другог, али је сада прописан и нови алтернативни облик начина извршења у виду "задржавања личних исправа или давањем или примањем новца или друге користи". Оваква измена је и била неопходна због бројних случајева у пракси, где су извршиоци ових кривичних дела, поготову у циљу проституције или друге врсте сексуалне експлоатације оштећених лица, по правилу од оштећених одузимали и задржавали личне исправе, као један од облика принуде или контроле над жртвама.

Што се тиче циља који се жели постићи извршењем овог кривичног дела, може се закључити да је код овог обележја наведеног кривичног дела у основном облику предвиђеном у ставу првом, дошло до највећих измена, јер је најпре као један од раније алтернативно одређених циљева, сада изостављено "стицање неке користи", што је у ранијој судској пракси био најчешћи – циљ извршења овог дела. И у овом случају очигледно је да је због увођења новог облика кривичног дела недозвољени прелаз државне границе, а сада и кријумчарење људи из члана 350. КЗ, дошло до изостављања наведеног алтернативно постављеног циља извршења кривичног дела трговина људима, јер је само наведено обележје – циљ у виду стицања неке користи, постао битно обележје – циљ кривичног дела недозвољени прелаз државне границе и кријумчарење људи из члана 350. став 2., које се врши омогућавањем недозвољеног прелаза границе или недозвољеног боравка или транзита лицу које није држављанин наше земље, а у циљу стицања неке користи.

Осим тога, у Кривичном законику код овог обележја кривичног дела трговина људима, поред раније предвиђених алтернативно побројаних циљева, почев од експлоатације туђег рада, па до коришћења у оружаним сукобима, сада су уведене и нове циљне делатности у виду "принудног рада, друге врсте сексуалне експлоатације, успостављања ропског или њему сличног односа и ради одузимања органа". Иако неки од наведених појмова нису правно прецизно одређени, неопходно је у пракси поједине од тих појмова тумачити на начин како се исти користе евентуално код других кривичних дела у оквиру Кривичног законика, с тим што је приликом практичне примене нео-

пходно имати у виду и одредбе напред цитираног протокола у коме се даје значење појединих употребљених израза.

На основу изложених обележја основног облика кривичног дела трговина људима из става првог, може се извести генерални закључак да је пасивни субјект извршења овог кривичног дела људско биће, при чему је дело свршено, када је на неки од цитираних начина, предузета било која од предвиђених радњи, а у циљу постизања неког од поменутих циљева, с тим што се у погледу виности захтева умишљајно поступање извршиоца овог кривичног дела.

Код квалификованих облика кривичног дела трговина људима из става 2. и 3. овог члана (члан 388. КЗ), карактеристично је да је пасивни субјект малолетно лице, с тим што дело из става 2. иако није запрећена тежа казна, квалификованим обликом га чини околност да само својство пасивног субјекта одређује радњу као кривично дело иако није употребљена сила, претња или неки други начин извршења кривичног дела, док став 3. прописује квалификовани облик уколико је дело из става 1. учињено према малолетном лицу што подразумева употребу силе, претње или неког другог насиља, па је у том смислу овај став делимично преузео одредбе ранијег става 3. члана 111-б. КЗ РС, с тим што је сада за овај облик извршења кривичног дела запрећена блажа казна затвора од најмање три године, за разлику од раније казне затвора од најмање пет година. Изнетим законским решењем у ставу 2. је уједно обухваћен и ранији облик извршења овог кривичног дела из члана 111-б. став 4. КЗ РС који је санкционисао извршење овог кривичног дела према лицу које није навршило 14 година.

Садашњи квалификовани облик кривичног дела трговина људима из става 4. овог члана (388. КЗ), постоји уколико је услед дела из става 1. и 3. овога члана, наступила тешка телесна повреда неког лица, које законско решење је постојало и у ранијем члану 111-б. став 2. КЗ, с тим што је сада за ово кривично дело запрећена казна затвора од три до петнаест година, за разлику од раније запрећене казне од најмање три године, а слична ситуација је и код садашњег квалификованог облика овог кривичног дела из става 5., који регулише ситуацију када је услед дела из става 1. и 3. овога члана, наступила смрт једног или више лица, што је готово идентично ранијем законском решењу из става 3. члана 111-б. КЗ РС, које је санкционисало наступање смрти оштећеног приликом извршења овог

кривичног дела, при чему је и код овог квалификованог облика дошло до измене запрећене казне од најмање десет година, колико је сада предвиђено у односу на ранију казну затвора од најмање пет година.

У овом делу ваља напоменути и то да се код ових квалификованих облика кривичног дела из става 4. и 5. у погледу виности, тражи да је учинилац у односу на ове последице (тешка телесна повреда и смрт једног или више лица) поступао с нехатом.

Напокон, предвиђен је и квалификовани облик овог кривичног дела у ставу 6., који постоји ако се учинилац бави вршењем кривичног дела и става 1. до 3. овога члана или је дело извршено од стране организоване групе. Оваквим законским решењем делом су преузете раније одредбе члана 111-б. став 2. КЗ РС, који је предвиђао постојање квалификованог облика овог кривичног дела, уколико је дело учињено у оквиру криминалне организације, а садашња одредба говори о организованој групи, што на неки начин указује на мањи обим организованости и бројности чланова, при чему би у овом делу требало користити и одредбу члана 112. тачка 22. КЗ, која даје објашњење појма "организована група". Други алтернативни облик у овом ставу 6., који иначе представља новину у односу на ранија законска решења, подразумева бављење трговином људима у смислу одредбе из става 1. до 3. овога члана. Сам термин "бављење" подразумевао би очигледно неку континуирану делатност која би се односила на већи број случајева, па ће у том смислу вероватно судска пракса и дати одговор на питања око овог неодређеног појма, да ли се под тим могу подразумевати два или евентуално више случајева.

Анализом изложених битних елемената кривичног дела трговина људима из члана 388. КЗ, може се закључити да они обухватају и обележја неких других кривичних дела, па се у том смислу и поставља питање њихових међусобних односа. У досадашњој судској пракси, то је најизраженије код кривичног дела недозвољени прелаз државне границе и кријумчарење људи из члана 350. КЗ. Иако се ради о кривичном делу из главе кривичних дела против јавног реда и мира, ново законско решење из става 2. поменутог члана које гласи: "ко у намери да себи или другом прибави какву корист, омогућава другом недозвољени прелаз границе СЦГ или недозвољени боравак или транзит кроз СЦГ, лицу које није држављанин СЦГ,

казниће се затвором од три месеца до шест година", управо указује на одређене додирне тачке са кривичним делом трговина људима. Ово због тога што се одмах може уочити да је један од ранијих циљева код кривичног дела трговина људима "намера да себи или другом прибави какву корист", сада постао битан елеменат – циљ овог кривичног дела кријумчарење људи, па уколико се тај циљ надовеже са такође новим обележјем овог кривичног дела у виду омогућавања недозвољеног боравка или транзита лицу које није наш држављанин, онда се долази до закључка да се управо ради о највећем броју случајева у судској пракси поводом илегалног транспорта страних држављана преко наше територије, који су по ранијем КЗ РС, квалификовани као кривично дело трговина људима, јер је у свим тим случајевима циљ вршења кривичног дела био стицање користи организатора тих илегалних пребацивања преко границе и преко територије у транзиту, који циљ извршења дела је према тада важећем законодавству био саставни део кривичног дела трговина људима. Садашњим законским решењима је ова дилема отклоњена у ком смислу се својом пресудом изјаснио и Врховни суд Србије – Посебно одељење за организовани криминал Кж-I-ок-10/05 од 14. 03. 2006. године, јер је у жалбеном поступку преиначио првостепену пресуду, којом су оптужени били оглашени кривим поред осталог и због кривичног дела трговина људима из члана 111-б. став 2. у вези става 1. КЗ РС, с тим што је првостепена пресуда била донета пре ступања на снагу новог Кривичног законика, тиме што је радње оптужених, које су се састојале у илегалном пребацивању преко наше територије већег броја страних држављана из Пакистана, даље у друге европске земље за унапред одређену новчану накнаду, правно квалификовао као кривично дело недозвољени прелаз државне границе и кријумчарење људи из члана 350. став 3. у вези става 2. КЗ, будући да се радило о организованој криминалној групи.

Треба приметити и то да су се у судској пракси у вези извршења овог кривичног дела, појавиле неке дилеме око изрицања мере безбедности одузимања предмета из члана 87. КЗ, те у вези с тим сматрам да не би требало имати било какве недоумице, уколико се ради о путничком или теретном возилу или пак било каквом другом превозном средству, којима се врши илегално пребацивање и транспорт људи, поготову ако се ради о "преуређеним возилима", са накнадно уграђеним "бункерима" за илегалан превоз људи. Овакав став је заузео и Врховни суд Србије својом одлуком

Кж-I-1836/04 од 29. 12. 2004. године, потврђујући првостепену пресуду којом је применом наведене мере безбедности одузето комбиновано туристичко возило, којим је у уграђеним бункерима превожено тринаесторо страних држављана.

Уместо закључка, треба истаћи да у овом реферату није било могуће детаљно размотрити све проблеме и ситуације, које се јављају и које ће се јавити у вези са вршењем кривичног дела трговина људима, јер се ради о релативно "новом" кривичном делу. Међутим, треба рећи и то, да ће ово кривично дело тек добијати на значају, јер се ради о једном од најопаснијих облика организованог криминала, као последице "савременог света", чијој експанзији су у значајној мери допринели и доприносе порозне границе, широка могућност комуникације савременим технологијама, савремена средства транспорта и превоза, као и незасита глад извршилаца за лаком и добром зарадом.

КРИВИЧНО ПРОЦЕСНО ПРАВО

мр Сретко Јанковић,
судија Врховног суда Србије

НЕДОЗВОЉЕНИ ДОКАЗИ У СУДСКОЈ ПРАКСИ

Увод

Основни циљ кривичног поступка је утврђивање истинитог чињеничног стања, тј. истине. Тако и Законик о кривичном поступку (ЗКП) у одредби члана 17. прописује начело истине, а и нови Законик о кривичном поступку (нови ЗКП), чија је примена одложена до 31.12.2008. године, такође, у одредби члана 13. садржи овакво начело под називом: "Начело истине и правичности у кривичном поступку".

Када је у питању утврђивање истине у кривичном поступку постоје и одређена ограничења за њено утврђивање, а једно од њих су и недозвољени докази. Додуше, има аутора који сматрају да "испитивање и утврђивање истине ничим није ограничено у кривичном поступку". Без обзира на значај истине и њеног утврђивања у кривичном поступку, не може се дозволити да се до ње дође не бирајући средства. Другим речима, не може се дозволити да се до истине долази кршењем основних људских права и слобода, кршењем основних моралних норми друштва, коришћењем непоузданих техничких средстава, и др. Јер, очигледно "да не би остало ништа од неприкосновености личности окривљеног ако би се данашња расположива средства користила у кривичном поступку"[1]. За друштво је, с једне стране, веома важно да се учинилац кривичног дела открије и да му се у законито спроведеном поступку изрекне одговарајућа крвична санкција, али, с друге стране, тиме се не могу доводити у опасност други интереси, који су за друштво барем исто тако важни. "Апсо-

[1] М. Аћимовић: Допринос браниоца истини у кривичном поступку. Београд, 1966. год., стр. 64

лутно слободно и ничим ограничено истраживање предмета суђења не може се допустити јер би довело у опасност поједине друге државне и друштвене интересе, међу којима је заштита људских права најважнији, иако не и једини (и ауторитет кривичног поступка се мора штитити од сумњивог доказивања)"[2].

О недозвољеним доказима и последицама њихове употребе у кривичном поступку писано је у нашој стручној литератури, али је ова тема увек актуелна с обзиром да се са развојем науке и технологије стално појављују нови докази (доказна средства), а самим тим се јавља и потреба за оценом њихове дозвољености, односно недозвољености.

С обзиром да проблематика недозвољених доказа обухвата низ комплексних питања, овај реферат је покушај да се размотре нека најважнија и укаже на одређене ставове судске праксе о појединим питањима, а што може бити од користи судијама у свакодневном раду.

Појам недозвољених доказа

За означавање овог појма у теорији кривичног процесног права и судској пракси се користе различити термини, као нпр. "неваљани докази"[3], "правно неваљани докази"[4], "недозвољена доказна средства"[5], "неподобни докази"[6], док се у судској пракси најчешће употребљава термин "недозвољени докази" и "незаконити докази". У суштини, недозвољени докази су они докази, односно доказна средства који су недозвољени сами

[2] М. Грубач: Заштита људских права и доказне забране у југословенском кривичном поступку (у публикацији "Уставност и законитост у заштити људских права и слобода"), Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 1997. год, стр. 85

[3] Г. Илић: О неваљаним доказима у кривичном поступку, "Билтен Окружног суда у Београду" број 73/06, стр. 33

[4] V. Bayer: Југословенско кривично процесно право (право о чињеницама и њиховом утврђивању у кривичном поступку), "Информатор", Загреб, 1978. год., стр. 96

[5] М. Грубач: Кривично процесно право, "Службени гласник" и Правни факултет Универзитета "Унион", Београд, 2006. год., стр. 241

[6] М. Стевовић: Неподобни докази у кривичном поступку (магистарски рад), Правни факултет у Београду, 2004. год., стр. 4

по себи или су законом забрањени, а с друге стране, одређени докази се сматрају незаконитим због незаконитог начина њиховог прибављања. Одлука (а посебно пресуда) у кривичном поступку не може се заснивати на недозвољеном доказу, због чега закон прописује да се он издваја из списа предмета, а заснивање пресуде на недозвољеном доказу представља апсолутно битну повреду одредаба кривичног поступка, која доводи од укидања пресуде у жалбеном поступку. Дакле, када се говори о недозвољеним доказима прво се имају у виду докази (доказна средства) које закон изричито забрањује, затим докази који законом нису забрањени али се због начина прибављања сматрају недозвољеним.

О недозвољеним доказима уопште

ЗКП не даје дефиницију недозвољених доказа, али је одредба члана 18. став 2. општа одредба, која прописује на којим доказима се не може заснивати судска одлука: "Судске одлуке се не могу заснивати на доказима који су сами по себи или према начину прибављања у супротности са одредбама овог законика, другог закона, устава или међународног права". На овај начин, сматра М. Шкулић[7], законодавац функционално одређује појам незаконитог доказа. И нови ЗКП садржи сличну одредбу у члану 15. (под називом: "Правно неваљани докази"), која гласи: "Судске одлуке се не могу заснивати на доказима који су сами по себи или према начину прибављања у супротности са одредбама овог законика, другог закона, или су прибављени, односно изведени повредама људских права и основних слобода прописаних уставом или ратификованих међународним уговорима". Поменуте одредбе су доста уопштене, али оба законика садрже и одредбе које се односе на конкретне недозвољене доказе, а о тим одредбама у важећем ЗКП ће касније бити више речи.

"Напредак науке и технике чини да је проблем недозвољених доказних средстава стално на дневном реду и да се она унапред у закону не могу предвидети до краја. Због тога оцена о дозвољености доказних средстава

[7] М. Шкулић: Кривично процесно право (општи део), Правни факултет у Београду и "Службени гласник", Београд, 2006. год., стр. 204

у великом делу мора бити препуштена суду"[8]. Такође, и Г. Илић, након упоредне анализе судске праксе неколико земаља, закључује "да судови, услед недоречености законске регулативе, имају по правилу одлучујућу реч у вези са прихватљивошћу доказног материјала"[9]. У већини савремених законодавстава начелно је суду остављена слобода да у утврђивању чињеница употреби свако доказно средство, осим оних која су законом забрањена, која су прибављена кршењем основних људских права и слобода, која су у супротности са правним поретком и која су противна друштвеном моралу.

Када је реч о недозвољеним доказима, често се помињу доказна правила и доказне забране. Постојање одређених доказних забрана "има за циљ да судским путем постави стандарде понашања државних органа приликом прикупљања доказа"[10]. Другим речима, доказне забране су "... правила по којима се с једне стране одређена доказна средства начелно искључују од употребе у кривичном поступку", (нпр. тортура, наркоанализа, употреба полиграфа) и на њима се не може заснивати судска одлука, а с друге стране, "исто важи и за доказна средства и изворе доказа који су начелно иначе допуштени у кривичном поступку, али њихови резултати услед одређених пропуста у њиховом добијању односно коришћењу тих доказних средстава (ексцесна реализација доказних средстава), немају потребан доказни кредибилитет и не могу послужити као основа за доношење одлуке о предмету поступка"[11].

Да би се спречило прибављање недозвољених доказа, Кривични законик прописује неколико кривичних дела, која чине службена лица или друга лица која прибаве недозвољени доказ (изнуђивање исказа - члан 136., противзаконито претресање - члан 140., повреда тајности писма и других пошиљки - члан 142., неовлашћено прислушкивање и снимање - члан 143., и неовлашћено фотографисање - члан 144).

---

[8] М. Грубач: Кривично процесно право (процесне радње), "Службени гласник", Београд, 1996. год., стр. 70

[9] Г. Илић: оп. цит., стр. 34

[10] Т. Васиљевић: Систем кривичног процесног права, "Савремена администрација", Београд, 1981. год., стр. 604

[11] М. Шкулић: оп. цит., стр. 203

Када је у питању прибављање незаконитих доказа, по тзв. теорији о плодовима отровног дрвета (која је нарочито заступљена у САД), докази који би сами по себи били законити, сматрају се назаконитим ако је начин њиховог прибављања незаконит. Постоје мишљења да и наш ЗКП прихвата ову теорију, а као основ за овакав став узима се одредба члана 18. став 2. ЗКП"[12]. Међутим, када је у питању судска пракса, наилазимо и на другачији став, као нпр. у следећој одлуци: "***Чињеница да је одређени доказ, у преткривичном поступку прибављен на незаконит начин, на мора да умањује његову доказну снагу***" (Решење окружног суда у Београду Кж 2333/02 од 19. октобра 2002. године и решење Трећег општинског суда у Београду К 582/02 од 18. јуна 2002. године)[13]. У образложењу другостепене одлуке се наводи да је првостепени суд утврдио да претресање стана није извршено у складу са законом (извршено је без наредбе суда и без присуства два сведока, а тврдња лица која су вршила претрес, да се окривљени сагласио да се претрес изврши без сведока, није констатована у записнику о претресању), па се стога и такав записник не може употребити као ваљан доказ. Стога првостепени суд, како се наводи у другостепеном решењу, није прихватио као доказ ни потврду о одузетим предметима, јер је она "плод" незаконите радње. Другостепени суд је укинуо првостепену пресуду, налазећи да и у случају да је претресање вршено противно одредбама ЗКП, "у склопу свих доказа треба ценити потврду о привремено одузетим предметима". Осим тога, другостепени суд налази да је потврда о привремено одузетим предметима сачињена на законит начин, те да, "без обзира што је радња која је претходила одузимању предмета спроведена на незаконит начин, сама радња одузимања предмета је у потпуности законски спроведена, те стога представља доказ у кривичном поступку".

Када су у питању лична доказна средства (исказ окривљеног, исказ сведока) и вештачење, ЗКП садржи посебне одредбе којима је прописано када се ти докази сматрају недозвољеним (о чему ће бити речи у наредном поглављу). Међутим, када су у питању друга доказна средства, односно тзв. материјални докази (разни предмети, фотографије, аудио снимци, видео снимци, комбиновани аудио-видео снимци, исправе) ЗКП садржи врло мало одредба, због чега је потребно рећи нешто о тим доказима.

---

[12] Видети М. Шкулић: Кривично процесно право (општи део), стр. 206

[13] Електронска база судске праксе, "Интермекс", Београд

Да би се фотографије, аудио снимци, видео снимци и аудио-визуелни снимци могли употребити као ваљан доказ у кривичном поступку нопходно је (одређеним доказним средствима, а обично вештачењем) утврдити њихову аутентичност, те утврдити да ли су прибављени на правно ваљан начин. Јер, ако је њихова аутентичност доведена у сумњу и не може се поуздано утврдити, или су, пак, прибављени на незаконит начин, такви докази ће се сматрати правно неваљаним, односно незаконитим. Када су у питању идентификациони материјални докази (отисци папиларних линија и биолошки трагови на основу којих се врши ДНК анализа) они се сматрају апсолутно поузданим (под условом да је поступак идентификације правилно спроведен). За њих је "карактеристично да се користе у доказном смислу на индиректан начин, што значи да ти материјални докази нису по правилу, сами по себи подобни да произведу потребан доказно-идентификациони значај у кривичном поступку, већ се до тога долази предузимањем одређених претходних радњи, а најчешће одговарајућих вештачења или сличних експертских активности"[14]. Када су у питању исправе и њихово коришћење као доказа, такође је неопходно утврдити њихову аутентичност (потврдом од стране издаваоца, саслушањем сведока, одређеним вештачењем, и др). "У кривичном поступку не постоји могућност да се исправа, као ни било који други доказ третира као неспоран доказ јер у погледу њега постоји сагласност странака, већ ће суд увек и сам и на доказне начине за које се определи, без ичије доказне иницијативе, а сходно начелу истине, утврђивати аутентичност исправе и уопште, њене доказне квалитете, уколико посумња у њену оригиналност, целовитост и тсл."[15] Дакле, суд и исправе цени као и сваки други доказ у кривичном поступку у складу са начелом слободне оцене доказа и у складу са својим слободним судијским уверењем.

Одредбе ЗКП о недозвољеним доказима

Основна одредба ЗКП која се односи на недозвољене доказе је одредба члана 18. став 2., која је напред цитирана, али још неке одредбе се тичу недозвољених доказа.

[14] М. Шкулић: оп. цит., стр. 274
[15] М. Шкулић: оп. цит., стр. 276

Одредбом члана 89. став 10. ЗКП прописано је када се на исказу окривљеног не може заснивати судска одлука, а то је у случају:

1) ако је према окривљеном употребљена сила, претња, обмана, обећање, изнуда, изнуривање или друга слична средства (члан 131. став 4. ЗКП – тј. ако су према њему употребљене медицинске интервенције или друга средства, којима би се утицало на његову свест и вољу при давању исказа) да би се дошло до његове изјаве или признања или неког чињења које би се против њега могло употребити као доказ,

2) ако окривљени није поучен о правима из члана 89. став 2. ЗКП (да се одазове на позив суда, да саопшти сваку промену адресе, да није дужан да изнесе своју одбрану нити да одговара на постављена питања, и др), те ако изјаве окривљеног из члана 89. став 9. ЗКП о присуствовању браниоца нису убележене у записник.

Ако, дакле, исказ окривљеног, односно записник о његовом саслушању, садржи неки од поменутих недостатака, обавеза је истражног судије, у складу са одредбом члана 178. ЗКП, да донесе решење којим се такав записник о исказу окривљеног издваја из списа предмета. Ако је истражни судија то пропустио да уради, исту овавезу има председник већа (члан 283. став 3. ЗКП), односно веће по завршеном доказном поступку (члан 337. став 3. ЗКП). Ако судија известилац другостепеног суда (пре одржавања седнице другостепеног већа) утврди да се у списима предмета налази овакав записник, у складу са одредбом члана 374. став 4. ЗКП, вратиће списе првостепеном суду како би председник већа првостепеног суда донео решење о издвајању тог записника из списа. Дакле, издвајање записника могуће је у различитим фазама кривичног поступка[16].

Одредбом члана 99. ЗКП прописано је у којим случајевима се на исказу сведока не може заснивати судска одлука. То су случајеви када је као сведок саслушано лице које се не може саслушати као сведок (члан 97. ЗКП) или лице које не мора да сведочи (члан 98. ЗКП), а није упозорено на то или се није изричито одрекло тог права, или ако упозорење и одрицање није убележено у записник, или ако је саслушан малолатник који не може да схвати значај права да не мора сведочити, или ако је исказ све-

[16] Видети Д. Обрадовић: Издвајање записника кроз поједине фазе кривичног поступка, Билтен Окружног суда у Београду, број 64/04

дока изнуђен силом, претњом или другим сличним забрањеним средством (члан 131. став 4. – тј. ако су према сведоку примењене медицинске интервенције или су му дата таква средства којима би се утицало на његову свест и вољу при давању исказа). И када се ради о исказу сведока на коме се не може заснивати судска одлука, такав записник се издваја из списа предмета, а све што је претходно речено у вези са издвајањем записника о саслушању окривљеног, вреди и код исказа сведока.

Одредбом члана 116. став 1. ЗКП прописано је да се за вештака не може одредити лице које не може бити саслушано као сведок, затим лице које је ослобођено од дужности сведочења, као ни лице према коме је кривично дело учињено, а ако је такво лице одређено за вештака, онда се на његовом налазу и мишљењу не може заснивати судска одлука. Такав налаз и мишљење, односно записник о саслушању вештака се, у складу са одредбом члана 178. ЗКП, издваја из списа предмета.

Када су у питању обавештења која прикупе органи унурашњих послова (полиције), "начелни је став ЗКП да обавештења која ради извршења својих задатака пре кривичног поступка прикупе органи полиције не могу бити коришћени као докази у кривичном поступку"[17]. Та обавештења се, као и обавештења која прикупи јавни тужилац, у складу са одредбом члана 178. став 3. ЗКП, издвајају из списа. Међутим, то се не односи на записник из члана 226. став 9. ЗКП (када је осумњичени саслушан у присуству адвоката по одредбама ЗКП), јер се тај записник "не издваја из списа и може се користити као доказ у кривичном поступку".

Ако је код примене мера надзора и снимања телефонских разговора или комуникација другим техничким средствима и оптичких снимања из члана 232. ЗКП поступљено противно одредбама ЗКП или наредби истражног судије, у складу са одредбом члана 233. став 4. ЗКП, на таквим подацима се не може заснивати судска одлука. На добијене податке и обавештења сходно се примењују одредбе члана 99. ЗКП, а ако се ради о снимцима сачињеним противно одредбама члана 232. и 233 ЗКП, на њих се сходно примењују одредбе члана 178. став 1., 273. став 4., 337. став 3. и 374. став 4. ЗКП, односно такви подаци, обавештења и снимци се издвајају из списа предмета.

[17] М. Грубач: Кривично процесно право, оп. цит., стр. 248

Одредбом члана 368. став 1. тачка 10. ЗКП, прописано је да постоји битна повреда одредаба кривичног поступка "ако се пресуда заснива на доказу на коме се по одредбама овог законика не може заснивати", а како се ради о апсолутно битној повреди одредаба кривичног поступка (на коју другостепени суд пази по службеној дужности), она повлачи обавезно укидање пресуде. Ранији ЗКП (из 1976. год) одредбом члана 364. став 1. тачка 8., такође је предвиђао ову битну повреду, али нешто другачије, тачније чињеница да се пресуда заснива на неваљаном доказу неће се сматрати битном повредом (и неће довести до укидања пресуде) "ако је, с обзиром на друге доказе, очигледно да би и без тог доказа била донесена иста пресуда". Нови ЗКП у одредби члана 392. став 1. тачка 9. прописује ову повреду међу апсолутно битним повредама: "ако се пресуда заснива искључиво на доказу на коме се по одредбама овог законика не може заснивати", што је у суштини сврстава у релативно битне повреде одредаба кривичног поступка. "Ratio legis ове модификације се своди на потребу да се пресуда не укида обавезно због њене заснованости на одређеном правно неваљаном доказу, уколико је она истовремено заснована на другим, иначе правно ваљаним доказима"[18].

У посебним одредбама о поступку за кривична дела организованог криминала, такође, постоје одредбе које се односе на недозвољене доказе. Тако, када је у питању признавање статуса сведока сарадника, према одредби члана 504е. став 4. ЗКП, ако је усвојен предлог јавног тужиоца, "веће ће одредити да се из списа предмета издвоје записници и службене белешке о ранијим исказима сведока сарадника које је дао као осумњичени или окривљени, и они се не могу употребити као доказ у кривичном поступку, осим "у случају из члана 504и. овог законика (ако сведок сарадник не поступи у складу са својим обавезама или пре окончања кривичног поступка изврши ново кривично дело организованог криминала, односно ако се открије неко раније кривично дело које је извршио). Када су у питању подаци прикупљени применом мера из члана 504љ. (пружање симулованих пословних услуга, склапање симулованих правних послова и ангажовање прикривеног иследника), ако се односе на кривично дело које не представља дело орга-

[18] М. Шкулић: Планиране новеле у новом ЗКП (реферат са научног скупа: Примена новог ЗКП Србије), Копаоник 2007. године, Удружење за кривично право Србије, Београд, 2007. год., стр. 226

низованог криминала, у складу са одредбом члана 504н. "не могу се користити у поступку који се води за то кривично дело".

Од осталих одредби ЗКП треба поменути одредбу члана 336. став 1., којом је прописан начин извођења појединих доказа на главном претресу (записника о претресању, записника о одузимању ствари, исправа, и др), те одредбе о претресању стана и лица - члан 77-81, о привременом одузимању предмета – члан 82-86, и др.

Недозвољени докази у судској пракси

Као што је већ претходно речено, законом није могуће унапред предвидети који докази, односно доказна средства, се сматрају недозвољеним, због чега је судовима препуштено да заузимају ставове о дозвољености, односно недозвољености појединих доказа (доказних средстава). С обзиром да се у кривичном поступку стално појављују нова доказна средства, тако се и судска пракса изјашњавала о њиховој дозвољености, односно недозвољености. Тако је нпр. давно заузет став "у погледу прихватања магнетофонске траке (односно њене репродукције) као једног од доказа у кривичном поступку (ВСЈ 19/61 од 19. јула 1961. године)"[19], или да "подаци добијени путем полиграфа не могу представљати доказ у кривичном поступку (ВСВ Кж 65/70 од 29. јуна 1970. године)"[20]. Судска пракса је заузела и следећи став: "На исказу сведока који касније у истој ствари постане окривљени не може се заснивати судска одлука, а записник о саслушању сведока који у истој кривичној ствари постане окривљени издваја се из списа предмета" (Начелни став Савезног суда, врховних судова и Врховног војног суда од 22. и 23. маја 1986. године)[21]. Коришћење нових техничких средстава довело је до усвајања следећег става: "Дискете за рачунар, на које су унети подаци које има у виду одредба члана 128. КЗ СРЈ, могу бити доказ у кривичном поступку, под условом да су прибављене на законит начин" (пресуда Врховног војног суда IIК број 52/96 од 29. апри-

[19] Б. Петрић: Коментар ЗКП, "Службени лист СФРЈ", Београд, 1986. год., стр. 41
[20] Б. Петрић: оп. цит.
[21] А. Радованов: Начелни ставови Савезног суда, врховних судова и Врховног војног суда, "Интермекс", Београд, 2004. год., стр. 350

ла 1996. године)[22]. Судска пракса је заузела став да и резултати настали упоређивањем ДНК профила могу бити доказ у кривичном поступку, а у више одлука такав доказ је прихваћен као ваљан.

Као што је видљиво, судска пракса је често у ситуацији да оцењује дозвољеност, односно недозвољеност појединих доказних средстава, а тако ће бити и у будућности. Тако нпр. пред судове ће се ускоро поставити питање оцене дозвољености појединих доказних средстава у области компјутерског криминала (електронски докази, дигитални сертификат и др.[23]), виртуелне реконструкције, повреде права интелектуалне својине, и др.

1) Ставови судске праке о недозвољеним личним доказним средствима

"Пресуда је заснована на недозвољеном доказу када се окривљени изјашњавао о својој изјави датој полицији иако је белешка о том разговору издвојена из списа (члан 368. став 1. тачка 10. ЗКП)" (Пресуда Врховног суда Србије Кж 986/04 од 09. новембра 2004. године и пресуда Окружног суда у Пироту К 6/03 од 11. фебруара 2004. године)[24].

"***Изјава коју је, у смислу члана 151. ЗКП, окривљени дао органима унатрашњих послова и која се, у смислу члана 83. став 3. ЗКП, морала издвојити из списа, не може се користити приликом вештачења у истом кривичном предмету***" (Врховни суд Србије Кж I 1338/84 од 22. јануара 1985. године)[25]. У образложењу ове одлуке се наводи да је вештак у свом налазу продајну цену утврдио на основу изјаве оптуженог дате пред органима унутрашњих послова, која не само да није могла да се користи у кривичном поступку, већ се морала издвојити из списа предмета. У другој одлуци Врховног суда Србије заузет је следећи став: "***Када је изјава окривљеног из преткривичног поступка издвојена из списа, а ту изјаву је пре тога користио вештак за судску медицину при давању***

[22] Електронска база судске праксе, "Интермекс", Београд

[23] Видети: З. Ђокић и С. Живановић: Проблеми прибављања, обезбеђивања и коришћења доказа у електронској форми од значаја за кривични поступак, Реферат са саветовања "Тешки облици криминала", Будва 2004. године, стр. 123-152

[24] Билтен Окружног суда у Београду, број 71/06

[25] "Правни живот" – правна пракса, број 10/85, стр. 172

свог налаза и мишљења, нису испуњени услови да се овај налаз и мишљење издвоји из списа" (пресуда Врховног суда Србије Кж 154/02 од 02. марта 2004. године и пресуда Окружног суда у Београду К 5/00 од 07. септембра 2002. године)[26]. У образложењу другостепене одлуке се наводи да је вештак за судску медицину цитирао део изјаве окривљеног дате у СУП-у, али је налаз дат на основу материјалних трагова констатованих на лицу места и повреда које су задобили, како покојна, тако и окривљени. Дакле, првостепени суд је правилно утврдио да се налаз вештака не заснива на изјави окривљеног датој у СУП-у, па стога није учињена битна повреда одредаба кривичног поступка из члана 368. став 1. тачка 10. ЗКП.

"***Када су у извршењу кривичног дела учествовала двојица окривљених, али им је суђено одвојено, суд записник о саслушању раније осуђеног, који је саслушан у својству сведока, у поступку против сада окривљеног може користити као доказ и на њему засновати пресуду***" (Пресуда Врховног суда Србије КЗП 257/04 од 08. новембра 2005. године и пресуда Окружног суда у Београду К 661/98 од 08. октобра 2002. године)[27].

"***Изјашњавање окривљеног о исказима других окривљених и исказима сведока такође представља део његовог исказа и такав исказ може бити доказ у кривичном поступку***" (Пресуда Врховног војног суда IIК број 325/89 од 07. новембра 1989. године)[28].

"***Када сведок није упозорен да није дужан да одговара на поједина питања којима би изложио себе кривичном гоњењу, па после његовог саслушања дође до подизања оптужног акта против њега за кривично дело прикривања, испуњени су услови да се записник о његовом саслушању као сведока издвоји из списа***" (Решење Окружног суда у Београду Кж 258/05 од 10. фебруара 2005. године и решење Општинског суда у Лазаревцу К 81/04 од 25. новембра 2004. године)[29].

"***Суд не може у доказном поступку извести као доказ читање исказа сведока који је он дао пред органима унутрашњих послова, када је он саслушан у својству осумњиченог, и доводити у везу са исказом***

[26] Билтен Окружног суда у Београду, број 67/05
[27] Електронска база судске праксе, "Интермекс", Београд
[28] Електронска база судске праксе, "Интермекс", Београд
[29] Електронска база судске праксе, "Интермекс", Београд

сведока и на њему заснивати пресуду" (Решење Врховног суда Србије Кж I 1193/06 од 04. јула 2006. године и одлука Окружног суда у Београду К 1957/05 од 13. априла 2006. године)[30].

"***Кад сведок који има право да не сведочи, у претходном поступку није користио право из члана 227. ЗКП да не сведочи, а до почетка главног претреса умре, суд може на главном претресу, у смислу члана 331. став 1. ЗКП, да прочита његов исказ из претходног поступка и на њему може засновати пресуду***" (Врховни суд Србије Кж I 1056/81)[31].

"***Када после испитивања сведока у току кривичног поступка он постане сродник оптуженог, а затим до главног претреса умре, на његовом исказу се може заснивати пресуда***" (Пресуда Врховног суда Србије Кж 1023/82 од 17. фебруара 1983. године)[32].

"***Исказ сведока дат пред истражним судијом након подизања оптужнице и без присуства браниоца не може се користити као доказ у кривичном поступку нити се првостепена и другостепена пресуда могу заснивати на овом доказу***" (пресуда Савезног суда Кпс 32/86 од 10. јула 1986. године)[33].

"***Извештај СУП-а о разговору са милиционером и записник о његовом саслушању као сведока у истрази морају се издвојити из списа ако милиционер није ослобођен дужности чувања службене тајне***" (Решење Врховног суда Србије Кж II 129/84 и решење Окружног суда у Београду К 533/83)[34].

"***Исказ овлашћеног радника органа унутрашњих послова као сведока о његовим непосредним запажањима и сазнањима о одлучним чињеницама представља доказ у кривичном поступку, али не и део његовог исказа о обавештењима која му је дао окривљени по члану 151. ЗКП. Издва-***

---

[30] Билтен Окружног суда у Београду, број 73/06

[31] Б. Благојевић: Кривични поступак, "Пословни биро", Београд, 1997. год., стр.180

[32] Збирка судских одлука Врховног суда Југославије, књига 8, свеска 1, Београд, 1983. год., стр.38

[33] Б. Благојевић: Кривични поступак, "Пословни биро", Београд, 1997. год., стр.191

[34] "Правни живот" – правна пракса, број 11/85, стр. 195

јање и раздвајање записника о саслушању као сведока овлашћеног радника органа унутрашњих послова у који су унета његова непосредна запажања и сазнања заједно са његовим сазнањима која потичу од обавештења која је њему дао окривљени, врши се тако што се из записника о саслушању препише део његовог исказа о његовим непосредним запажањима, док се цео записник издваја из списа предмета" (Решење Врховног суда Војводине Кж 395/86 од 06. новембра 1986. године)[35].

"***На исказима сведока саслушаних у парничном поступку, који су прочитани на главном претресу, и поред сагласности странака за њихово читање, не може се заснивати кривична пресуда***" (Решење Окружног суда у Нишу Кж 368/04 и пресуда Општинског суда у Алексинцу К 204/03)[36].

"***Записник у коме је садржан исказ грађанина, а који је сачињен од стране инспекцијског органа или каквог другог органа, а не у судском поступку, не може се у судском поступку користити као доказ и на њему се не може заснивати пресуда***" (Одлука Окружног суда у Краљеву Кж 186/04 од 17. новембра 2004. године и одлука Општинског суда у Краљеву К 289/01 од 02. децембра 2003. године)[37].

У решењу Окружног суда у Београду заузет је следећи став: "***Када је окривљени саслушан у истрази као сведок, па након тога био оптужен, суд није у обавези да његов записник о саслушању као сведока издвоји из списа"*** (Решење Окружног суда у Београду Кж 1342/99 од 28. августа 1999. године)[38]. Овакав став се не може прихватити, без обзира што се у образложењу одлуке наводи да тадашњи ЗКП није прописивао обавезу суда да такав записник издвоји, јер је о томе заузет став на заједничкој седници Савезног суда, врховних судова и Врховног војног суда 22. и 23. маја 1986. године, па је требало поступити у складу са тим ставом.

"***Саслушање као сведока брата окривљеног, који је у бекству па је према њему поступак раздвојен и прекинут, у поступку против његовог саучесника на околности о повезаности његовог брата са кри-***

[35] "Правни живот" – правна пракса, број 8-9/87, стр. 154
[36] Билтен судске праксе Окружног суда у Нишу број 22/06, стр. 115
[37] Билтен судске праксе Окружног суда у Краљеву број 1/05, стр. 20
[38] Електронска база судске праксе, "Интермекс", Београд

тичним догађајем, без претходног упозорења да је ослобођен дужности сведочења, учињена је битна повреда одредбе члана 99. ЗКП и ради се о доказу на коме се не може засновати пресуда" (Решење Врховног суда Србије Кж I 168/06 од 16. фебруара 2006. године и пресуда Окружног суда у Јагодини К 194/05 од 02. децембра 2005. године)[39].

На крају, треба указати и на правно схватање усвојено на седници Кривичног одељења Врховног суда Србије од 15., 20. и 28. марта 2007. године: "***Уколико је осумњичени дао исказ у присуству браниоца, имао поверљив разговор и тај записник садржи констатацију о његовим правима да није дужан да изнесе своју одбрану и да на постављена питања не мора да одговара, одсуство констатације из члана 13. став 3. ЗКП не чини тај записник недозвољеним. Одредба члана 13. став 3. ЗКП по својој природи је таква да се суштински односи на изјаву осумњиченог коју би евентуално дао пре него што је испитан у присуству браниоца у смислу члана 226. став 9. ЗКП***"[40].

2) Ставови судске праксе о недозвољености других доказа

"***Не може се као доказ извести читање писмене изјаве и извршити увид у видео снимак изјаве сведока страног држављанина који је недоступан суду, које је прибавио окривљени, обзиром да такав доказ није прибављен у складу са одредбама ЗКП-а***" (Пресуда Окружног суда у Београду Кж 1795/02 од 17. октобра 2002. године и пресуда Општинског суда у Младеновцу К 47/02 од 30. маја 2002. године)[41].

"***Не може се прихватити као доказ вештачење које је прочитано на претресу, а које је суду доставио бранилац оптуженог, јер вештаци нису одређени наредбом суда, нити су упозорени на своје дужности, нити су положили заклетву***" (Решење Врховног суда Србије Кж 2253/05 од 30. јануара 2006. године и пресуда Окружног суда у Зрењанину К 89/05 од 19. септембра 2005. године)[42].

[39] Билтен Окружног суда у Београду, број 71/06
[40] Билтен судске праксе Врховног суда Србије број 1/07, стр. 37
[41] Билтен Окружног суда у Београду, број 66/05
[42] Билтен Окружног суда у Београду, број 71/06

"***Записник о реконструкцији, сачињен у преткривичном поступку од стране нижег суда, у којем је унијето казивање окривљеног на лицу мјеста, без претходног упозорења окривљеном да има право да узме браниоца, који је могао присуствовати реконструкцији, и видео трака-снимак сачињен поводом исте реконструкције, су докази на којима се не може заснивати пресуда, па се имају издвојити из списа на основу члана 83. став 1. у вези члана 333. став 3. ЗКП***" (Решење Вишег суда у Подгорици Кж 204/93 од 21. јануара 1994. године)[43].

"***Фотокопија лекарског увереља, коју је доставила суду оштећена, без факсимила лекара и са нечитким потписом, сама по себи и према начину прибављања не представља доказ на којем се може засновати судска одлука***" (Решење Окружног суда у Београду Кж 505/04 од 09. марта 2004. године и пресуда Другог општинског суда у Београду К 1786/02 од 17. септембра 2003. године)[44].

"***Када је окривљени фотографисан поред објекта у коме је извршена крађа, из тог се не може извести закључак да се ради о обавештењу датом органима унутрашњих послова***" (Пресуда Врховног суда Србије Кж 510/01 од 27. децембра 2001. године и пресуда Окружног суда у Београду К 365/99 од 07. децембра 1999. године)[45]. У образложењу другостепене одлуке се наводи да се неосновано у жалби браниоца истиче да се ове фотографије нису могле користити као доказ, јер је окривљени само фотографисан поред киоска из кога је употребом силе одузимао новац, а при томе он ништа не показује, па се стога не ради о обавештењима у смислу члана 231. ЗКП.

"***Магнетофонска трака на којој је оптужени снимао своје разговоре са сведоцима пре покретања кривичног поступка, може служити као доказ у кривичном поступку***" (Пресуда Врховног суда Србије Кж 1199/86 од 23. априла 1987. године и пресуда Окружног суда у Београду К 135/86 од 10. септембра 1986. године)[46].

---

[43] Електронска база судске праксе, "Интермекс", Београд
[44] Електронска база судске праксе, "Интермекс", Београд
[45] Електронска база судске праксе, "Интермекс", Београд
[46] "Правни живот" – правна пракса, број 7-8/88, стр. 98

"***Писма која су окривљени један другом или трећим лицима писали за време боравка у притвору, уколико садрже податке значајне за оцену истинитости њихових одбрана или уопште за исход кривичног поступка, представљају доказе који се могу користити на главном претресу и не издвајају се из списа у смислу члана 83. ЗКП***" (Одлука Врховног суда Србије Кж I 483/90 од 21. септембра 1990. године)[47].

"***Телефонски разговори, снимљени уз дозволу истражног судије, могу се као доказ користити само за кривична дела побројана у члану 232. ЗКП, а не и за друга кривична дела***" (Решење Окружног суда у Београду Кж 2349/04 од 27. септембра 2004. године и пресуда Другог општинског суда у Београду К 774/04 од 13. августа 2004. године)[48].

"***Мере из става 1. члана 232. ЗКП могу се наредити за кривична дела која су већ учињена, а не и за она кривична дела која ће бити учињена у будућности***" (Решење Врховног суда Србије Кж I 1200/05 од 24. новембра 2005. године)[49].

Пажњу стручне јавности изазвала су два различита става заузета у одлукама Врховног суда Србије у вези са вештачењем које је наредио орган унутрашњих послова, а радило се о кривичном делу за које је прописана казна затвора преко десет година[50]. У одлуци Кж 1060/05 од 19. септембра 2005. године заузет је следећи став: "***За кривична дела за која је запрећена казна затвора од десет година или тежа казна вештачење се не може обавити на захтев органа унутрашњих послова, већ искључиво суда, јер ће се у супротном радити о доказу на коме се не може заснивати судска одлука***", док је у одлуци Кж 1601/05 од 31. октобра 2005. године заузет следећи став: "***Доказ прикупљен од стране органа унутрашњих послова у виду вештачења материјала сумњивог на опојну дрогу у фази прикупљања доказа не трпи одлагање и у функцији је повећања ефикасности и благовремености прикупљања доказа***". Оспоравајући став заузет у другој одлуци, Г. Илић истиче: "Стављањем нагла-

[47] Електронска база судске праксе, "Интермекс", Београд
[48] Билтен Окружног суда у Београду, број 65/05
[49] Билтен судске праксе Врховног суда Србије број 4/05, стр. 50
[50] Видети: Г. Илић: О неваљаним доказима у кривичном поступку, Билтен Окружног суда у Београду број 73/06, стр. 33

ска на опасност од одлагања, уз пренебрегавање тежине кривичног дела као другог, кумулативно постављеног услова за примену члана 238. став 3. ЗКП, суд је одустао од јасног законодавчевог става под којим условима полиција може по изузетку да одреди вештачење. Покушај да се такав став оправда околношћу да вештачење одређено мимо услова предвиђених у члану 238. став 3. ЗКП није у супротности са начелном одредбом члана 18. став 2. ЗКП, може се оценити као неубедљив. Наиме, један од начелних ставова законодавца у вези са ваљаношћу доказа је да они према начину прибављања не смеју бити у супротности са одредбама ЗКП (члан 18. став 2)[51]. У вези са овим питањем на седници Кривичног одељења Врховног суда Србије од 15., 20. и 28. марта 2007. године усвојено је следеће правно схватање: "***Одређивање вештачења, која не трпе одлагања, од стране органа унутрашњих послова у преткривичном поступку, иако се ради о кривичном делу за које је прописана казна затвора преко десет година, има значај релативно битне повреде одредаба кривичног поступка***"[52]. Наведено правно схватање највише долази до изражаја у случајевима када органи унутрашњих послова одређују вештачење супстанце сумњиве на опојну дрогу, а вештачење врше криминалистичко-технички центри МУП-а Србије, без обзира да ли је оно наређено од стране органа унутрашњих послова или од суда. Међутим, основно питање које се овде поставља је да ли је тако прибављен доказ правно ваљан, односно да ли је прибављен у складу са одредбама ЗКП (члан 238. став 3. и члана 18. став 2 ЗКП). Ако се узме да такав доказ није правно ваљан, а суд на њему заснује пресуду, онда се ради о апсолутно битној повреди одредаба кривичног поступка из члана 368. став 1. тачка 10. ЗКП. С друге стране, ако се стане на становиште да је такав доказ правно ваљан, односно дозвољен, (без обзира на одређене пропусте у његовом прибављању), а суд пресуду заснује и на том доказу, онда би се евентуално могло прихватити наведено правно схватање да се учињена повреда поступка третира као релативно битна повреда одредаба кривичног поступка. Међутим, у једној ранијој одлуци Врховни суд Србије је заузео следећи став: "***Када је претресање стана обављено ноћу иако нису постојали разлози из члана 78. став 4. ЗКП и у записнику о претресању нису наведени разло-***

[51] Г. Илић: О неваљаним доказима у кривичном поступку, оп. цит..,
[52] Билтен судске праксе Врховног суда Србије број 1/07, стр. 37

зи због којих је претрес обављен без присуства сведока, такви докази се не могу сматрати ваљаним" (Пресуда Врховног суда Србије Кж 2064/05 од 21. децембра 2005. године и пресуда Окружног суда у Сомбору К 72/04 од 23. маја 2005. године)[53]. У образложењу другостепене одлуке се наводи да су једина два доказа који би могли указивати на оптуженог као извршиоца кривичног дела које му се ставља на терет потврда о одузимању предмета и записник о претресању. Затим се даље наводи: "Међутим, наведени докази се не могу узети као ваљани, како је то правилно закључио првостепени суд, с обзиром да се ради о доказима који су прибављени противно одредбама члана 78. став 4. и 81. став 4. ЗКП, јер је претрес стана оптуженог обављен ноћу, а нису постојали разлози из члана 81. став 1. ЗКП. Такође, у записнику о претресању нису наведени разлози због којих је претресање обављено без присуства сведока. Како се у конкретном случају ради о доказима који су прибављени у супротности са одредбама Законика о кривичном поступку, због чега се на таквим доказима, сходно одредби члана 18. став 2. ЗКП, не може заснивати судска одлука, то је правилно првостепени суд у недостатку других поузданих и ваљаних доказа оптуженог ослободио од оптужбе".

Судска пракса Европског суда за људска права о недозвољеним доказима

Европски суд за људска права "обично не разматра одлуке о доказима и употреби доказа на суђењима, он то чини када су повређена начела правичности и једнакости странака у поступку...". Ово због тога што је питање прихватљивости доказа нешто што се превасходно регулише домаћим законом, а опште је правило да домаћи судови цене доказе који се пред њима изводе. Дакле, како се наводи у једној одлуци, суд сматра да му није задатак да цени да ли су одређени докази прихваћени и размотрени на исправан начин, "већ да размотри да ли је поступак у целини гледано био правичан, укључујући и начин увођења доказа"[54]. Тако, нпр. у

[53] Електронска база судске праксе, "Интермекс", Београд

[54] Европски суд за људска права (одабране пресуде), Савет Европе-Канцеларија у Београду, 2005. год., стр. 474

предмету Костовски против Холандије[55], Суд је нашао да је повређен члан 6. Конвенције (право на правично суђење), јер подносиоцу представке није омогућено да на било који начин присуствује или учествује у саслушању анонимних сведока, ради провере аутентичности њихових исказа. Радило се о двојици анонимних сведока, од који је један саслушан од стране истраженог судије, али без присуства јавног тужиоца, подносиоца представке и његовог адвоката, док је идентитет другог сведока био познат само полицији. У предметима Атлан против Уједињеног Краљевства[56] од 19. јуна 2001. године и предмету П. Г. И J. X. Против Уједињеног Краљевства[57], Суд је, такође, нашао да је повређен члан 6. Конвенције. У првом случају, докази које оптужба није желела да изнесе због заштите јавног интереса и националне безбедности, нису откривени судији у првостепеном поступку, док у другом случају, у којем је повређен и члан 8. Конвенције, радило се о неовлашћеном прислушкивању. У предмету Teixeira de Castro против Португалије Европски суд је заузео став у вези са провоцираним кривичним делом[58]

Закључна разматрања

Проблематика недозвољених доказа има значајно место у савременом кривичном поступку. Пре свега, ради се о питањима која није могуће у потпуности регулисати законом, а с друге стране, развојем науке и технике јављају се нова доказна средства, те се намеће потреба оцене која доказна средства и под којим условима могу бити употребљена као докази у кривичном поступку, што је углавном остављено судској пракси. И поред значаја истине у кривичном поступку, не може се дозволити да се она утврђује недозвољеним доказима. Стога је првенствено нужно спречити да се недозвољени докази уопште појаве у кривичном поступку, а ако се и појаве, потребно је да се они издвоје из списа предмета, односно не сме се дозволити да се на њима, првенствено, заснива кривична пресу-

[55] Видети: Европски суд за људска права (одабране пресуде), оп. цит. стр. 459-479
[56] Људска права у Европи – Правни билтен број 19, јул 2001. год., стр. 9
[57] Људска права у Европи – Правни билтен број 22, октобар 2001. год., стр. 5
[58] Г. Илић: Доказна вредност провоцираних кривичних дела у судској пракси, Билтен Окружног суда у Београду, број 68/05

да. Уколико и поред свега дође до тога да се пресуда заснива на недозвољеном доказу, по важећем ЗКП, ради се о апсолутно битној повреди одредаба кривичног поступка, која доводи до укидања пресуде.

У реферату је указано на најважније одредбе ЗКП о недозвољеним доказима и неке од ставова судске праксе, али нека питања, због обима рада, нису разматрана, као нпр. детаљнија анализа појединих доказних средстава код кривичних дела организованог криминала (прикривени иследник, сведок сарадник, и др), употреба и дозвољеност доказа изведених пред судовима друге државе, и др. Такође, нису разматране одредбе новог ЗКП о недозвољеним доказима (осим помињања опште одредбе члана 15. и члана 392. став 1. тачка 9), где има одређених новина. Нека од нових решења везаних за недозвољене доказе изложена су критици у рефератима на научном скупу: "Примена новог ЗКП Србије", који је у организацији Удружења за кривично право Србије и Мисије ОЕБС-а одржан марта 2007. године на Копаонику. Један од разлога што се овим нисмо бавили је и то што је примена новог ЗКП одложена, а могуће је да ће до почетка примене бити одређених измена везано за недозвољене доказе.

Праћењем судске праксе уочљиво је да проблематика недозвољених доказа није довољно позната судијама, било што се довољно не познају или погрешно тумаче одредбе ЗКП о недозвољеним доказима, или се не познају давно усвојени ставови судске праксе. Због тога се дешава да се пресуде заснивају на обавештењима која су од грађана прикупили органи унутрашњих послова, те на записницима о саслушању окривљеног или сведока који су морали бити издвојени из списа предмета, односно пресуде се понекад заснивају на доказима који су прибављени противно одредбама ЗКП, и сл. Неретко се дешава да се у току поступка донесе решење о издвајању одређених записника и др. из списа предмета, али се они и стварно не издвајају из списа (стављањем у посебан омот ради чувања код истражног судије одвојено од списа предмета), па се и даље налазе у списима предмета, а неретко са списима стигну и до Врховног суда Србије. Приметно је да првостепени судови понекад олако прелазе преко очигледних пропуста органа унутрашњих послова у прибављању доказа (нпр. код претресања стана), где често нису испоштоване одредбе ЗКП о предузимању тих радњи, а с друге стране, и другостепени судови понекад

прелазе преко таквих пропуста, што свакако није добро са аспекта начела законитости.

Има мишљења да је судска пракса, када су у питању недозвољени докази, "неуједначена, па и противречна"[59]. Због тога је нужно да се одређена питања у вези са недозвољеним доказима регулишу законом, те да Врховни суд Србије својим одлукама и ставовима изврши уједначавање судске праксе у овој области.

Неспорно је да се недозвољеним доказима сматрају они који су изричито законом забрањени (нпр. искази прибављени кривичним делом изнуђивања исказа), али када су у питању докази који су према начину прибављања у супротности са одредбама ЗКП, поставља се питање да ли се и такви докази имају сматрати недозвољеним. Ако се пође од одредбе члана 18. став 2. ЗКП, онда је јасно да се пресуда, између осталог, не може заснивати на доказима који су према начину прибављања у супротности са одредбама ЗКП. Међутим, неки сматрају да такве доказе треба процењивати "с обзиром на општу одредбу о релативно битним повредама одредаба кривичног поступка"[60]. У том правцу је и претходно изнето правно схватање Врховног суда Србије. Као што смо већ истакли, прво је битно заузети став о томе да ли је доказ, на коме је заснована пресуда, прибављен у супротности са одредбама ЗКП, правно ваљан, односно дозвољен доказ. Ако се прихвати став да се ради о недозвољеном доказу, онда заснивање пресуде на таквом доказу представља апсолутно битну повреду одредаба кривичног поступка. У противном, ако се прихвати становиште да је такав доказ (и поред тога што је прибављен у супротности са одредбама ЗКП) дозвољен, онда се може утврђивати да ли заснивање пресуде на таквом доказу представља релативно битну повреду одредаба кривичног поступка. Међутим, ако се прихвати овакво становиште, тада поједине одредбе ЗКП (нпр. о претресању стана, о одређивању вештачења од стране органа унутрашњих послова) губе свој смисао, односно доводи се у питање начело законитости.

---

[59] Видети: Д. Суботић: Недозвољени докази у кривичном поступку, "Судска пракса", број 3-4/07

[60] Д. Суботић: Недозвољени докази у кривичном поступку, оп. цит.

Соња Манојловић,
судија Врховног суда Србије

МЕРЕ ЗА ОБЕЗБЕЂЕЊЕ ПРИСУСТВА ОКРИВЉЕНОГ И ЗА НЕСМЕТАНО ВОЂЕЊЕ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА

Наше, ново и рекла бих, модерно кривичнопроцесно законодавство заснива се како на традиционалним тако и новим решењима кривичнопроцесних института уз поштовање и имплементацију међународног права и међународног стандарда који су тековина демократског развоја високо цивилизованих земаља, на који начин оно добија и димензију универзалности.

Овако конципирано кривичнопроцесно законодавство треба да допринесе, у чему се слажу како теоретичари тако и људи из праксе, ефикаснијем и економичнијем поступку који је заснован на моделу правичног поступка уз гарантовање заштиту и јачање основних процесних али и опште људских слобода и права учесника кривичног поступка и већу заштиту свих учесника у поступку.

Међутим, када је у питању окривљени, нека од његових основних људских права могу бити током кривичног поступка ограничена, а, што је у складу са уставним одредбама којим је прописано да зајамчена људска права могу бити ограничена али само у оној мери која је неопходна да би се у демократском друштву задовољила сврха због које је ограничење дозвољено.

Ова ограничења јављају се већ на самом почетку кривичног поступка када је потребно предузети мере како би се обезбедило присуство окривљеног и на тај начин омогућило несметано вођење кривичног поступка а самим тим створили услови да суђење буде завршено без одуговлачења и у разумном року.

Као и досадашњи закони и законици о кривичном поступку, нови Законик о кривичном поступку у Глави IX предвиђа низ мера које се могу предузети према окривљеном у циљу обезбеђења његовог присуства ради несметаног вођења кривичног поступка, под претпоставком да постоји основана сумња да је то лице, које је означено као окривљени, извршило кривично дело или опасност која оправдава примену тих мера. Оно што је разлика у односу на досадашња законска решења је то да нови Законик предвиђа већи број ових мера, при чему је надлежни орган приликом одлучивања о примени мера дужан да води рачуна да не дође у ситуацију да примењује тежу меру ако се сврха због које се мера примењује могла постићи и блажом мером као и да по службеној дужности обавезно укине изречену меру или је замени блажом мером када утврди да су престали разлози због којих је мера изречена.

Оно што је разлика у односу на ранија законска решења је то да је сада предвиђен већи број ових мера, с тим што је новим законским решењима дат већи значај мери забране напуштања места боравишта, као и јемству које се може понудити не само ако окривљеном треба одредити притвор или му је притвор већ одређен него и као мера обезбеђења поштовања забране напуштања одређеног места и других ограничења.

Које су то дакле мере којима ће се обезбедити присуство окривљеног?

Најпре имамо ***позив*** који уствари представља наредбу органа пред којим се води кривични поступак, упућену окривљеном да у одређено време приступи пред тај орган. Ово је најблажа врста мере а достављање се врши у складу са одредбама Законика које се односе на доставу и свих осталих писмена. Међутим, уколико окривљени има браниоца, орган који води поступак када оцени да је то оправдано и да није у супротности са правичним вођењем кривичног поступка, након што први пут позове окривљеног у складу са овим Закоником, може га позвати и само упућивањем позива браниоцу о чему ће окривљени бити поучен у првом позиву. Уколико он на то пристане, пошто је претходно позван на напред наведени начин, и ако је потврдио да поседује потребне техничке могућности, окривљени се може позивати и електронском поштом или другим електронским преносиоцима порука, под условом, да је таквим начином пози-

вања могуће органу који окривљеног позива, обезбедити повратни податак да је окивљени лично примио позив.

Одредба члана 166. став 2. Законика таксативно набраја шта све позив мора да садржи укључујући и упозорење окривљеном да ће у случају недоласка бити принудно доведен.

Довођење – члан 167. ЗКП

Као следећу меру коју може предузети према окривљеном орган пред којим се води поступак Законик предвиђа издвање ***наредбе*** да се окривљени доведе уколико је донето решење о одређивању притвора према њему, уколико је уредно позван а не дође нити свој изостанак оправда или уколико није могла бити извршена уредна достава позива окривљеном, а из околности очигледно произилази да окривљени избегава пријем позива. За разлику од досадашњег решења и то одредбе члана 135. став 2. ЗКП којом је прописано да наредбу за довођење извршава орган унутрашњих послова, према новом Законику о кривичном поступку наредбу за довођење извршава полиција.

Предузимањем ове радње од стране овлашћеног органа, као што се види већ се ствара ситуација за ограничење одређених права окривљеног и то слободе кретања, те оправданост ове мере мора бити потврђена постојањем свих законских услова за њено издавање.

Забрана напуштања одређеног места и друга ограничења
- члан 168 ЗКП -

Следећа мера која такође значи ограничење слободе кретања јесте мера коју нови Законик о кривичном поступку као строжију уводи уместо досадашње мере забране напуштања боравишта из члана 136. ЗКП. Осим забране да напушта место боравишта окривљеном се може забранити да напушта и место пребивалишта или одређено подручје. Такође, образложеним решењем окривљеном се може забранити да без одобрења напушта стан у коме живи или му се пак наложити да стан може напуштати само под надзором одређених лица. На овај начин у наш правни систем уводе се практично елементи кућног притвора што је мотивисано интен-

цијом законодавства и хуманом идејом да се класични притвор сведе на најмању могућу меру.

Као и до сада уз ове мере окривљеном се може наложити да се повремено јавља одређеном органу али по новом Законику о кривичном поступку то је по правилу суду а само изузетно другом државном органу.

Право окривљеног да живи у свом стану, да се виђа са члановима породице, блиским сродницима или браниоцем, као и да обавља своју професионалну делатност могу се у разумној мери а у непосредној вези са сврхом мере, ради ефикаснијег вођења кривичног поступка, такође ограничити.

Забрана посећивања одређених места и забрана састајања са одређеним лицима могу се одређивати као самосталне мере у одређеним ситуацијама које су дефинисане ставом 5. члана 168. ЗКП.

Решења којим се одређују ове мере у фази истраге доноси истражни судија, а након подизања оптужнице председник већа. Како је предвиђена двостепеност поступка то и у односу на ово решење окривљени може изјавити жалбу о којој одлучује ванрасправно веће из члана 24. став 6. ЗКП. У решењу којим се одређује мера забране напуштања одређеног места, окривљени се упозорава да ће му бити одређен притвор ако прекрши изречену забрану из члана 168. став 1. до 3. Законика. На овај начин уводи се факултативни основ за одређивање притвора према окривљеном у току трајања кривичног поступка.

Оно на чега свакако треба скренути пажњу то је време трајања ових мера обзиром да законодавац превише уопштено дефинише тај рок јер према ставу 11. одредбе члана 168. мере могу трајати док за то постоји потреба а најдуже до правноснажности пресуде. На овај начин остављена је могућност широког тумачења ове потребе, без обзира што је обавеза истражног судије или председника већа да свака два месеца преиспитује оправданост мере.

Оно што представља најзначајнију новину је увођење електронског надзора окривљеног у циљу контролисања да ли поштује ограничења која су му одређена при чему овакав надзор не сме да штети његовом здрављу. Дакле, претпоставка за примену електронског надзора је да је окривљеном већ изречена једна или више мера из члана 168. став 1. до 3. Законика. Уређај за лоцирање, популарно назван наруквица, се поставља

на зглобу руке или ноге окривљеног и то од стране стручног лица које ће истовремено окривљеном дати упутства о начину рада овог уређаја. Електронски надзор обавља полиција, Безбедносно-информативна агенција или други државни орган.

Овде ваља указати да ће у пракси бити сигурно различитих тумачења одредбе члана 168. став 1. Законика односно различитих опредељења да ли треба применити меру дефинисану овом одредбом или пак одредити притвор окривљеном у смислу члана 174. став 1. тачка 1. Законика уколико постоје опасности које указују да ће окривљени побећи, сакрити се, отићи у непознато место или иностранство и на тај начин онемогућити несметано вођење кривичног поступка.

Када дођу у ситуацију да одлучују о овој мери, нужно је да судови веома рестриктивно цене постојање услова за њено изрицање имајући у виду како Уставом загарантована права и слободе, тако и одредбе Европске конвенције о људским правима која такође гарантује право слободе избора боравишта.

Јемство – члан 169. ЗКП

Разлози из којих може бити одређено ***јемство*** према новом Законику су исти као и досадашња решења уз једну новину, а то је да се јемство може одредити и као мера којом се обезбеђује поштовање забране напуштања одређеног места и других ограничења. У новом Законику задржани су као и до сада постојећи облици јемства односно предмети јемства уз стављање и других облика залоге на неке друге покретне ствари ако се за те ствари воде одговарајући јавни регистри као што су бродови, ваздухоплови и слично.

У случају да окривљени прекрши обавезе које су му одређене поред тога што му се уместо јемства може одредити притвор суд ће решењем одредити и да се вредност која је дата на име јемства привремено унесе у правосудни буџет. Уколико поступак буде завршен осуђујућом пресудом из јемства које се задржава прво се измирују трошкови кривичног поступка, затим се испуњава имовинскоправни захтев а остатак припада правосудном буџету. Уколико је јемство за окривљеног дало друго лице а дође до примене претходне одредбе то лице које је положило јем-

ство, може према окривљеном у парничном поступку остваривати право на повраћај јемства, на који начин су заштићена права трећих лица.

Притвор – члан 173. ЗКП

Као последњу и уједну најтежу меру за обезбеђење присуства окривљеног како би се остварило несметано вођење кривичног поступка представља мера ***притвора***.

Како је право на личну слободу и безбедност загарантовано не само свим међународним актима почевши од Повеље Уједињених нација преко Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода, те Међународног пакта о грађанским и политичким правима и др., него и Уставом Републике Србије који гарантује сваком лицу право на личну слободу и безбедност, то је већ у првој одредби новог Законика о кривичном поступку а који се тиче ове мере предвиђено да се притвор може одредити само под условима који су предвиђени у овом Законику и само ако се сврха ради које је притвор одређен, не може успешно остварити неком другом мером.

Основни смисао ових одредби је обезбеђење процедуралних гаранција које ће спречити самовољно и незаконито лишење слободе. Управо због тога обавеза сваке државе је да прецизно дефинише случајеве у којима је лишење слободе оправдано као и да обезбеди судску контролу законитости лишења слободе. Држави је, дакле наметнута обавеза да предузме разумне и одговарајуће мере да би заштитила лични интегритет сваког појединца од повреда које му други могу учинити.

Стога, обзиром на одредбе међународних аката и уставна решења држава има обавезу да забрани на одговарајући начин а уколико ипак до тога дође истражи и казни свако противзаконито лишење слободе и онда када извршиоци очигледно нису државни, законом овлашћени органи за предузимање и изрицање овакве једне мере. Управо због тога Кривичним закоником је санкционисано у том смислу понашање ових других субјеката, те су тако предвиђена као кривична дела противправно лишење слободе, отмица и трговина људима.

У складу са тим у време егзистирања државне заједнице Србија и Црна Гора у Повељи државне заједнице постојала је одредба да "нико не може бити лишен слободе нечијом самовољом", за разлику од формулације у од-

редби члана 27. став 1. Устава Републике Србије да "само из разлога и у поступку који су предвиђени законом је дозвољено лишење слободе".

Како се приликом спровођења мере притвора лице на кога се ова мера односи лишава слободе, законодавац је прописао хитност у поступању у притворским предметима као и обавезу свих органа који учествују у кривичном поступку и органа који пружају правну помоћ, да по службеној дужности воде рачуна о дужини трајања притвора те исти укину чим престану разлози због којих је притвор одређен. На овај начин пружен је висок степен заштите права окривљеног у кривичном поступку и потенцирана хитност у предметима у којима су ограничена основна људска права лица против кога се води кривични поступак, пре свега слобода кретања.

У одредби члана 174. Законика о кривичном поступку таксативно су набројани разлози уз чије присуство се може одредити притвор уколико постоји основана сумња да је одређено лице учинило кривично дело, а притвор је неопходан да би се обезбедило несметано вођење кривичнг поступка. Притвор се увек одређује решењем надлежног суда на предлог овлашћеног тужиоца. Ово решење у истрази се предаје лицу на које се односи у часу лишења слободе а најдоцније у року од 24 сата од часа лишења слободе против ког решења то лице може изјавити жалбу ванрасправном већу надлежног суда, с тим што жалба не задржава извршење решења. У циљу поштовања захтева да трајање притвора буде сведено на најкраће потребно време предвиђени су кратки рокови у којима државни органи морају поступати. О жалби на решење о одређивању притвора надлежно веће је дужно да одлучи у року од 48 сати. Овде се поставља питање да ли је овај рок од 24 сата у коме лицу које је лишено слободе мора бити предато решење о одређивању притвора, у складу са захтевом да се без одлагања односно одмах такво лице на свом језику и језику који разуме обавести о разлозима лишења слободе и о свему што му се ставља на терет у смислу члана 7. ЗКП, а ово зависи пре свега од тога да ли су сва обавештења која су дата лицу у тренутку лишења слободе довољна да оно има потпуна сазнања како о разлозима због којих је лишено слободе тако и о чињеницама које се тичу дела за које се терети, као и доказима на којима се заснива оптужба против њега. Ове одредбе ЗКП су у складу са међународним стандардима и задовољавају захтеве дефинисане напред наведеним међународним актима.

Законик о кривичном поступку дозвољава и задржавање осумњиченог од стране органа унутрашњих послова или тужиоца али само као изузетну меру с тим да лице у односу на кога се предузима и одређује ова мера има сва права која припадају и осумњиченом, а посебно право на браниоца. Трајање оваквог задржавања ограничено је на највише 48 сати.

Оно што представља новину у Законику о кривичном поступку, то је да више није прописано одређивање притвора против лица за које постоји основана сумња да је извршило кривично дело за које је прописана казна затвора у трајању од 40 година, а што је оправдано имајући у виду да је један од разлога за притвор прописаност казне затвора од преко 10 година када је одређивање притвора очигледно неопходно због начина извршења кривичног дела, последица или других, посебно тешких околности кривичног дела. Такође новина је да су сада изостављене одредбе раније важећег ЗКП да ванрасправно веће доноси одлуку ако се истражни судија не сложи са предлогом јавног тужиоца да се према окривљеном одреди притвор.

Када су пак у питању, рокови трајања притвора, нови Законик о кривичном поступку доноси значајне новине у погледу трајања притвора након завршетка истраге.

Више него очигледно је да прописивање рокова трајања притвора није довело до повећања ажурности и ефикасности у суђењима и на тај начин досадашњим решењима задовољило очекивање законодавца, због чега је нови Законик о кривичном поступку изоставио рокове трајања притвора који су били предвиђени одредбом члана 146. старог Законика, и то рокове који су се односили на трајање притвора после подизања оптужнице, доношења првостепене и потом другостепене одлуке суда. Када је у питању доношење одлуке о притвору након објављивања првостепене пресуде, према одредби члана 382. новог Законика о кривичном поступку законодавац је прецизно одредио у којој процесној ситуацији ће према окривљеном бити одређен односно укинут притвор у овој фази поступка.

Уколико се против више окривљених лица води јединствен поступак, а они се налазе у притвору, о њиховим жалбама на решења о продужењу притвора одлучиваће се истовремено без прекидања главног претреса.

Ако се лице лишено слободе изричито противи да поједина лица буду обавештена о његовом лишењу слободе, то мора да потврди потпи-

сивањем изјаве дате на записнику или својом писмено потписаном изјавом. Што се тиче осталих права притвореника она су дефинисана одредбама од члана 180. до 184. Законика о кривичном поступку и углавном су истоветна са садашњим решењима с тим што је нови Законик предвидео и да се приликом распоређивања притвореника у одређене просторије и заједнички смештај мора водити рачуна колико је то могуће о степену и врсти њиховог образовања, о језику којим говоре и разумеју, њиховим личним склоностима, као и врсти кривичних дела због којих се против њих води кривични поступак.

Када је у питању кажњавање притвореника због евентуалних дисциплинских преступа, одредба члана 183. ЗКП, предвиђа да притвореник не може бити кажњен пре него што буде обавештен о преступу који му се ставља на терет, пре него што му се пружи прилика да изнесе своју одбрану и пре него што буде свестрано испитан његов случај.

Ранија одредба члана 152. ЗКП која се тиче надзора над притвореницима је изостављена што је још један доказ да нова решења Законика о кривичном поступку пружају већу гаранцију основних људских права притворених лица.

Након овакве анализе одредби које су садржане у Глави IX Законика о кривичном поступку свима нама остаје да видимо да ли ће након што Законик дефинитивно почне да се примењује ова законска решења допринети бржем и ефикаснијем спровођењу кривичних поступака и између осталог и на тај начин задовољити високе демократске стандарде које је законодавац очигледно желео у њега да угради.

др Глигорије Спасојевић,
судија Врховног суда Србије

АНГАЖОВАЊЕ ПРИКРИВЕНОГ ИСЛЕДНИКА КАО ПОСЕБНА ДОКАЗНА РАДЊА

1. Посебне доказне радње

У глави VIII Законика о кривичном поступку (ЗКП) [1] ("Посебне доказне радње") прописано је више посебних доказних радњи, као што су: тајни звучни и оптички надзор осумњиченог, пружање симуловних пословних услуга и склапање симулованих правних послова, ангажовање прикривеног иследника, контролисана испорука, аутоматско рачунарско претраживање личних и других података и саслушања сведока сарадника.

Већина од наведених доказних радњи биле су предвиђене и у Законику о кривичном поступку из 2001. године[2], углавном, у глави XXIXа ("Посебне одредбе о поступку за кривична дела организованог криминала"), и оне су у члану 504љ. дефинисане као "мере": пружање симулованих пословних услуга, склапање симулованих правних послова и ангажовање прикривеног иследника, а у члану 504о. прописано је да се може одобрити мера контролисане испоруке. Са друге стране, мере из члана 232. (надзор и снимање телефонских и других разговора или комуникација другим техничким средствима и оптичка снимања) и члана 234. (наредба банкарској, финансијској или другој организацији да достави податке о стању пословних или личних рачуна осумњиченог) су мере општег карактера и могу да се одобре у поступку за кривична дела организованог криминала. Наравно, и у ЗКП-у из 2001. године било је предвиђено саслушање сведока сарадника, али само у поступку за кривична дела организованог криминала (члан

[1] "Службени гласник Републике Србије", број 46/06 од 2. јуна 2006. године
[2] "Службени лист СР Југославије", број 70/01, 68/02 и "Службени гласник Републике Србије", број 58/04

504д.-и). Што се, пак, тиче ангажовање прикривеног иследника, та "мера" је, према чл. 504љ. – њ. ЗКП, такође, могла да се одреди само у поступку за кривична дела организованог криминала. Међутим, према новом ЗКП-у, о чему ће бити касније више речи, ова посебна доказна радња се може одредити и за нека друга кривична дела, што значи да је каталог кривичних дела знатно шири него према ЗКП-у из 2001. године.

2. Појам прикривеног иследника и упоредно правна регулатива његовог ангажовања

Прикривени иследник (undercover agent) је најчешће припадник полиције, прикривен легендом и са промењеним идентитетом, који се на одређено време, са могућношћу продужења тог рока, убацује у организовану криминалну групу да би прибавио доказе за хапшење њених чланова, односно да прикупи податке који сами за себе могу да послуже као доказ у кривичном поступку (исправе, материјални докази, снимци разговора и др) или да се он саслуша као сведок у кривичном поступку[3]. Његова делатност је тајна, обавештајног карактера, усмерена како на откривање кривичних дела, прикупљање података ради њиховог доказивања, али се његовом делатношћу могу и спречити извршења кривичних дела[4].

Мада ова посебна доказна радња представља врло ефикасан начин да би се открило и доказало неко кривично дело, она се у домаћој пракси још увек не примењује[5].

У немачком Законику о кривичном поступку у члану 110а. став 1., прописано је да прикривени иследник може да буде ангажован уколико постоји довољно чињеница које указују да је почињено кривично дело "већег значаја": у области илегалне трговине опојним дрогама, оружјем,

---

[3] Ђорђе Лазин, Прикривени иследник у кривичном поступку, Правни живот, број 9/04, страна 493.

[4] Милан Шкулић, прикривени иследник – законско решење и нека спорна питања, безбедност, број 3/05, стр. 374

[5] Божидар Бановић, Посебне методе откривања и доказивања најтежих кривичних дела (разлози формирања и досадашња искуства у примени), XLIII редовно годишње саветовање Удружења за кривично право и криминалогију, Златибор, 2006. године, стр. 382.

фалсификовањем новца или хартија од вредности, у области државне заштите, ради стицања добити или према навици или ако је учињено организовано од неког члана групе (банде) или на други начин. У циљу расветљавања злочина прикривени иследници се смеју ангажовати уколико на основу одређених чињеница постоји опасност од понављања кривичних дела. Ангажовање је само онда дозвољено уколико би расветљавање на други начин било неуспешно или знатно отежано. Они могу бити ангажовани у циљу расветљавања кривичних дела и онда, када одређени значај дела налаже интервенцију и када би друге мере биле безуспешне. Прикривени иследници су службеници полиције, који под додељеним, измењеним идентитетом (легендом) воде истрагу и под легендом смеју да учествују у правном саобраћају (члан 110а. став 2). Уколико је за изградњу или очување легенде неопходно, одређена сведочанства се смеју израдити, изменити и употребити (члан 110а. став 3). Ангажовање је дозвољено уз сагласност државног тужилаштва, а уколико постоји опасност од одлагања, а сагласност не може на време да се прибави иста мора хитно да се прибави и ова мера се обуставља уколико тужилаштво у року од три дана није дало сагласност. Сагласност се издаје у писменом облику и временски је ограничено, с тим што је тај рок могуће продужити све док постоје предуслови за интервенцију (члан 110б. став 1). За ангажовање прикривеног иследника против одређеног окривљеног или за улазак у стан, неопходна је сагласност судије, а у случају опасности од одлагања довољна је сагласност државног тужиоца и мера се прекида уколико судија у року од три дана није дао сагласност (члан 110б. став 2). Прави идентитет прикривеног иследника може да се држи у тајности и после његовог ангажовања. Државни тужилац и судија који дају сагласност за интервенцију могу да захтевају да им се открије прави идентитет прикривеног иследника. Дозвољено је и да се у току истраге идентитет прикривеног иследника држи у тајности, ако би откривањем идентитета био угрожен живот, здравље, слобода прикривеног иследника или неког другог лица, као и даља могућност коришћења прикривеног иследника (члан 110б. став 3). Прикривени иследник сме, користећи легенду да уђе у туђи стан уз сагласност овлашћеног лица, а то лице у чији стан је ушао мора о томе да буде обавештено (члан 110ц. и 110д. став 1). Одлуке и остала документа о ангажовању прикривеног иследника чувају се код државног тужиоца (члан 110д. став

2). Прикривени иследник не сме да извршава кривична дела приликом свог ангажовања.

У Републици Словенији, основни предуслови за ангажовање прикривеног иследника су да постоји основана сумња да је учињено или да се припрема неко из широког каталога кривичних дела, са генералном клаузулом о запрећеној казни затвора у трајању од пет или више година за то кривично дело, те да се применом других мера не би могли прикупити докази или би то било повезано са знатним тешкоћама (члан 155а. став 1. Законика о кривичном поступку Републике Словеније). Прикривени иследници спроводе "прикривене интервенције" при чему прикупљају информације, како о извршиоцу кривичног дела, тако и о његовим активностима и такве интервенције спроводе један или више прикривених иследника по упутствима или надзором полиције, користећи лажне "личне" податке, лажне податке у базама података и лажне исправе. Прикривени иследник може да буде службено лице органа полиције, службено лице органа полиције неке стране државе или изузетно, ако прикривене операције не могу да се спроведу ни на један други начин, неко друго лице. Прикривени иследник може да учествује у правном саобраћају користећи лажне исправе, а при прикупљању информација може да користи техничка средства за пренос и снимање звука, слике и видео записе (члан 155а. став 2). На писмени захтев полиције, ову меру одређује јавни тужилац у облику писмене наредбе, а изузетно истражни судија на захтев јавног тужиоца, када прикривени иследник користи техничке уређаје за пренос и снимање звука, слика и видео записа, а у вези кривичних дела из члана 150. став 2. ЗКП (члан 155а. став 3. и 4). Предлог полиције и наредба тужиоца морају да садрже: податке о особи према којој се мера спроводи; навођење разлога за основану сумњу; начин извршења мере, њен обим и трајање; врсту, сврху и обим употребе лажних података и исправа; у случају учешћа прикривеног иследника у правним пословима одредити дозвољени обим таквог учешћа; ако прикривени иследник није полицајац, нити је полицајац неке стране државе, већ неко друго лице, потребно је образложити оправдане разлоге за ангажовање тог лица; одређивање врсте и начина употребе техничких уређаја за преношење и снимање звука и слике и видео записа (члан 155а. став 5). Спровођење ове мере може трајати најдуже два месеца, а ако постоје основани разлози може се продужити сваки пут по два месеца на основу писмене наредбе, али најдуже за период од 24 месеца а

за кривично дело из члана 151. став 2. ЗКП, могу трајати најдуже 36 месеци (члан 155а. став 6). Ове мере у сваком случају престају када су прикупљени докази и не постоје више разлози због којих је одређена или по истеку наредбе тужиоца. Прикривени иследник не сме подстрекавати на извршење кривичних дела, а уколико је услед подстрекавања извршено кривично дело, тако прикупљени подаци и докази не могу се користити у кривичном поступку (члан 155а. став 9. у вези члана 155. став 3. и 4). Прикривени иследник не сме ни да врши кривично дело.

Иначе, у Републици Словенији идентитет прикривеног иследника је познат само полицији, а тужиоцу се доставља само допис са прикривеним личним подацима која ће прикривени иследник користити у одређеној операцији, коју контролише и усмерава његов контактни инспектор или "handler", те се прави идентитет, за разлику од ситуације у Немачкој, не доставља ни тужиоцу, нити касније судији у фази сведочења на суду. Ако су прикупљени докази за друга кривична дела за која није издата наредба за ову меру, они се могу употребити у другим поступцима, уколико се они односе на неко од каталошких кривичних дела (ово важи и у Немачкој и у Републици Словенији). За извршено кривично дело у току свога ангажовања прикривени иследници кривично одговарају и у Немачкој и у Републици Словенији.

Што се тиче саслушања прикривеног иследника, као сведока, оно се у Немачкој врши преко контактних инспектора, односно вође прикривених иследника, мада у последње време и сами прикривени иследници лично долазе у суд. У Републици Словенији прикривени иследник добија статус заштићеног сведока и саслушава се по тим правилима (преко видео линка, из друге просторије, заштита лика на видео траци, променом боје гласа, преко техничких средстава и сл), његов извештај који је доставио тужиоцу потписује шифром, на суђењу му се може одредити псеудоним који је прикривени иследник користио у акцији, а директор полиције доноси документ којим потврђује да је то лице поступало као прикривени иследник, тако да се у пракси његов лични идентитет не проверава.

У САД и Канади прикривени иследник сведочи непосредно, без скривања идентитета, а исто се односи на његово сведочење и у Италији, где се, такође, сведочи непосредно, са правим именом, па чак се наводи и назив јединице из које долази. У Хрватској прикривени иследник сведочи

на суду слично као и у Словенији, у Холандији се сведочење прикривеног иследника изузетно врши непосредно, док у Пољској он сведочи писмено, односно питања и одговори се достављају преко тужиоца. У задње време у земљама Европске уније пракса иде у правцу непосредног саслушања прикривеног иследника, са могућношћу да он у току поступка добије статус заштићеног сведока.

3. Испуњење услова за ангажовање прикривеног иследника

Према ЗКП-у из 2001. године, односно његовој Новели из 2002. године, у члану 504љ. прописано је да се прикривени иследник може ангажовати, односно истражни судија може, на захтев јавног тужиоца, да одобри примену ове мере само према лицу: 1. за које постоје основи сумње да само или заједно са другим лицима припрема кривично дело; 2. да се ради искључиво о кривичном делу организованог криминала; 3. да се такво кривично дело на други начин није могло открити, доказати или спречити, или би то било повезано са знатним тешкоћама.

Међутим, за ангажовање прикривеног иследника, према члану 151. став 1. и 2. ЗКП из 2006. године, које, такође, одређује истражни судија, на захтев јавног тужиоца, потребно је испуњење више услова: 1. он се одређује ради разјашњавања и доказивања кривичног дела учињеног од најмање три лица која су се организовала за вршење кривичних дела; 2. да би разјашњавање и доказивање тог кривичног дела на други начин било немогуће или било повезано са знатним тешкоћама; 3. ако постоје основи сумње да је учињено неко од кривичних дела: а. против уставног уређења и безбедности, б. против човечности и других добара заштићених међународним правом, в. организованог криминала, г. за које је прописана казна затвора преко четири године. Прикривени иследник се, уз испуњење наведених услова, изузетно може одредити ако особите околности указују да се припрема неко од наведених кривичних дела, а све чињенице указују на постојање озбиљне бојазности да се извршење кривичног дела на други начин не би могло спречити или би његово спречавање било знатно отежано, односно наступиле би непоправљиве штетне последице по живот или здравље људи, безбедност грађана или имовину веће вредности (члан 151. став 3. ЗКП).

За разлику од ЗКП из 2001. године, види се да ЗКП из 2006. године, прописује да се прикривени иследник може ангажовати првенствено ако постоје основи сумње да је већ учињено неко кривично дело, а да се изузетно, уз испуњење наведених услова, може одредити када се припрема неко од кривичних дела, која могу бити из знатно ширег каталога кривичних дела него према ЗКП-у из 2001. године, према коме је могуће одредити прикривеног иследника само за кривично дело организованог криминала. Ово ново законско решење свакако је боље, јер је у складу и са упоредно правним решењима из других земаља. Није јасно због чега је законодавац прописао да се прикривени иследник може ангажовати ради разјашњења и доказивања кривичног дела учињеног од "најмање три лица". Ово, додуше, јесте један од услова, предвиђених у члану 21. ЗКП, за постојање организованог криминала, међутим, како смо већ навели, прикривени иследник се може ангажовати и за друга кривична дела, а не само за кривично дело организованог криминала, јер постоји законска могућност да он буде одређен за сва кривична дела за која је прописана казна затвора преко четири године, што значи и за кривична дела која могу да учине и појединци, а не само лица која су се удружила у криминалну организацију, односно криминалну групу коју чине "три или више лица". Дакле, у упоредном праву, као што је на пример кривично законодавство Немачке или Словеније, не постоји наведени услов у погледу броја извршилаца кривичних дела да би се одредио прикривени иследник.

4. Наредба истражног судије којом се одређује ова доказна радња

Ова посебна доказна радња се одређује на основу писмене и образложене наредбе истражног судије. Садржај ове наредбе и према члану 504љ. став 2. ЗКП из 2001. године и према члану 151. став 4. ЗКП из 2006. године је скоро идентичан. Ова наредба, наиме, мора обавезно да садржи следеће податке: 1. о лицима и групи према којима се ова доказна радња примењује; 2. опис кривичног дела у односу на које постоје основи сумње да га је учинило лице према коме ће се ова мера применити; 3. начин, обим, место и "вероватно" трајање ове мере. Сматрамо да је реч "вероватно" код трајања ове мере доста непрецизно формулисана и да је боље решење из 2001. године према коме се у наредби одређује "трајање мере", које мора

бити прецизно одређено, о чему ће касније у раду бити више речи, него ново законодавно решење о одређивању "вероватног трајања мере".

5. Ко одређује прикривеног иследника

Овде се фактички ради о томе да се одговори на питање који орган је надлежан за одређивање конкретног лица које ће бити, по наредби истражног судије, ангажовано као прикривени иследник у неком случају.

Према члану 504њ. став 1. ЗКП из 2001. године, прикривеног иследника одређује министар надлежан за унутрашње послове или лице кога он овласти, док је у члану 151. став 5. ЗКП из 2006. године прописано да прикривеног иследника одређује министар надлежан за унутрашње послове, односно директор Безбедносно-информативне агенције или лице кога он овласти. Чини нам се да би, пре свега, због саме благовремености и ефикасности о одређивању прикривеног иследника, можда било боље да прикривеног иследника одређује директор полиције, у чијој би се надлежности, вероватно, нашла и будућа организација Службе прикривених иследника (Одељење за прикривене иследнике, Сектор за прикривене иследнике, Вође прикривених иследника и сл), јер би и начелник ове Службе, због саме природе тајности ангажовања и саме делатности прикривеног иследника, морао да за свој рад и рад својих потчињених, непосредно одговара само директору полиције.

6. Ко може, а ко не може, бити прикривени иследник

У члану 504њ. став 2. ЗКП из 2001. године прописано је само да прикривени иследник може бити лице "запослено у државним органима", што значи и у било ком државном органу, а не само у полицији, док је у члану 151. став 6. ЗКП из 2006. године прописано да је прикривени иследник "по правилу" овлашћено службено лице полиције, а "изузетно", када је то оправдано посебним околностима случаја, то може бити и овлашћено службено лице полиције које је пензионисано, припадник Безбедносно-информативне агенције, односно запослено "у другом државном органу". Не видимо разлоге да се као прикривени иследник не може одредити припадник полиције неке стране државе, односно да припадник наше полиције буде ангажован као прикривени иследник у некој страној држави,

као што је, на пример, то могуће у Републици Словенији. Ово би можда било и потребно у ситуацијама када се прикривени иследник треба убацити у неку криминалну групу која није са простора Републике Србије а кривично дело ова група врши у Републици Србији и обрнуто, страна држава треба да ангажује нашег прикривеног иследника када нека организована криминална група из Републике Србије врши кривично дело на простору неке друге, најчешће неке суседне државе.

Према члану 151. став 7. ЗКП-а, прикривени иследник не може бити лице за које постоји основана сумња да је садашњи или некадашњи припадник организоване криминалне групе или лице које је осуђивано за кривична дела за која је прописана казна затвора од четири године или тежа казна. Сматрамо да је недопустиво да и осуђивана лица могу бити прикривени иследници, па и за макар "лакша" кривична дела (за која је прописана казна затвора до четири године). С обзиром да ће се за ову посебну доказну радњу у највећем броју случајева ангажовати прикривени иследници који раде у полицији, а који као такви не могу да буду осуђивана лица, онда је и из тих разлога сувишно да у ЗКП-у стоји да се као прикривени иследници могу ангажовати и осуђивана лица. Уосталом, ако је прикривени иследник лице које је раније осуђивано, оправдано се може поставити питање доказне вредности његовог исказа као сведока у кривичном поступку.

7. Трајање ове посебне доказне радње

Ова посебна доказна радња, према члану 504љ. став 3. ЗКП из 2001. године, може трајати шест месеци, а на образложени предлог јавног тужиоца истражни судија је може продужити највише два пута по три месеца, а у члану 504н. став 1. ЗКП прописано је да та радња престаје када истекне рок на који је одређена или кад престану разлози због којих је била одређена.

Исти најдужи рок од шест месеци за трајање ове посебно доказне радње, без могућности његовог продужења, предвиђен је и у члану 151. став 8. ЗКП из 2006. године. Мишљења смо да је наведено максимално трајање ове доказне радње од шест месеци, за разјашњење и доказивање појединих кривичних дела врло кратко и да би требало прихватити, на

пример, немачки модел у погледу трајања ове доказне радње. Наиме, у немачком законодаству не постоји максимални рок за трајање ангажовања прикривеног иследника, али у пракси је овај рок три месеца и може се неограничено више пута продужавати по три месеца, тако да може да траје и више година, односно док се не прикупе подаци и докази за разјашњавање и доказивање кривичног дела за које је и одређено ангажовање прикривеног иследника. Према нашем сазнању, просечно трајање ове посебне доказне радње у Немачкој износи једну годину и десет месеци.

8. Подношење извештаја прикривеног иследника и полиције

Подношење извештаја прикривеног иследника и полиције је прописано и у ЗКП-у из 2001. године (члан 504м) и у ЗКП-у из 2006. године (члан 152), тако да у овим законима у вези тих извештаја нема неких значајних разлика. Наиме, прикривени иследник у току трајања ове посебне доказне радње, по потреби, подноси периодичне извештаје свом непосредном старешини, истражном судији и јавном тужиоцу, а ови извештаји се неће подносити ако је њихово подношење скопчано са настанком знатне опасности по живот, тело или здравље прикривеног иследника или безбедност грађана.

Међутим, по завршетку ангажмана прикривеног иследника, овлашћено службено лице полиције, односно БИА, подноси истражном судији и јавном тужиоцу коначан извештај који садржи: време почетка и завршетка посебне доказне радње; податке о "службеном лицу које је спровело посебну доказну радњу"; опис примењених техничких средстава; број и идентитет лица обухваћених посебном доказном радњом и оценом о сврхисходности и резултатима примењене посебне доказне радње.

Уз наведени извештај, јавном тужиоцу се достављају фотографије, звучни и видео снимци, пратећа документација уз те фотографије и снимке и сви други докази који су прибављени применом посебне доказне радње. Сматрамо да је сувишно да овај извештај садржи и податке о службеном лицу које је спровело ову посебну доказну радњу, пре свега, из разлога његове личне безбедности, јер због саме природе посла који обавља прикривени иследник, увек постоји опасност по његов живот, тело или здравље, уколико би био откривен његов прави идентитет, о чему ће ка-

сније бити више речи. Стога је боље да се прикривени иследник у кривичном поступку појављује под шифром или псеудонимом, а да за његов прави идентитет гарантује његов претпостављени (шеф одељења прикривених иследника или директор полиције).

9. Забрана подстрекавања на извршење кривичних дела, као и њихово извршење од стране прикривеног иследника

Као што је речено, основна улога због које се прикривени иследник ангажује је прикупљање података и доказа у вези извршења или припремања извршења неког кривичног дела, ако би разјашњавање и доказивање на други начин било немогуће или би било повезано са знатним тешкоћама. Да би остварио овај свој задатак због којег је ангажован, прикривени иследник ће се ако се ради о криминалној групи, најчешће морати убацити у групу, па се и на одређени начин мора "доказивати". Стога је логично и питање да ли прикривени иследник, у циљу остварења резултата свог ангажовања, може да подстрекава припаднике те групе на извршење кривичних дела, односно да ли подлеже кривичној одговорности ако их и сам изврши у току свог ангажовања. Што се тиче подстрекавања, у теорији, па и у упоредном праву, постоји потпуно јединствено схватање да је забрањено и кажњиво подстрекавање од стране прикривеног иследника на извршење кривичног дела. То је изричито прописано у члану 504њ. став 3. ЗКП из 2001. године и у члану 153. став 1. ЗКП из 2006. године. Међутим, што се тиче одговорности прикривеног иследника за извршена кривична дела у време трајања свога ангажовања, у теорији су подељена мишљења, а исто се односи и у упоредном праву. Тако у европским државама постоји генерално схватање да прикривени иследник не сме да чини кривична дела, јер у супротном подлеже кривичној одговорности, док је у САД-у дозвољено да тајни агент изврши кривично дело, и осим у законом прописаним случајевима постојања крајње нужде или нужне одбране, ако је то неопходно за остварење његове тајне активности, а што је БФИ овај проблем решио након доношења Смерница од стране Врховног тужиоца у вези са тајним операцијама (да је извршење кривичног дела било: неопходно за извршење задатка тајног агента; нужно за успо-

стављање или одржавање кредибилитета тајног идентитета агента; предузете у циљу спречавања смрти или тешке телесне повреде)[6].

Код нас је у члану 153. став 2. ЗКП из 2006. године, прописано да ће се, ако прикривени иследник у току извршења наредбе истражног судије, којом се одређује ова посебна доказна радња, и у непосредној вези са садржајем те наредбе, учини кривично дело према члану криминалне групе или у оквиру криминалне групе, односно у вези са делатношћу те групе, применити одредбе кривичног законика "о нужној одбрани или крајњој нужди, када су испуњени законски услови за примену тих одредаба". Међутим, сматрамо да је ова одредба ЗКП-а сувишна, при чему треба имати у виду да нисмо против тога да се и у односу на прикривеног иследника примене одредбе Кривичног законика о нужној одбрани (члан 19. КЗ) или крајњој нужди (члан 20. КЗ), већ насупрот томе, сматрамо да се те одредбе требају увек применити и на прикривене иследнике када су испуњени законски услови за њихову примену, исто као и у односу на сва друга лица, па управо због тога одредба члана 153. став 2. ЗКП-а је сувишна, јер се наведени кривично правни институти (нужна одбрана и крајња нужда) примењују увек без икаквих разлика у погледу својства учинилаца кривичних дела, па и на прикривеног иследника, наравно, уз испуњење услова из члана 19. и члана 20. КЗ-а у сваком конкретном случају.

10. Улажење у туђи стан и друге просторије и употреба техничких средстава за звучни и оптички надзор осумњиченог од стране прикривеног иследника

У члану 504њ. став 5. ЗКП из 2001. године прописано је да, када је то наредбом истражног судије предвиђено, прикривени иследник може употребити техничка средства за снимање разговора и ући у туђи стан и друге просторије. Међутим, у члану 153. став 3. ЗКП из 2006. године прописано је да прикривени иследник, поред техничких средстава за снимање разговора, може да употреби средства за фотографисање или звучно или видео снимање, у погледу чега се сходно примењују одредбе члана 146. и 147. ЗКП-а, односно одредбе о посебној доказној радњи тајног звучног и оптичког надзора осумњиченог.

[6] Божидар Бановић, Оп цит; стр. 383-384.

Прикривени иследник, ради обављања ових радњи, има право да уђе у туђи стан или просторије, а такво његово поступање нема карактер противправности, што не утиче на право власника или држаоца стана, односно других просторија, да остварује право на накнаду штете у парничном поступку, ако је услед радње прикривеног иследника наступила одређена штета (члан 153. став 4. ЗКП).

11. Саслушање прикривеног иследника као сведока

У кривичном поступку прикривени иследник се може, како смо раније навели, у неким земљама непосредно саслушати као сведок, без скривања свог интентитета, у другим, такође, непосредно, али уз сходну примену правила о саслушању заштићеног сведока, а у неким земљама посредно преко контактних испектора, односно вођа прикривених иследника.

Према члану 504љ. став 4. ЗКП из 2001. године, прикривени иследник се у кривичном поступку може саслушати као сведок и саслушање ће се обавити тако да се не открије идентитет сведока, а подаци о идентитету прикривеног иследника који се саслушава као сведок представљају службену тајну.

У одредби члана 153. став 5. ЗКП из 2006. године саслушање прикривеног иследника је регулисано исто као и у претходном ЗКП-у, с том разликом што је још наведено: "саслушање прикривеног иследника ће се обавити уз сходну примену правила о саслушању заштићеног сведока (члан 117. до 121)". На крају, у ставу 6. истог члана овог ЗКП-а је наведено да се судска одлука не може заснивати само на исказу прикривеног иследника, који је саслушан као сведок. Ако се судска одлука не може заснивати само на исказу прикривеног иследника, поставља се питање која је сврха ангажовања прикривеног иследника. Наиме, претпоставка је да ће се његовим активностима, ако их он обави на квалитетан начин, омогућити добијање и других доказа, а поред тога не треба заборавити ни његову могућност да прислушкује и снима разговоре, а такви снимци такође имају доказни значај[7].

[7] Коментар нацрта Закона о кривичном поступку (председник радне групе проф. др Милан Шкулић).

Што се, пак тиче самих правила о саслушању заштићених сведока, која би се сходно требало применити и на саслушање прикривеног иследника у својству сведока, ваља напоменути да је у члану 119. став 1. ЗКП прописано да ће се пре почетка саслушања заштићени сведок обавестити да се "подаци о његовом идентитету неће никоме открити, осим суду и странкама, односно органу који води поступак" и упознаје са посебним мерама заштите које ће се примењивати током његовог саслушања (искључење јавности са главног претреса; измена, брисање из списа или забрана објављивања података о идентитету сведока; ускраћивање података о идентитету сведока; саслушање сведока под псеудонимом; прикривање изгледа сведока; сведочење из посебне просторије уз промену гласа сведока, применом уређаја који мењају глас; саслушање сведока који се налази у другој просторији и ван суднице, у другом месту у земљи, или у иностранству, употребом техничких средстава за пренос слике и звука, уз могућност примене и уређаја који мењају глас и изобличују слику).

Осим тога, у члану 118. став 3. ЗКП, прописано је да се решење о одређивању статуса заштићеног сведока доноси након заказаног посебног рочишта, којем "присуствују сведок у односу на које се односи захтев и странке", што значи рочишту присуствује, поред јавног тужиоца, и окривљени.

У члану 119. став 5. ЗКП је прописано да само "изузетно", у нарочито оправданим случајевима, ако орган који води поступак оцени да су озбиљно угрожени живот, здравље или слобода сведока, а да је сведок уверљив "могу се окривљеном и браниоцу привремено, а најкасније до заказивања главног претреса", ускратити сви или неки подаци о идентитету заштићеног сведока.

Дакле, према наведеним одредбама ЗКП-а, односно правилима о саслушању заштићеног сведока, која би се сходно морала применити на саслушање прикривеног иследника у својству сведока, у смислу члана 153. став 5. ЗКП, прави идентитет прикривеног иследника би био познат окривљеном и његовом браниоцу, практично од самог рочишта на коме се одлучује о додели његовог статуса заштићеног сведока, а најкасније до заказивања главног претреса. То значи да, анонимност сведока, па и прикривеног иследника, када се саслушава у својству сведока, односно необелодањивање њиховог идентитета, може бити у односу на јавност и медије

у току целог кривичног поступка, а у односу на оптуженог и браниоца најкасније до заказивања главног претреса.

Слична правила постоје и у Међународном кривичном трибуналу за бившу Југославију (МКТЈ), односно то је Правило 60(ц) у вези Правила 75. Правила и процедуре доказивањае МКТЈ. Наиме, овим правилима је прописано да се "идентитет жртве или сведока мора обелоданити довољно рано пре почетка суђења да би се оставило довољно времена за припрему одбране", а са друге стране суд може "налогом одредити одговарајуће мере за приватност и заштиту жртава и сведока, под условом да оне нису у супротности с правима оптуженог" [8].

Према одредби члана 6. став 3. алинеја д. Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода[9], свако ко је оптужен за кривично дело има право између осталог, "да испитује сведоке против себе или да постигне да се они испитају и да се обезбеди присуство и саслушање сведока у његову корист под истим условима који важе за оне који сведоче против њега". 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 ове Конвенције, 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].

Према томе, ако би се доследно примениле наведене одредбе ЗКП-а о сходној примени правила о саслушању заштићеног сведока (члан 117. до 121), приликом саслушања прикривеног иследника као сведока у кривичном поступку, нема никакве сумње да би његов идентитет био откривен оптуженом, па и његовом браниоцу, најкасније до заказивања главног претреса, чиме би могла да наступи опасност по озбиљну угроженост ње-

[8] Džon R.V.D. Džouns, Stiven Pauls, Међународна кривична пракса, Transnational Publishers, Ardsli, Njurok, SAD, Oksford, страна 612-630.

[9] "Службени лист Србије и Црне Горе – Међународни уговори", бр. 9/03

[10] Снежана Бркић, Заштита сведока према процесном законодавству Србије и Црне Горе и опште прихваћени правни стандарди, Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода и Кривично законодавство Србије и Црне Горе, XLI Редовно годишње саветовање на Златибору, 2004, страна 438.

говог живота, здравља или слободе. Тиме бисмо имали прикривеног иследника само за "једнократну употребу", односно само за једно његово ангажовање и касније његово саслушање као сведока у кривичном поступку, јер кад се открије његов идентитет, његово касније ангажовање као прикривеног иследника више не би било могуће због тога што би са његовим правим идентитетом врло брзо биле упознате разне криминалне групе, посебно на овако малом простору, као што је територија Републике Србије и његова безбедност била би трајно угрожена. Да не бисмо дошли у такву ситуацију, а очигледно је да је нужно да се за одређена кривична дела и уз испуњење законом прописаних услова, о чему је већ било речи, ангажује прикривени иследник, потребно је да се изврши равнотежа између два принципа, односно принципа истине, а до остварења кога се може доћи и на основу прикупљених података и доказа, па и на основу непосредног сазнања до којег је дошао прикривени иследник, и принципа права окривљеног на правично суђење, односно да му се омогући да испита и сведоке оптужбе, у нашем случају прикривеног иследника у својству сведока. Како је раније речено, право окривљеног на правично суђење, према пракси Европског суда за људска права, не би било повређено ако би се окривљеном омогућило да сведоку, односно прикривеном иследнику, "на други начин" поставља питања. Решење овог проблема могао би да нам омогући модел који се већ дуже времена примењује у Републици Словенији. И у Републици Словенији сведоцима, па и прикривеном иследнику, може да се на рочишту додели статус заштићеног сведока и тада се одређују заштитне мере, најчешће се саслушање прикривених иследника врши из друге просторије, под псеудонимом, уз употребу техничких средстава и слично. Суд позива прикривеног иследника под шифром и Одељење за прикривене иследнике проналази то лице и упућује га на суд, а исто одељење доставља извештај који је написао прикривени иследник, потписан шифром, тужиоцу, а овај га доставља суду. Директор полиције доноси документ којим се потврђује да је то лице (под шифром) поступало у том кривичном предмету као прикривени иследник, тако да се његов прави лични идентитет не проверава на суду. Прикривени иследник доноси у суд овај документ, који је потписан од стране директора полиције, а од министра унутрашњих послова добија дозволу којом се разрешава дужности чувања службене тајне, с тим да не разоткрије тактику и методологију рада. Пре самог саслушања прикривеног иследника извршавају се одређе-

не припремне радње у погледу његовог доласка у суд, обезбеђења просторије за сведочење и потребних техничких средстава. Обично је то просторија до суднице, а припремају се и техничка средства за промену боје гласа прикривеног иследника и слично. Према томе, сматрамо да би наведени словеначки модел био потпуно прихватљив и примењив и код нас, јер на овај "други начин" постављања питања прикривеном иследнику од стране окривљеног, не би било повређено право окривљеног на правично суђење, затим испоштовао би се и принцип истинитости, јер би прикривени иследник својим исказом дао свој допринос остварењу тог принципа, а са друге стране, прави идентитет прикривеног иследника био би сачуван, јер за њега не би имали сазнања учесници у кривичном поступку, па ни окривљени, па због тога не би морала да буде угрожена безбедност прикривеног иследника и он би своју улогу прикривеног иследника могао да остварује и у другим кривичним предметима.

12. Закључна разматрања и предлози

а. У члану 151. став 1. ЗКП из 2006. године сувишно је навођење да се прикривени иследник може ангажовати само за разјашњавање и доказивање кривичног дела учињеног од стране "најмање три лица", јер се он може одредити и за друга кривична дела, која могу извршити и појединци, а не само за кривично дело организованог криминала, па би ову одредбу ЗКП у том смислу требало изменити, а што би било у складу са упоредно-правним решењем.

б. Прикривеног иследника би требало да одређује директор полиције (Предлог за измену члана 151. став 5. ЗКП).

в. За прикривеног иследника се изузетно може одредити припадник полиције неке стране државе и обратно припадник наше полиције може да буде ангажован као прикривени иследник у страној држави (Предлог за измену и допуну члана 151. став 6. ЗКП).

г. Осуђивано лице не може бити прикривени иследник (Предлог за измену члана 151. став 7. ЗКП).

д. Ова посебна доказна радња траје три месеца, али може се неограничено више пута продужавати по три месеца, односно док се не прикупе по-

даци и докази за разјашњавање и доказивање за које је и одређено ангажовање прикривеног иследника (Предлог за измену члана 151. став 8. ЗКП).

ђ. Коначни извештај о ангажовању прикривеног иследника, који се доставља истражном судији и јавном тужиоцу, не треба да садржи и "податке о службеном лицу које је спровело посебну доказну радњу", због разлога постојања опасности по личну безбедност прикривеног иследника у случају откривања његовог правог идентитета (Предлог за измену члана 152. став 3. ЗКП).

е. Одредба члана 153. став 2. ЗКП о "примени одредби Кривичног законика о нужној одбрани или крајњој нужди, кад су испуњени законски услови", и на прикривеног иследника, је сувишна, јер се наведени кривично-правни институти примењују без икаквих разлика у погледу својстава учинилаца кривичних дела, па и на прикривеног иследника, уз испуњење услова из члана 19. и члана 20. КЗ у сваком конкретном случају (Предлог за брисање одредбе члана 153. став 2. ЗКП).

ж. Ако би се на саслушању прикривеног иследника сходно применила правила о саслушању заштићеног сведока (члан 117. до 121), онда би његов идентитет био откривен оптуженом и његовом браниоцу најкасније до заказивања главног претреса, чиме би могла да наступи опасност по озбиљну угроженост његовог живота, здравља или слободе, па бисмо тако имали прикривеног иследника само за "једнократну употребу", односно само за једно његово ангажовање у том својству. Стога би било пожељно и потребно да се на саслушање прикривеног иследника као сведока примени модел Републике Словеније, према коме, најкраће речено, он добија статус заштићеног сведока и сведочи на суду, уз примену одређених мера заштите (из друге просторије суда, применом техничких средстава, нарочито за измену боје гласа, под шифром, односно псеудонимом), а да је то лице (под шифром) поступало у том кривичном предмету као прикривени иследник писменим документом гарантује директор полиције, тако се његов прави лични идентитет не проверава на суду.

Др Данило Л. Николић,
председник Окружног суда у Нишу

СПОРАЗУМ О ПРИЗНАЊУ КРИВИЦЕ
у функцији убрзања поступка

УВОД

Нови Законик о кривичном поступку[1] у наш кривичноправни систем уводи институт Споразума о признању кривице, тековину адверсарног система, који је у досадашњој пракси земаља у којма егзистира постигао значајне резултате на плану ефикасности поступка и смањења трошкова. Реална су очекивања да ће применом овог кривичнопроцесног института и у нашој земљи у високом проценту бити знатно побољшана ефикасност рада тужилаштава и судова у кривичноправној материји.

Споразум о признању кривице настао је у Сједињеним Америчким Државама пре више од једног века. Још 1879. године је Врховни суд у случају State vs Kaufman одлучио да се окривљени може одрећи својих процесних права, укључујући и право на убрзано суђење, као и права да му се суди у редовном поступку – пред великом поротом (grand jury).[2]

ПОЈАМ

Законик о кривичном поступку Републике Србије не одређује појам, не даје законску дефиницију Споразума. С обзиром да још увек нема ни теоријског ни практичног обрађивања и искуства како о појму споразума о признању кривице, тако и о елементима истог, дефиниција коју дајемо тешко да може бити савршена, али може послужити као полазиште у

[1] Службени гласник Републике Србије бр. 46/2006
[2] Данило Николић – Споразум о признању кривице, стр. 35, СКЦ Ниш 2006. год.

теоријским разматрањима, као и практичарима при разради и примени овог кривично процесног института: **Споразум о признању кривице је у писаној форми сачињена сагласност слободних воља државног тужиоца с једне стране и окривљеног и његовог браниоца с друге стране којим окривљени свесно, добровољно и са искљученом могућношћу заблуде у потпуности признаје кривицу за једно или више кривичних дела за која се терети а која су предмет оптужбе, а државни тужилац заузврат пристаје на давање појединих уступака окривљеном који се односе на врсту и висину кривичних санкција, евентуално одустајање тужиоца од кривичног гоњења за друга кривична дела која нису предмет споразума, као и о другим односима који произилазе из кривичних дела која су предмет споразума или су у вези са тим или другим кривичним делима.**

СПОРАЗУМ О ПРИЗНАЊУ КРИВИЦЕ У НЕКИМ ДРЖАВАМА И У МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВУ

1) САД

Споразум о признању кривице доминира у кривичноправном систему Сједињених Америчких Држава. Према једном истраживању, на сваке две секунде током радног времена суда по један случај реши се на овај начин. Мање од 10% случајева се реши у редовном поступку, док се више од 90% оконча неким видом споразума тужиоца са окривљеним.

Споразум о признању кривице (plea bargaining) закључује се између Тужилаштва Сједињених Америчких Држава и окривљеног. Поступак за закључивање Споразума је регулисан у више федералних закона, а постоје и закони држава чланица. У неким земљама суд и судија су потпуно искључени од учешћа у преговарању о закључењу споразума о признању кривице. Но, постоје и неке државе у САД где је не само дозвољено, него су судије и фактички иницијатори да се приступи преговарању између тужиоца и окривљеног ради постизања Споразума. Наравно у САД по својој природи, овај кривичнопроцесни институт искључује провођење доказног поступка – суђења јер почива на сарадњи и консенсуалности странака. Ради се о обостраном интересу и окривљеног и тужиоца. Споразум у свим

државама подлеже оцени суда и мора бити прихваћен од суда да би на основу њега била донета пресуда.

2) Индија

Индија као некадашњи део Уједињеног Краљевства, без обзира на чињеницу да је након осамостаљења изградила свој систем закона, остала је у систему англосаксонског права, који је нужно модификован услед специфичних социјално-економских услова у којим живи становништво ове државе. Споразум о признању кривице је у Закон о кривичном поступку уведен изменама и допунама Закона, и у примени је од 11. јануара 2006. године, за кривична дела за која се може изрећи казна затвора до 7 година. Међутим, за кривична дела против привреде и кривична дела учињена против жена или деце млађе од 14 година не постоји могућност закључивања Споразума и усвајања истог, без обзира на запрећену казну.

3) Италија

Италијанско законодавство предвиђа доношење пресуде и изрицање казне по предлогу странака (patteggiamento). У питању је сагласан предлог странака о правној квалификацији кривичног дела и о врсти и висини казне, на основу ког суд доноси осуђујућу пресуду уколико исти прихвати. Сличности са нашим законодавним решењима, и у Италији осуђујућа пресуда по својим основним елементима – правној квалификацији, висини казне и свему осталом мора бити сагласна са Споразумом, а Споразум се може закључити како у току истраге, тако и на прелиминарном рочишту, као и на рочишту за главни претрес, али предлог не може бити поднет после отварања главног претреса. Без обзира у ком стадијуму се Споразум закључује, када се доноси пресуда на основу истог, нема држања главног претреса. Треба рећи да је и у италијанском законодавству закључење Споразума и доношење пресуде на основу истог ограничено на лакша кривична дела.

4) Француска

У француско кривичнопроцесно законодавство уведен је један вид ограниченог Споразума о признању кривице. Наиме, јавни тужилац може осумњиченима за извршење лакших кривичних дела за која је прописана

новчана казна или казна затвора до пет година, предложити да се закључи споразум о признању кривице. Као и по нашем Законику о кривичном поступку, Споразум се подноси на оцену суду који, уколико исти усвоји, доноси пресуду у складу са Споразумом. Одмеравање и предлагање казне у надлежности је тужиоца. Окривљени може да не прихвати предложену казну, а и судија може одбити одобрење тог предлога, у ком случају ће се наставити са редовним поступком.

Одредбе о Споразуму не примењују се на лица млађа од осамнаест година, на новинске преступе, убиство из нехата, политичке деликте и прекршаје чије је кривично гоњење предвиђено посебним законом.

5) Естонија

У Естонији је Споразум у кривичнопроцесно законодавство уведен пре десетак година и исти се може закључити поводом кривичних дела за која је прописана казна затвора у трајању до 4 године. Као и у БиХ, тужиоцу је дато овлашћење да договори казну испод законом прописаног минимума и исту умањи највише за једну трећину.

6) Државе бивше СФРЈ

На територији бивше СФРЈ овај институт уведен је у кривично законодавство БиХ, а у току су измене и допуне кривичног законодавства Хрватске и Словеније, којима је предвиђено увођење споразума о признању кривице.

Кривичнопроцесни институт споразум о признању кривице присутан је како на нивоу Дистрикта Брчко, тако и на нивоу Републике Српске, Федерације, и на нивоу Босне и Херцеговине као државе. Значи, постоје 4 законика и сви су инаугурисали институт споразум о преговарању о кривњи. Овај институт прво је инаугурисан у Дистрикту Брчко. Практична искуства у примени Споразума су позитивна и он је заступљен у око 20% процесуираних кривичних предмета.

7) Међународни кривични суд у Риму

У нормама којима је регулисан поступак пред овим судом, као што је то иначе у адверзијалном систему, само ако оптужени на питање

како се изјашњава у односу на оптужбу, изјави да није крив, спровешће се редовни – контрадикторни кривични поступак (суђење, контрадикторност, извођење доказа, завршне речи и доношење пресуде). Ако се оптужени изјасни да је крив, само се држи расправа за доношење пресуде. На расправи се углавном не изводе докази, већ се на основу преговарања и "договорног признања" које доводи до "договорне истине" у кривичноправном смислу, окончава кривични поступак.[3] Ако претресно веће утврди да признање оптуженог не поседује потребан квалитет (није дато добровољно, није поткрепљено другим доказима, итд), веће може одмах наставити поступак према редовном току ствари или одлучити да се предмет уступи другом претресном већу ради вођења редовног кривичног поступка. Уколико веће нађе да је Споразум правилан и да испуњава напред наведене услове, утврди испуњеност свих услова и то констатује, може оптуженог огласити кривим за кривично дело које је предмет поступка и осудити на одговарајућу кривичну санкцију.

8) Међународни кривични трибунал за бившу Југославију

Основни услови предвиђени чл. 306 ст. 8 нашег Законика поклапају се са условима које предвиђа Правилник о поступку и доказима, а то су: добровољност код давања признања и поткрепљеност потпуног признања другим доказима. Наш Законик прописује и искључење признања кривице у заблуди и тражи постојање свести као субјективног елемента, то јест да је оптужени свестан, како самог признања, тако и последица које из истог произилазе.

Након што Расправно веће Трибунала прихвати признање кривице, одређује се расправа за изрицање казне. Предлог, то јест договорени услови из Споразума не обавезују Трибунал. Суд у својој досадашњој пракси Споразуме између Тужилаштва и оптужених углавном није поштовао у делу одлуке о казни.

[3] G. Werle, цитирано према М. Шкулићу – Међународни кривични суд – Надлежност и поступак, Центар за публикације Правног факултета Београд, 2005. год., стр.297

СПОРАЗУМ О ПРИЗНАЊУ КРИВИЦЕ У ЗАКОНИКУ О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Услови за закључење споразума о признању кривице

ЗКП лимитира могућност закључивања споразума о признању кривице на кривично дело или кривична дела у стицају за која је прописана казна затвора до десет година. Изостављање могућности примене истог на извршиоце најтежих кривичних дела или квалификованих облика кривичних дела за која се може изрећи казна затвора преко десет година је добро због тога што не постоје јасни и сигурни како теоријски, тако ни практични ставови и искуства, што носи ризик да би различита пракса судија и судова атаковала на принципе права и слободе, а посебно на остварење принципа законитости и једнакости грађана пред законом. Та опасност је већа посебно због немогућности подношења жалбе на пресуду којом се овакав поступак окончава, а самим тим губи се утицај виших судова на изједначавање казнене политике.

Овлашћени субјекти за предлагање закључења Споразума

Законик право иницијативе за вођење преговора и закључење споразума о признању кривице даје обема странкама у кривичном поступку, и државном тужиоцу и окривљеном, а у име и за рачун окривљеног то може учинити и његов изабрани или постављени бранилац. Ову одредбу треба уско тумачити, тако да ова иницијатива не припада сродницима окривљеног који у његово име и за његов рачун могу вршити поједине процесне радње (поднети жалбу на пресуду итд). Шире тумачење ових одредби у овом делу било би незаконито и противно природи овог кривичног поступка.

Форма за покретање поступка

Законик предвиђа да се иницијатива за покретање процеса преговарања за закључење споразума о признању кривице подноси у форми предлога, не одређујући форму предлога. Језичким тумачењем израза: "када се упути предлог…." произилази да предлог треба да буде сачињен у писаној форми. Садржина предлога није у Законику регулисана, но треба поћи од тога да она у правном смислу треба да буде у форми понуде.

Понуда као садржина предлога треба да представља једнострану изјаву слободне и добровољне воље упућене другој странци, у циљу закључења споразума о признању кривице. Сам предлог нема никакво правно дејство и странке увек могу изменити услове које су изнеле у предлогу или пак одустати од предлога.

Форма споразума о признању кривице

За разлику од предлога, Законик одређује да уколико дође до закључења Споразума, исти мора бити сачињен у писаном облику. Писана форма Споразума је конститутивни елемент и без ње би исти био ништав. Писана форма Споразума нужна је из практичних разлога (ради завођења Споразума у тужиочеве и судске уписнике, претходног упознавања судије са истим и оцене испуњености формалних законских услова). Писана форма Споразума обезбеђује оцену исправности његовог доношења, оцену поступка за доношење, оцену садржине и најзад његову реализацију или неодобравање, односно одбијање.

Разматрање споразума о признању кривице

Споразум представља договор две странке у кривичном поступку, које својом слободном вољом исти закључују. Суд нема и не сме да има никакву улогу у процесу преговарања, а још мање закључивања и садржине Споразума. Но, имајући у виду правну природу и садржину Споразума, иста мора бити сагласна међународним и националним правним стандардима - да: "кривичну санкцију учиниоцу кривичног дела може својом одлуком изрећи само надлежни суд у поступку који је спроведен по овом Законику".

Након закључивања Споразума следи поступак пред судом јер исти треба реализовати доношењем судске пресуде. Наш Законик закључивање Споразума и његово подношење на усвајање суду дозвољава како пре подношења оптужнице, тако и након поднете оптужнице. У зависности од фазе поступка, Законик одређује и судију који ће одлучивати о Споразуму. Уколико оптужница није поднета, одлуку о усвајању или одбијању Споразума доноси председник већа из чл. 24. ст. 6. (одређен годишњим распоредом судија), а ако је оптужница поднета, о Споразуму одлучује председник судећег већа или судија појединац пред којим треба да се

одржи суђење. О Споразуму увек одлучује професионални судија као појединац, а никада веће.

Што се тиче времена до када Споразум може бити закључен, Законик само каже да се на постојање истог могу позвати окривљени и бранилац и у приговору против оптужнице а може бити поднет најкасније до завршеног првог рочишта за одржавање главног претреса.

Предмет споразума о признању кривице

Садржину Споразума Законик прописује чланом 305, и то за разлику од законских решења држава из окружења, доста и опширно и јасно. Као претходни услов захтева се да дато признање буде потпуно.

Потпуно признање кривице

Када тражи да окривљени "у потпуности признаје кривично" дело, законодавац мисли на квалитет признања које мора бити добијено уз претходно поштовање свих права окривљеног која су му гарантована кривично процесним закоником Републике Србије. Да "у потпуности признаје", значи да признање буде прво свеобухватно и да се односи како на комплетан чињенични опис догађаја из кога произилазе елементи бића кривичног дела или више дела, тако и у односу на опште елементе, то јест законску предвиђеност, противправност и кривицу окривљеног. Оно мора бити потпуно, дакле, не делимично, условно или на неки други начин непотпуно. Не само то, признање мора бити и аргументовано, да је таквог квалитета да изнете чињенице о признању саме за себе и у склопу са другим доказима омогућавају правилно и потпуно утврђивање чињеничног стања. Признање или признање "у току поступка" не може бити противречно само себи или противречно материјалним доказима у вези са извршењем кривичног дела. Оно не може бити условно ни у ком смислу.

Подсетимо се да у кривичном праву и кривичним поступцима познајемо разне врсте признања окривљеног у односу на кривична дела која му се стављају на терет. Такво признање може бити пре свега потпуно или делимично; истинито или лажно; признање дато из ниских или алтруистичких побуда; добровољно или изнуђено. Признање може бити и неиз-

бежно када је кривично дело извршено тако да је његово извршење од стране окривљеног поткрепљено таквим доказима да је само признање ирелевантно. Рецимо признање извршиоца кривичног дела где је учинилац затечен у његовом извршењу а само извршење снимљено видео камером. Таква су и кривична дела извршена на главном претресу итд.

Тужилац, иако то Законик не наводи, признање мора узети на записник. У форми давања одбране, осумњичени – окривљени ће детаљно описати извршење кривичног дела, и то не само радње и остале детаље у извршењу дела него и своје побуде и мотиве, понашање и кретање, евентуално припрему, поседовање средстава за извршење дела, како је та средства набавио, само извршење кривичног дела, као и понашање након извршеног кривичног дела, а посебно предавање средстава извршења дела и других материјалних доказа. Нужно је да признање садржи лично познавање чињеница и околности извршеног кривичног дела са детаљним аргументима који његово признање чине одрживим, логичним и сагласним другим доказима. Предмет признања могу бити сва кривична дела која су предмет Споразума, било она за која ће се окривљеном одмерити кривична санкција, било она која су предмет Споразума не ради осуде већ ради опроста окривљеном у замену за признања, тако што ће за та кривична дела јавни тужилац преузети обавезу да одустане од гоњења. Оваква свеобухватност признања нужна је ради заштите права окривљеног, између осталог и на истицање приговора пресуђене ствари за кривична дела која нису обухваћена Споразумом и за која суд у смислу чл. 308 ст. 4 ЗКП треба да донесе пресуду којом се оптужба одбија.

Битни елементи Споразума

Битни елементи Споразума, што је и логично с обзиром на његову правну важност, прописани су законом. Споразум представља сагласност окривљеног и тужиоца након потпуног признања кривичних дела која су предмет Споразума од стране окривљеног о кривичној санкцији (санкцијама), о евентуалном одустанку јавног тужиоца од неких других кривичних дела, о имовинскоправном захтеву оштећеног, трошковима кривичног поступка, о алтернативним кривичним санкцијама, о одрицању од права на жалбу против пресуде донесене на основу Споразума, враћању имовинске користи и другим посебним условима.

Кривичне санкције

Сврха закључивања Споразума мора бити сагласна са општом сврхом кривичних санкција прописаном чл. 4 КЗ и сврхом кажњавања прописаном чл. 42 КЗ. При преговарању о висини казне и другим кривичним санкцијама тужилац се, као представник државе, мора придржавати свих правила материјалног права о одмеравању казне из чл. 54 КЗ као и правила о границама ублажавања казне из чл. 57 КЗ, те условима доношења - изрицања условне осуде и других кривичних санкција. Део Споразума који се односи на висину казне и друге договорене санкције је не само најважнији део Споразума него се Споразум због тога и закључује.

Када у поступку преговарања тужилац, преузимајући улогу суда у одмеравању казне, преговара о њеној врсти и висини, мора се у коначном договору придржавати правила из материјалног закона. Тужиоци по природи своје функције нису одмеравали казне али су изјављујући жалбе на тај део пресуде знатно утицали на казнену политику.

Одмеравање казне је суптилан, грацилан правни посао који захтева огромну одговорност, стручност и савесност онога који примењује законске одредбе у том делу. Овај врло одговоран посао сада ће преузети и тужиоци у свим поступцима закључивања Споразума о признању кривице. Уверени смо да ће се велики број кривичних поступака завршавати пресудама донетим након судског усвајања Споразума.

Не само најважније него и најконтраверзније питање у закључивању Споразума је питање или боље рећи проблем благих кривичних санкција које странке договоре а судови прихватају.[4] Тужиоци у Републици Србији ће се по први пут од 1.6.2007. године наћи у позицији да преговарају о висини казне – кривичне санкције. Стога је нужно да Републички јавни тужилац донесе упутства која би садржала интерна правила о распону санкција за врсте кривичних дела које треба прихватити и које би остварилe сврху кажњавања. Само тако би се елиминисала евентуална сумња у непристрасност тужиоца при закључивању споразума и обезбедио принцип законитости и једнакости грађана пред судом.

[4] Цитирани извештај ОСЦЕ, Ibid, страна 28

Пракса у БиХ показује да двогодишњу примену овог института карактерише одмеравање казне испод посебног законског минимума. Одмерена је казна испод законом прописаног посебног минимума у 48% изречених санкција. Даље, овај извештај показује да се процена споразума о признању кривице где је казна затвора нижа од законом прописаног посебног минимума драстично повећава сразмерно дужини прописане кривично правне санкције за одређено кривично дело.[5] Оваква пракса судова у БиХ како се указује у извештају показује да тужиоци закључују а судови прихватају закључене Споразуме и кад за то нема оправдања.

У намери да спречи закључивање и потом прихватање Споразума са неоправдано благим кривичним санкцијама, наш Законик о кривичном поступку, за разлику од кривичнопроцесних закона у БиХ) ублажавање казне испод посебног минимума не препушта само примени одредби КЗ, него и сам одређује услове под којима се то може учинити. Тако ЗКП наводи да до ублажавања испод посебног минимума у договору између тужиоца и окривљеног може доћи изузетно, у следећим случајевима: а) када је то очигледно оправдано значајем признања окривљеног за разјашњење кривичног дела за које се терети, чије би доказивање без тог признања било немогуће или знатно отежано; б) када се признањем спречава извршење неког кривичног дела које предстоји или се открива извршење других кривичних дела или се помаже доказивању других кривичних дела; в) постојање нарочито олакшавајућих околности из чл. 56 ст. 1. тач. 3.

Свако признање нема исту снагу с обзиром на друге доказе којима располажу органи откривања и тужилац. Што је мање релевантних доказа којима тужилац располаже, то је признање извршења кривичног дела значајније и обратно. Тако, ако нема средстава извршења кривичног дела а окривљени својим признањем открије где се налази или налазе таква средства и још ако није било материјалних доказа, такво признање може бити врло високо вредновано на лествици релевантних доказа. Ако се признањем откривени предмети извршења кривичног дела рецимо разбојништва или тешке крађе, врате оштећеном или се на њима налазе трагови саучесника за ДНК анализу онда је испуњен овај услов. Признање кривичног дела у тренутку када нема уопште или има врло мало других дока-

[5] Ibid, страна 30 и 31.

за а до доказа се дође након признања, је такође признање које испуњава услов за ублажавање казне. Фактичко је питање кад ће тужилац проценити да је испуњен овај услов али је једно сигурно: ако би било основано претпоставити да други докази без признања осумњиченог могу довести до осуђујуће пресуде, нема услова за ублажавање казне. Наравно да у процесу преговарања ово треба предочити окривљеном и наставити преговарање али без прихватања ублажавања казне испод законом прописаног посебног минимума.

Признања која доводе до спречавања извршења припреманог кривичног дела или до неизвршења покушаног а недовршеног, сама по себи ће увек бити лако утврдива и лако вреднована. Иста је ситуација и са признањем које доказује извршење других кривичних дела за која се чак не мора знати ни да су извршена или нема никаквих доказа. У оба случаја ради се о сарадњи осумњиченог – окривљеног са тужиоцем и у извесном смислу његовом покајању за криминалну делатност, па му и на овај начин треба помоћи да се врати из света криминала у нормалан и поштен живот.

Само ако се ради о испуњењу неког од услова из чл. 56 казна се може ублажити испод законом прописаног минимума или ублажити врста прописане казне. Ако нема испуњења услова из чл. 56 нема места примени чл. 57 и казна се може одмерити само између посебног минимума и посебног максимума.

Досадашња пракса судова у Србији код примене одредаба за ублажавање казне је врло различита. Чак и онда кад постоје ови услови пресуде не садрже образложење постојања истих што је недопустиво.

Код споразумевања о новчаној казни треба имати у виду да иста не би смела да буде чак ни једнака висини новчане казне која се за такав сличан случај (тежина дела, имовинске прилике окривљеног итд) изриче у редовном судском поступку након проведеног главног претреса. Ово из разлога што је окривљени у овом поступку ипак привилегован, ослобођен је плаћања трошкова кривичног поступка који би произашли из главног претреса и извођења доказа на истом. Такође треба имати у виду да окривљени код новчаних казни вероватно (није искључено законом) неће бити обавезиван на плаћање паушалног износа, с обзиром да отпадају критеријуми трајање и сложеност поступка.

С обзиром да новчана казна као једина није предвиђена ни за једно кривично дело за које се поступак води по оптужном акту јавног тужиоца, и да до осуђивања на исту може доћи само ублажавањем законом прописане врсте казне, уместо затвора новчане, или пак изрицањем блаже врсте казне код кривичних дела за која су алтернативно прописане затвор и новчана казна, и то оправдава став да новчане казне у Споразумима треба одмерити у већем износу у односу на казнену политику судова у редовном поступку.

Ограничења прописана чл. 305 ст. 2 и 3 ЗКП имају значајне реперкусије на могућност уговарања казне рада у јавном интересу и условне осуде у Споразуму.

С обзиром да Кривични законик казну рада у јавном интересу ни за једно кривично дело не предвиђа као главну, иста ће се моћи изрећи само применом одредаба о ублажавању казне, за које смо видели да је conditio sine qua non да то буде очигледно оправдано значајем признања за разјашњење кривичног дела, чије би доказивање без таквог признања било немогуће или знатно отежано, односно за спречавање, откривање или доказивање других кривичних дела, односно због постојања нарочито олакшавајућих околности из чл. 56. ст. 3 Кривичног законика.

Изрицање условне осуде је факултативно и да ли ће до тога доћи зависи од свих околности које се тичу учиниоца и извршеног кривичног дела и процене целисходности њеног изрицања.

Посматрајући праксу изрицања условне осуде према Споразуму у пракси БиХ, уочљиво је да условљавање износи 31% за казну затвора а 1% за новчану казну.[6] Оваква ситуација у БиХ последица је изричитог законског овлашћења тужиоца да предложи казну мању од минимума прописаног законом или блажу санкцију, за разлику од законског решења у нашем праву где ће то бити допуштено само изузетно и под напред наведеним условима.

Чланом 268. ст. 1. ЗКП прописано је да државни тужилац може одложити кривично гоњење за кривична дела за која је прописана новчана казна или казна затвора до 3 године, која се гоне по службеној дужности,

[6] Данило Николић – Споразум о признању кривице, стр. 89, СКЦ Ниш 2006. год.

под условом да осумњичени прихвати једну или више мера прописаних истим чланом. Ради се дакле о факултативном праву тужиоца на примену одлагања кривичног гоњења које је јасно изражено појмом **може**. На овај начин у наше право принцип опортунитета уведен је 2001. године.

Кривично гоњење државни тужилац може одложити само у случају да осумњичени прихвати извршење једне или више мера таксативно прописаних Закоником. Остављена је слобода државном тужиоцу да процењује коју или које мере ће тражити да осумњичени изврши. При процени државни тужилац, по нашем мишљењу, користиће се одредбама материјалног права садржаним у општем делу КЗ, које се односе на одмеравање врсте кривичне санкције и висину новчане казне или казне затвора. При свему томе мора се имати у виду и сврха кажњавања, а посебно индивидуална превенција. И осумњичени, који је прихватио извршење једне или више мера у обиму који тужилац одреди овим мерама, мора бити подвргнут специјалној превенцији. Мере на њега треба да утичу тако да у будуће не врши таква и слична кривична дела.

Законик таксативно прописује врсту мера чије се извршење може тражити, и ван ових мера државни тужилац се не може кретати. Те мере су: 1) Да осумњичени отклони штетну последицу насталу извршењем кривичног дела или да накнади причињену штету, 2) Плаћање одређеног новчаног износа у корист хуманитарне организације, фонда или јавне установе (када је реч о висини новчаног износа који осумњичени треба да уплати, треба користити критеријуме који важе за одмеравање новчане казне, а напред смо изнели због чега сматрамо да овај новчани износ треба да буде знатно већи него што би то износила очекивана новчана казна), 3) Обављање одређеног друштвено корисног и хуманитарног рада, 4) Испуњавање доспелих обавеза издржавања, 5) Подвргавање одвикавању од алкохола или опојних дрога (ако се у поступку преговарања утврди да је осумњичени односно окривљени кривично дело које је предмет преговора о закључивању Споразума о признању кривице учинио услед сталне зависности од употребе опојних дрога, или је кривично дело извршио услед зависности од употребе алкохола и да код таквог учиниоца постоји озбиљна опасност да ће услед неке од ових зависности и даље вршити кривична дела, интерес је друштва да се отклони узрок вршења кривичних дела. Приликом преговарања о овој мери тужилац треба да се придр-

жава одредби чл. 83 и 84 Кривичног законика и услова под којима се ова мера изриче. Дакле, да ли ће се уговорити обавезно лечење у здравственој установи алкохоличара или наркомана или подвргавање таквом лечењу на слободи треба да буде предмет оцене у сваком конкретном случају. Трајање договореног лечења не може бити дуже од рокова предвиђених чл. 84 и 85 Кривичног законика), 6) Подвргавање психосоцијалној терапији (ову меру треба уговарати у Споразуму за оне учиниоце кривичних дела који дела врше из разлога структуре своје личности и асоцијалног понашања. Процена да ли је оваквом учиниоцу потребна помоћ социјалног радника, психолога, социолога и других стручњака је релативна, односно фактичко питање), 7) Обавеза запошљавања на радном месту које је доступно и одговара радним способностима и квалификацијама учиниоца кривичног дела са којим се закључује споразум (ова обавеза договориће се код оних учинилаца који су се одали скитничењу и нераду а с обзиром на своје стручне радне и здравствене могућности могу наћи запослење и могу живети од свог рада а не од вршења кривичних дела. Договарање ове мере је такође фактичко питање).

Одустајање јавног тужиоца од кривичног гоњења за кривична дела која нису обухваћена споразумом о признању кривице

За разлику од ублажавања испод законског минимума, предвиђајући чланом 305 ст. 1 тач. 2 да предмет Споразума може бити и: "одустајање јавног тужиоца од кривичног гоњења за кривична дела која нису обухваћена споразумом о признању кривице", ЗКП не одређује услове када то тужилац може учинити. Овде се ради о награђивању сарадње осумњиченог са тужиоцем и о усмено пруженим информацијама углавном ван кривичног дела које се у потпуности признаје и за које се договара казна. Ради се о посебном елементу Споразума који је врло често у примени у адверзијалном кривичном систему са сврхом прикупљања што више података о другим окривљенима или саизвршиоцима или члановима злочиначког удруживања.

Како ће судови ценити овај услов, поготово ако су из Споразума невидљиви разлози за његово доношење као и из пратеће документације уз споразум, фактичко је питање. Но, сигурно је да не треба у великој мери толерисати усмене договоре тужиоца и осумњиченог и дозволити тужиоцу да помоћу одустанка од гоњења у замену за кривичнопроцесно врло важне до-

казе користи само овај начин, али ни спречити тужиоца да користи ову законом дозвољену могућност. Наравно тужилац може и треба суду на рочишту приликом одлучивања о Споразуму предочити усмени договор што може битно утицати на одлуку суда о усвајању или одбијању Споразума. Код ове законске могућности врло је неизвесно испуњење обећања од стране осумњиченог, те на тужиоцу остаје да одреди када ће закључити Споразум са овим условом, то јест када је осумњичени остварио сарадњу.

Одлука о трошковима кривичног поступка и имовинско правном захтеву

Одлука о трошковима кривичног поступка у примени овог кривично процесног института када се поступак окончава осуђујућом пресудом, не би у пракси требало да ствара никакве проблеме. Уколико је Споразум закључен и избегнуто дуготрајно вођење кривичног поступка, тужилац може са окривљеним уговорити, ако је исти слабог имовног стања ослобођење од трошкова кривичног поступка. Слободни смо изнети мишљење да трошкови кривичног поступка не треба да буду разлог за незакључивање Споразума, поготово ако су релативно незнатни а окривљени слабог имовног стања.

Када је реч о одбијајућој пресуди у редовном поступку, окривљеном и браниоцу припадају трошкови кривичног поступка које су имали, али сматрамо да у овом поступку у том случају окривљеном и браниоцу не треба признати никакве трошкове кривичног поступка. У таквим ситуацијама јавни тужилац одустаје од кривичног гоњења јер је то део договора из Споразума, а не из других разлога предвиђених у редовном кривичном поступку.

У кривичним делима где постоји оштећени, уколико се испуне његови захтеви, нема разлога да се не приступи закључењу Споразума. При томе сматрамо да одредбу чл. 305 ст. 1 тач. 3 ЗКП треба шире тумачити, не у смислу да је нужно да се у потпуности споразумеју о висини имовинскоправног захтева, већ да се могу и делимично споразумети а за остатак договорити да ће се остваривати у редовном парничном поступку, или пак да се о имовинскоправном захтеву у целини одлучује у парници.

Имајући у виду да се ради о грађанскоправним односима чије решавање није и не спада у надлежност тужилаштава, мислимо да је потреб-

но да овај део споразума тужиоци препусте преговарању окривљеног и његовог браниоца с једне, и оштећеног и његовог пуномоћника с друге стране, водећи при томе рачуна да заштите интересе оштећеног и да материјално и процесно право и у овом делу буду правилно примењени.

С обзиром да договор о имовинскоправном захтеву у Споразуму доприноси брзом и ефикасном разрешењу имовинскоправних захтева, при чему оштећени (у случају да се у потпуности сагласе) не мора да покреће посебни парнични поступак који би значио додатне трошкове и одлагања, сматрамо да при процесу преговарања тужилац треба да нагласи окривљеном и његовом браниоцу да ће његов положај у овом поступку бити повољнији у односу на спремност јавног тужиоца да закључи Споразум и у односу на висину казне, уколико оштећени буде у потпуности обештећен.

Уколико не постоји могућност договора између окривљеног и оштећеног, односно тужиоца у име и за рачун оштећеног, треба имати у виду одредбе главе XVI Законика о кривичном поступку – како се расправља имовинскоправни захтев у кривичном поступку и какве одлуке суд може донети.

Одрицање странака и браниоца од права на жалбу против одлуке суда донете на основу споразума о признању кривице

Законодавац због правне природе овог кривичнопроцесног института, као облигаторан услов предвиђа одрицање странака, дакле јавног тужиоца и окривљеног, као и браниоца окривљеног, од права на жалбу против одлуке суда донесене на основу Споразума, након што је суд у потпуности прихватио Споразум. Дакле, када се на основу правноснажног решења којим је усвојен Споразум донесе првостепена пресуда која у свему одговара донетом Споразуму, на такву пресуду нико нема право жалбе и она је правноснажна и извршна. Поред тога што ово мора бити предмет Споразума, Законик у чл. 308 каже да се у пресуди мора ставити поука да против ње жалба није дозвољена.

Предлагање, преговарање и закључивање споразума

Законик уопште не одређује поступак за закључивање Споразума, већ само каже да странке – јавни тужилац и окривљени и његов бранилац могу "предложити" закључивање Споразума супротној странки. Предлог

се у овој фази има схватити као једнострана изјава воље рецимо јавног тужиоца да је спреман у конкретном случају у законским оквирима преговарати о условима за закључење Споразума. Предлог или понуда може бити дата само као иницијатива да се само приступи преговарању, али може одмах садржати и све, или део услова под којим је супротна странка спремна да закључи Споразум.

Странкама се оставља потпуна слобода приликом преговарања о условима под којима се може закључити Споразум. Законик с правом не даје суду никакво право, како у погледу иницијативе тако и у погледу процеса преговарања и закључивања Споразума. Мешање суда у овај поступак све док му Споразум не буде поднет на оцену је недозвољено. Мешање суда пре разматрања закљученог Споразума био би директан атак на презумпцију невиности гарантовану чл. 6 ст. 2 Европске конвенције и чл. 3 Законика о кривичном поступку Србије.

Што се тиче фазе поступка кад се може приступити преговарању, сматрамо да може и у истрази, односно пре подношења оптужног предлога, али само у ситуацијама када тужилац у форми решења о спровођењу истраге које се доставља браниоцу и окривљеном или у форми оптужног предлога, наведе чињенични опис бића кривичног дела или више кривичних дела са правном квалификацијом. Дакле, окривљени и бранилац морају јасно знати о чему преговарају. Ако на записнику приликом давања одбране окривљени детаљно, а при томе свесно и добровољно призна извршење кривичног дела за које се у тој фази поступка терети, то његово признање не ослобађа тужиоца да га провери још неким релевантним доказима. Оваква обавеза јавног тужиоца произилази из чињенице да Споразум донет у било којој фази поступка чека оцена суда. Уколико Споразум из фазе истраге не би садржавао опис кривичног дела које се односи на опис и квалификацију, председник већа из чл. 24 ст. 6. ЗКП не би могао утврдити да ли је окривљени Споразум закључио свесно и добровољно и без заблуде о свим његовим елементима.

Што се тиче саме садржине преговарања треба рећи да се преговори односе на све што је обухваћено Споразумом. Преговарање може бити како о деловима чињеничног описа кривичног дела тако и преговарање о правној квалификацији да тужилац одустане од теже квалификације у замену за потпуно признање. Преговори о казни односно кривичној санкци-

ји односе се на врсту и висину кривичне санкције. Може се преговарати о одустајању јавног тужиоца од кривичног гоњења окривљеног за нека друга кривична дела која нису обухваћена Споразумом и о осталим предметима Споразума из чл. 305 ЗКП.

Поставља се питање да ли је дозвољено преговарање о чињеничном опису кривичног дела, које у ствари треба да обухвати које чињенице ће бити предочене суду и да ли је дозвољено преговарање о правној квалификацији.

И поред основаних аргумената за и против, мишљења смо да треба прихватити став да се може преговарати о истима, али да то треба чинити рестриктивно и само онда кад за то постоје изузетно оправдани разлози и интерес који утврђује јавни тужилац.

Споразум мора бити сачињен у писаној форми и потписан од јавног тужиоца, окривљеног и браниоца (уколико га је имао). Ако је Споразумом одлучено о одштетном захтеву, без обзира што Законик то не наводи, нужно је да Споразум потпише и оштећени и да потврди да је у потпуности обештећен по свим основима за испуњење имовинског захтева, као и да је задовољан висином договорене новчане накнаде. Може се унети клаузула да се оштећени одриче тужбеног захтева по свим основама накнаде штете – имовинског захтева у односу на кривично дело које је предмет Споразума или у вези са тим кривичним делом. Може се унети сагласност оштећеног са делимичном накнадом штете и правом да се за већи износ штете води парница или пак да оштећени за остваривање имовинског захтева у целини буде упућен на парницу. Једном речју, мора се јасно и разумљиво написати шта је у погледу имовинско правног захтева предмет Споразума. Ако ово питање уопште није разматрано, онда то треба и навести тако што ће се рећи да Споразум не обухвата обавезе окривљеног и не дира у права оштећених за остварење имовинскоправног захтева.

Судска оцена споразума о признању кривице

Подношење Споразума суду на оцену

О Споразуму одлучује суд. Законик дозвољава закључивање Споразума још у фази истраге. Ако се у тој фази поступка закључи Споразум

онда је за одлучивање о истом надлежан председник већа из чл. 24. ст. 6. одређен годишњим распоредом судија. Ако је Споразум поднет након подношења оптужнице, унет у оптужницу или приложен уз оптужницу или је достављен уз приговор на оптужницу или уз оптужни предлог на почетку рочишта по оптужном предлогу, о њему одлучује председник судећег већа, односно судија појединац, у зависности да ли је кривично дело из надлежности кривичног већа или судије појединца.

Споразум се, било у скраћеном било у редовном поступку, може поднети најкасније на првом рочишту за одржавање главног претреса. Дакле, може у току држања првог рочишта за главни претрес, али само до његовог завршетка. Подсећамо да је Законик у чл. 309 ст. 5 предвидео факултативну могућност председника већа да закаже и одржи припремно рочиште. Припремно рочиште није рочиште за одржавање главног претреса и његово одржавање је код примене овог института ирелевантно.

О заказаном рочишту за главни претрес обавештавају се оштећени и његов пуномоћник ако га оштећени има. Наравно, обавештење ће се упутити само ако неко лице има својство оштећеног код извршења кривичног дела које је предмет Споразума. Обавезом суда да о рочишту обавести оштећеног и његовог пуномоћника пружа се могућност судијама да поуче оштећене о њиховим правима, да поставе питања о имовинскоправном захтеву уколико је већ постављен или да пружи могућност оштећенима да поставе захтев пре изрицања кривичне санкције.

Оштећени има право да са пуномоћником присуствује рочишту за одлучивање о Споразуму али не и обавезу, тако да суд рочиште држи како онда кад оштећени није уредно позван тако и онда кад је уредно позван а не одазове се позиву. Не би требало ову законску могућност злоупотребљавати па не позивати оштећеног, тим пре што само он има право жалбе на решење о усвајању Споразума.

Одбачај споразума о признању кривице

Законик у чл. 306 ст. 4 предвиђа када ће председник судећег већа одбацити Споразум о признању кривице. Одбачај споразума може уследити само у случају да је исти "поднесен након што је завршено прво рочиште за одржавање главног претреса". Законик у напред цитираном ставу не прописује друге могућности за одбачај Споразума, што значи да, хипо-

тетички узето, Споразум који је поднет од трећих лица (рецимо родитеља, брачног друга, оштећеног или других блиских сродника) не може бити одбачен него ће се заказати рочиште на коме ће су одлучивати о истом наравно у присуству странака.

Законик о кривичном поступку у чл. 306 ст. 7 прописује још један облигаторан услов за одбачај Споразума о признању кривице, а то је у случају да на рочиште заказано ради судског одлучивања о истом није дошао уредно позвани окривљени. Позив за ово рочиште окривљеном мора бити лично уручен, дакле ради се о примени одредаба Законика које предвиђају начин личног уручења. Основано је претпоставити да је окривљени недоласком и необавештавањем суда о разлозима недоласка одустао од закљученог Споразума.

Законик не регулише могућност тражења одлагања од стране окривљеног овог рочишта или повраћај у пређашње стање. Наш став је да нема законских сметњи да се тражи одлагање овог рочишта, као и повраћај у пређашње стање.

Рочиште на коме се одлучује о споразуму

Поступак суда за разматрање и доношење судске одлуке о Споразуму регулисан је чл.306 ст.5. Законика о кривичном поступку. О Споразуму о признању кривице одлучује се на рочишту које у зависности од фазе кривичног поступка заказује или председник већа из чл. 24 ст. 6. ЗКП или председник судећег већа односно судећи судија појединац и то наредбом. У наредби о заказивању рочишта одређује се дан, час и место рочишта, и посебном врстом позива или обавештења упозорава окривљени и његов бранилац, и оштећени и његов пуномоћник, шта је предмет расправе на том рочишту. На рочиште се позива и јавни тужилац, а о истом се обавештавају оштећени и његов пуномоћник. Рочиште за одлучивање о Споразуму о признању кривице је јавно, а јавност са овог рочишта може бити искључена само под условима прописаним чл. 316 и чл. 317 ЗКП.

Лицима којима је дозвољено присуство рочишту на коме се разматра Споразум искључена је јавност, даје се упозорење да су дужна да чувају као тајну све оно што буду чули и сазнали на том рочишту и да се одавањем сазнања са рочишта на ком је искључена јавност врши кривично дело које се гони по службеној дужности. Ово може бити посебно осетљиво ако је окри-

вљени дао и на рочишту поновио обавештења о другим кривичним делима и учиниоцима или према Споразуму преузео обавезе сведочења у другим предметима, према другим окривљенима или саизвршиоцима.

О самом рочишту треба водити записник који се у уводном делу не треба разликовати од других судских записника изузев јасног означења да се ради о записнику сачињеном пред одређеним судом на рочишту на коме се одлучује о Споразуму о признању кривице. На записнику треба констатовати ко све присуствује истом и да је јасно видљиво о којем Споразуму се ради.

Ако је окривљени уредно позван, свој изостанак није оправдао, није тражио одлагање рочишта ни лично ни преко браниоца, суд ће одмах констатовати да се рочиште не може одржати. Ако уредно позвани окривљени није дошао нити је свој изостанак оправдао, суд ће решењем одбацити Споразум о признању кривице. Ако окривљени и бранилац нису уредно позвани или су тражили писмено или телефоном или на други начин одлагање рочишта или су на самом рочишту пре његовог почетка тражили одлагање, суд ће констатовати да се рочиште неће одржати и одредиће дан и час одржавања новог рочишта. На ново рочиште поново ће позвати лица према одредбама Законика о кривичном поступку која нису обавештена на записнику.

Законик није одредио да ли ће се решење о одбачају донети само на записнику или ће бити урађен писмени отправак истог и достављен странкама. Сматрамо да не треба радити писмени отправак решења са записника и остављати трагове овог неуспелог поступка који се и правно и фактички мора анулирати тако да о садржини истог не постоје никакви писмени трагови.

За разлику од обавезног присуства окривљеног са или без браниоца, присуство јавног тужиоца није облигаторно и рочиште се може одржати у његовом одсуству, наравно под условом да је благовремено/уредно позван.

Тужилац као и окривљени и његов бранилац, могу све до завршетка првог рочишта одустати од Споразума. Суд у таквој ситуацији исти треба да одбије јер више нема добровољности у његовом закључивању. Законик странкама изричито не даје право одустанка од Споразума, али оно произилази индиректно, из законом прописане ситуације да ће суд

Споразум одбацити ако на рочиште за одлучивање о њему не дође уредно позвани окривљени.

Када држи рочиште ради одлучивања о Споразуму о признању кривице, суд ће проверавати на погодан и подобан начин све околности које му омогућавају доношење мериторне одлуке о истом, дакле усвајање или одбијање.

Судска оцена елемената споразума о признању кривице

Када констатује да постоје услови за одржавање рочишта, судија упознаје окривљеног са свим његовим правима која има у овом поступку. Посебно га упозорава на право на одбрану, право на браниоца, упознаје га са садржином Споразума и детаљно образлаже и упознаје окривљеног са свим последицама које ће произаћи из усвојеног Споразума, а посебно да ће на основу Споразума без суђења бити донета пресуда која ће свим елементима Споразума дати правну снагу као и клаузулу извршности које подразумева право на принудно извршење. Окривљени ће, без обзира на садржину Споразума који се на рочишту разматра, бити упознат са чињеницом да на пресуду која ће садржавати цео предмет Споразума и којом ће бити осуђен на казну и друге обавезе, нема право жалбе.

Да би могао да се упусти у оцену валидности Споразума о признању кривице, суд на рочишту за оцену истог мора утврдити постојање или непостојање одређених услова, то јест присуство истих при закључењу, и то: а) да ли је окривљени свесно и добровољно признао кривично дело или дела која су предмет Споразума и б) да је искључена могућност давања признања у заблуди.

Оценити да ли је окривљени свесно признао кривично дело у закљученом Споразуму значи утврдити његову способност да мисли и расуђује о објективном свету различитости и чињеница, те о себи самом и о својим поступцима. Свест као услов за усвајање Споразума овде у ствари представља оцену урачунљивости окривљеног. Урачунљивост је скуп интелектуалних и вољних елемената које чине човека способним да мисли, расуђује и одлучује о својим поступцима и да управља њима.

Када је реч о закључењу Споразума о признању кривице, треба рећи да и за овај поступак важе међународни правни стандарди па и право

на правично суђење загарантовано чл. 6 Европске конвенције. Овим правом се између осталих гарантује право на ефикасно учествовање у поступку. Ово даље значи да окривљени и у овом поступку мора да разуме саму природу и садржину Споразума. Мора бити свестан којих права се одриче, свестан обавеза које прихвата и које ће бити преточене у снагу пресуде са правом државе на принудно извршење такве пресуде. Окривљени такође мора бити свестан и свих бенефиција које за њега произилазе из Споразума о признању кривице на које смо већ указали. Окривљени нарочито мора бити свестан да се одриче права на употребу правног лека и последицама које ово одрицање производи.

Добровољност у признавању кривичног дела и закључењу Споразума значи да окривљени кривично дело признаје и Споразум закључује само онда и зато што то жели и што то хоће, а не зато што то мора. Добровољност се у примени овог института не може уско тумачити, буквално језичким прихватањем појма одредби: "да је окривљени свесно и добровољно признао кривично дело односно кривична дела која су предмет оптужбе и да је искључена могућност признања окривљеног у заблуди". Добровољност мора бити присутна код окривљеног и код свих договорених услова односно предмета Споразума, а то значи о врсти и висини казне и/или другим кривичним санкцијама и другим елементима на које је већ указано.

Искључење могућности признања кривичног дела у заблуди значи утврдити да код окривљеног у поступку признања кривичног дела, прихватања преговора о закључењу Споразума о признању кривице и прихватања свих његових елемената, није постојала ни једна погрешна представа о некој од околности које су определиле окривљеног да призна кривично дело и прихвати и потпише Споразум. Овде се мора радити само о правно релевантним чињеницама и околностима о којима или о којој је окривљени имао погрешну представу.

Окривљени ће се на рочишту изјаснити и детаљно објаснити у случају позивања на заблуду, зашто је заблуда на њега одлучујуће утицала и зашто да није био у заблуди о тој чињеници не би признао кривично дело и закључио споразум о признању кривице. Код оцене ове околности треба утврдити да окривљени није доведен у заблуду од стране јавног тужиоца или браниоца погрешним стављањем у изглед да ће у случају непризнавања и одбијања закључења Споразума он у редовном кривичном поступку проћи неупоредиво

лошије а посебно да ће бити осуђен на казну, рецимо затвора, која је далеко изнад казне која му се нуди у преговарању.

Да би утврдио да ли је признање кривичног дела дато у заблуди, суд може узети од окривљеног (у случају потребе) детаљну изјаву о томе: ко је дао иницијативу за преговарање, како је преговарање текло, изјаву о садржини Споразума и наравно детаљно признање кривичног дела. Посебно суд треба да узме и изјаву од окривљеног шта му је приликом преговарања предложено и предочено, које су то и какве предности закључења споразума у односу на редован кривични поступак – главни претрес и шта је било одлучујуће да код њега створи коначну одлуку да призна кривицу и под понуђеним условима закључи Споразум. Такође, од окривљеног треба узети изјаву зашто одустаје од признања кривичног дела и закљученог Споразума. Да ли је одустајање уследило због тога што он кривично дело није учинио или због тога што сматра да су уговорени услови – предмет Споразума, а посебно висина казне или висина штете, за њега неповољни и да ће у редовном кривичном поступку за себе остварити повољнији положај.

Обавеза суда да закључени Споразум о признању кривице претходно испита и утврди да је признање кривичног дела и закључење Споразума окривљени учинио свесно, добровољно и да је искључена могућност да је признање окривљеног дато у заблуди је не само логична и праведна него је и у функцији загарантованих права окривљеног, како међународним тако и националним стандардима.

Суд ће се питањима (користити питања која се постављају од стране вештака неуропсихијатара код утврђивања тестаменталне или опште пословне способности) осведочити да се ради о окривљеном који је свестан целог поступка закључивања споразума о признању кривице и свестан његових последица, а поготову потпуног признања кривичног дела и последица у виду да је договорена кривична санкција коначна и да се она само формализује кроз пресуду на коју нема право жалбе, те да иста – пресуда има одмах бити извршена као и сви други услови предвиђени Споразумом. Ако утврди да је окривљени свестан да је потпуно признање кривичног дела дао не само добровољно, него да је искључена заблуда како о садржини признања тако и о садржини Споразума и свим последицама које произилазе из њега, суд ће све ово ценити као искључење могућности признања кривичног дела у заблуди.

Сврха провере у односу на напред наведене елементе је да окривљени буде заштићен и да се у случају постојања заблуде, претње и принуде које искључују добровољност и непостојања довољног квалитета свести о свим елементима Споразум не прихвати, чак и онда када окривљени и његов бранилац остају при закљученом Споразуму. Дакле, улога суда је да оценом постојања услова за закључење Споразума, заштити окривљеног од било какве злоупотребе других учесника у поступку.

Оцена правилне примене одредаба чл. 305 ст. 2 и 3 ЗКП

Наш Законик даје суду право и обавезу да на рочишту на коме одлучује о признању кривице утврди да ли је Споразум донет уз поштовање одредби материјалног права чл. 54, 56 и 57 Кривичног законика Србије и не само ове одредбе него и друге, као на пример одредбе о стицају, продуженом кривичном делу, поравнању окривљеног и оштећеног итд. када је реч о казнама, односно друге одредбе материјалног права када је реч о другим кривичним санкцијама. Суд треба да испита закључени Споразум са становишта да ли је при уговарању на казне или друге санкције јавни тужилац као уговарач правилно применио материјално право.

Нема законских сметњи да се у Споразуму уговори казна затвора, рецимо у распону од 1-3 године, а одређивање њеног апсолутног износа у договореним оквирима препусти суду. На овај начин смањује се ризик да суд не усвоји предложени споразум јер суд може оценити приликом одлучивања о усвајању Споразума да је казна из Споразума превисоко или прениско одмерена, али у оквиру законских овлашћења и не прихватити, односно одбити Споразум.

Стојимо на становишту да иако ЗКП то изричито не предвиђа, суд може одбити Споразум са превисоко или прениско одмереном казном, позивањем на непоштовање одредби о сврси кажњавања. Споразуме због неоправдано ниско или превисоко уговорене казне, у случајевима испуњења свих других кумулативних услова, судови не треба да прихватају.

Суд није овлашћен ни директно ни индиректно да мења Споразум и да тако измењен Споразум усвоји. Усвојени Споразум не обавезује само странке него и суд код доношења пресуде. Пресуда у свему мора одговарати садржини Споразума.

Суд ће водити рачуна да ли је у Споразуму правилно уговорено урачунавање притвора у договорену казну за извршено кривично дело. Неправилности у погледу рачунања притвора или других лишења слободе подлежу судској оцени и разлог су да суд одбије Споразум.

Потпуна свест о последицама закљученог споразума

Законик у чл. 306 ст. 8 тач. 3 као посебан услов тражи да је окривљени потпуно свестан последица закљученог Споразума. Законик наглашава висок степен свести и њену свеобухватност употребом појма "потпуно". То би значило свест о свим могућим последицама које производи закључени споразум о признању кривице. Но, треба рећи да у оквиру израза "потпуно о свим последицама", Законик издваја као најважније две последице које Споразум производи и то: одрицање права на суђење и друго, одрицање права на жалбу против пресуде донете на основу Споразума.

Одрицање од права на суђење

Међународни стандарди, а пре свега Европска конвенција у чл. 6 сваком гарантује право на јавну расправу приликом утврђивања његових грађанских права и обавеза или било какве кривичне оптужбе против њега/ње. Наравно да се овог права осумњичени или окривљени може добровољно и потпуно свесно одрећи ако таква могућност постоји у националном закону.

Право на суђење значи право на одржавање главног претреса пред надлежним судом на ком ће се у контрадикторном поступку расправљати о казненом захтеву из оптужног акта уз присуство и активно учешће странака ради доношења кривичне пресуде. Кривична пресуда је резултат утврђеног чињеничног стања и примене материјалног и процесног права на то чињенично стање.

На суђењу окривљени има низ зајемчених права и активну улогу која му омогућава да докаже да оптужба није основана. Ова права која као и друга права нису апсолутна окривљени их не мора користити, напротив и у кривичном поступку може их се одрећи али само на начин и у форми прописаној законом а у овом поступку само онда ако је потпуно свестан последица овог одрицања.

Одрицање од права на улагање жалбе

Након правноснажности решења којим се усваја Споразум о признању кривице доноси се осуђујућа пресуда чија изрека представља реализацију Споразума. Дакле, оно што се уговори Споразумом биће реализовано осуђујућом пресудом. Једна од врло битних, ако не и најбитнија последица овако донете осуђујуће пресуде је да окривљени против исте не може улагати правни лек. Наиме, још у закљученом Споразуму мора да стоји да се окривљени и бранилац одричу права на жалбу против одлуке донете на основу истог.

Окривљени мора потпуно, значи без изузетка бити свестан да ће, ако је рецимо у Споразуму договорена казна затвора од једне године бити осуђен на ту врсту и висину казне, да ће му она бити изречена осуђујућом пресудом и да је та судска одлука правноснажна, дакле и извршна, те да му се предочи да ће одмах после добијања пресуде бити упућен на издржавање казне. Све што је уговорено у Споразуму биће преточено у пресуду чијем извршењу ће се одмах прићи, чега окривљени треба бити свестан. Све то суд му је дужан објаснити на начин разумљив окривљеном, а сам начин зависи од општег образовања окривљеног и стања ствари на рочишту на ком се одлучује о Споразуму. После овог рочишта окривљени ће бити осуђен на казну, обавезан или не на накнаду штете и на друге уговорене обавезе како то стоји у Споразуму. Оно што је уговорено усвојеним Споразумом након правноснажности решења о усвајању Споразума више неће бити подвргавано никаквој провери. Окривљени се дакле, не може жалити вишем суду. Евентуална жалба окривљеног или браниоца неће бити разматрана него ће бити одбачена као недозвољена.

Постојање доказа који поткрепљују признање кривице окривљеног

Признање окривљеног не само да мора бити потпуно него мора бити поткрепљено и другим доказима да би Споразум о признању кривице био усвојен од стране суда. Поткрепљеност признања окривљеног нужна је и у редовном кривичном поступку.

Постојање других доказа који поткрепљују оптужницу суд ће ценити сумарном проценом степена вероватноће, односно сумарне и укупне процене доказног материјала. Није прикладно за овај поступак вршити

оцену сваког доказа понаособ и свих доказа скупа у њиховој повезаности како се то чини у пресуди након одржаног главног претреса. Дакле, квалитет и квантитет других доказа мора бити такав да код суда, боље рећи било ког судије, створе уверење да нема сумње да је потпуно признање окривљеног истинито и да је окривљени стварно учинио или није предузео делатности које чине елементе бића кривичног дела које је признао. Овај закључак једним делом је хипотетички али с обзиром на остале начине провере квалитета истинитости признања је довољан и испуњава све, како међународне, тако и националне правне стандарде.

Код оцене овог услова за прихватање или одбијање Споразума судија ће користити не само своје стручно искуство слободне оцене доказа него и своје дискреционо право које подразумева његово убеђење да су признање и докази таквог квалитета да се могу оценити високим степеном извесности истине.

Оцена дозвољености закључења споразума о признању кривице и оцена да ли су повређена права оштећеног

Када на рочишту одлучује о Споразуму о признању кривице након што утврди да је Споразум на одлучивање суду достављен у законском року (пре завршеног првог рочишта за главни претрес) и да је на рочиште приступио уредно позвани окривљени сам или са браниоцем, суд ће, иако то није редослед из Законика, оценити да ли је закључивање Споразума у конкретном случају уопште дозвољено. Оцена дозвољености била би нужна чак и у ситуацији да није изричито прописана Закоником (чл. 306 ст. 8 тач. 5). Јавни тужилац са осумњиченим – окривљеним и његовим браниоцем може закључити Споразум о признању кривице, само ако су предмет истог кривична дела за која је у Закону прописана казна затвора до 10 година. Процентуално изражено поступак за закључивање Споразума о признању кривице може се водити и Споразум закључити за 81% кривичних дела и њихових облика а због утврђеног лимита у Законику о кривичном поступку овај поступак није дозвољен код 19% најтежих кривичних дела и квалификованих облика основних кривичних дела.

Овај услов без обзира на редослед оцена наведен у ЗКП треба одмах оценити јер се може десити да се грешком Споразум закључи и у односу на кривично дело кад то није дозвољено.

Мишљења смо да суд на рочишту за оцену закљученог Споразума треба да цени правну квалификацију и да одступања која нису велика (рецимо разлика посебних максимума између квалификације у Споразуму и правилне квалификације је 2 године - уместо 10, максимум је 12 година) могу бити прихваћене. Наравно, то може бити учињено изузетно и са прописаним посебним максимумом казне затвора до 15 година а врло, врло ретко, или скоро никад за кривична дела са прописаним посебним максимумом казне затвора изнад 15 година. Ово зато што тужилац таквом окривљеном ако постоје услови може предложити својство сведока сарадника и обећати повољности које исти има, а не непримерено примењивати овај институт. Суд ће, иако то у Законику није изричито наведено, ценити неопходност закључења оваквог Споразума. Уступци јавног тужиоца морају бити због неког важног циља који се закључењем Споразума жели постићи, а који без закљученог Споразума не би био остварен или би, али врло тешко и са неизвесношћу.

Обавеза суда је да при доношењу одлуке о усвајању Споразума оцени да ли су делом истог који се односи на имовинско правни захтев повређена права оштећеног. Права оштећеног могу бити повређена и тако што се уопште не регулишу Споразумом иако имовинскоправни захтев очигледно произилази из самог догађаја. Потпуну накнаду штете по основима и висини јавни тужилац може у Споразуму договорити само ако зато има потпун и несумњив пристанак оштећеног лично или његовог пуномоћника са пуноважним овлашћењем. Ако се Споразумом о признању кривице имовинскоправни захтев решава само делимично, онда то мора јасно бити написано и наведено да се за већи део имовинскоправног захтева од уговореног, како по основима тако и по висини оштећени упућује на парницу (ово због сагласности пресуде са одредбама ЗКП-а).

Јавни тужилац и окривљени могу договорити да се оштећени за остваривање имовинскоправног захтева упути на грађанску парницу и да имовинскоправни захтев уопште не буде предмет Споразума. Овакву могућност Законик о кривичном поступку не само да дозвољава, него се оваква одлука кривичног суда у пракси појављује као најчешћа, увек кад је

изгледно да би се расправљање и утврђивање основаности имовинско-правних захтева оштећеног продужило што би компликовало кривични поступак и довело до знатног одуговлачења истог.

Код делимично решеног или потпуно нерешеног имовинскоправног захтева законодавац је дао обавезу суду да заштити оштећеног. У случају извесности немогућности оштећеног да према окривљеном оствари наплату имовинскоправних потраживања насталих извршењем кривичног дела или у вези са извршењем истог, сматрамо да у принципу не треба привилеговати окривљеног и са њим закључити Споразум.

Пре доношења одлуке суд ће узети изјаву од оштећеног кога ће питати да ли је учествовао у закључивању дела Споразума о његовим имовинскоправним захтевима, да ли је задовољан истим и ако је исплаћен да ли се одриче будућих захтева и по основима и по висини у односу на кривично дело и окривљеног на које се односи Споразум.

Одлуке о споразуму о признању кривице

Суд ће на потпуно разумљив начин упознати окривљеног које и какве последице настају уколико Споразум о признању кривице буде усвојен. Ово објашњење треба да буде унето у записник без обзира на присуство браниоца. Ако окривљени нема браниоца, онда исто мора бити детаљно уписано у записник као и одговори окривљеног. Када заврши сва испитивања, странке потписују записник и судија се повлачи ради оцене испуњења услова доношењем Споразума те доношења своје одлуке.

Није предвиђено јавно објављивање одлуке суда након завршеног рочишта на коме је предмет одлучивања било усвајање или одбијање Споразума о признању кривице. Непредвиђеност објављивања значи да одлука странкама треба да буде саопштена достављањем отправка решења о усвајању или одбијању Споразума о признању кривице.

Суд решењем може Споразум одбити или усвојити па је нормално да од врсте решења односно одлуке суда о Споразуму зависи не само врста решења него и даље поступање суда.

РЕШЕЊЕ КОЈИМ СЕ СПОРАЗУМ ОДБИЈА

Сви услови за усвајање Споразума о признању кривице из чл. 306 ст.8 прописани су кумулативно или скупно, што значи да у случају неиспуњења само једног од њих нема услова за усвајање Споразума и исти се има одбити. Суд ће дакле, ценити испуњеност кумулативних услова код оцене Споразума и то редоследом из чл. 306 ст. 8. Дакле, прво ће након одржаног рочишта утврдити да ли је: окривљени свесно и добровољно признао кривично дело или дела, да је искључена могућност признања у заблуди, да је Споразум закључен уз поштовање одредби материјалног права о ублажавању казне и процесног одустајања од кривичног гоњења, да ли је окривљени потпуно свестан свих последица закљученог Споразума а посебно одрицања употребе правног лека против одлуке – пресуде суда која ће бити донета на основу Споразума, да ли постоје и други докази који поткрепљују признање кривице те да Споразумом нису повређена права оштећеног, као и да ли је предмет Споразума кривично дело за које је прописана казна затвора преко 10 година, а као такво је и квалификовано и чињенично описано у Споразуму.

Уколико након оцене споразума о признању кривице у склопу са доказима приложеним уз исти из свог уверења након изјава и обавештења добијених на рочишту суд нађе да није испуњен један од напред наведених услова или више услова, донеће решење о одбијању Споразума. Решење којим се Споразум одбија треба да има свој изворник на записнику са рочишта на ком је размотрен и такав записник у том делу потписују записничар и судија. Нема никакве сметње да окривљени, бранилац и оштећени потпишу записник до оног дела докле су били присутни на рочишту, али није повреда закона, ако окривљени, бранилац, оштећени и тужилац нису потписали записник. Потпуно завршен записник са рочишта о одлучивању о Споразуму о признању кривице обавезно треба да потпишу судија и записничар.

Суд је без одлагања дужан да писмено изради решење. Поред диспозитива који мора бити сагласан са изворником на записнику са рочишта за одлучивање, решење мора садржати и образложење. У Законику се каже: "суд ће донети образложено решење…" Закон наглашава потребу за образложењем не само због чињенице да је против овог решења дозвољено право жалбе тужиоцу, окривљеном и његовом браниоцу, него и због тога што странке морају бити правилно упознате у чему се састоји неиспуњење услова

за закључење Споразума и са којих разлога је Споразум морао бити одбијен. Овакво законодавно решење и ваљано образложење суда са ког разлога је споразум о признању кривице одбијен омогућава јавном тужиоцу и окривљеном да отклоне недостатке (ако су исти октклоњиви) и да поново поднесу Споразум на усвајање а не само због подношења жалбе. Но да би дошли у позицију да докажу ваљаност и на закону заснованост закљученог Споразума који је суд одбио, странке имају право жалбе. Жалбу могу поднети само јавни тужилац, окривљени и његов бранилац у року од 8 дана од уредне доставе решења. Остала лица ни на штету ни у корист окривљеног не могу изјавити жалбу против решења о одбијању Споразума и евентуална њихова жалба од првостепеног суда треба да буде одбачена као недозвољена. Логично је да оштећеном не припада право жалбе на решење о одбијању Споразума јер ако истог нема, о његовим правима ништа није ни одлучено и он ће иста остваривати у редовном кривичном поступку или парници.

Ако веће нађе да је жалба тужиоца или окривљеног основана а у истој је предложено преиначење решења може уважити жалбу, преиначити првостепено решење и усвојити Споразум. Сматрамо да преиначење захтева детаљније образложење. Овде је реч о жалби на решење. Када суд решава по жалбама на решење суд побијано решење испитује само у границама жалбених навода. Суд дакле нема ни обавезу ни право да пази на апсолутне повреде закона – изузев стварне надлежности. Наглашавамо да у чл. 307 ст. 4 ЗКП није изричито прописано да се усвајањем жалбе на решење о одбијању, исто може преиначити.[7] Без обзира на овакво законско решење, сматрамо да преиначење решења којим је Споразум одбијен, у нашој судској пракси треба дозволити. Када ће веће из чл. 24 ст. 6 користити такву могућност је фактичко питање, али то треба чинити само у оним ситуацијама када је веће са високим степеном вероватноће уверено да су испуњени сви услови за пуноважност Споразума.

Веће из чл. 24 ст. 6. ЗКП може дакле, уважити жалбу, преиначити првостепено решење и усвојити споразум о признању кривице. Овом врстом одлуке веће доноси другачије решење а преиначење се може извр-

[7] Одредбама ЗКП у чл. 421 ст. 3 које се односе на одлуке по жалбама на сва решења стоји да се свако решење приликом одлучивања по жалби против истог може потврдити одбијањем жалбе, преиначити уважавањем жалбе и или укинути и предмет упутити на поновно одлучивање

шити само на истом чињеничном стању. То даље значи да другостепени суд врши оцену Споразума са гледишта испуњености кумулативних услова из чл.306 ст.8 ЗКП користећи своје дискреционо право применом слободне оцене споразума о признању кривице, квалитета признања окривљеног и квалитета доказа приложених уз Споразум, те образложења истих у првостепеном решењу.

Ако другостепени суд нађе да приликом примене материјалног и процесног кривичног закона треба Споразум усвојити, онда ће то учинити и донети мериторну одлуку која је правноснажна.

Ако веће из чл. 24 ст. 6. нађе да је жалба на решење о одбијању Споразума основана, може донети решење којим нападнуто решење укида и списе враћа првостепеном суду на поновно одлучивање.

Заштита окривљеног од последица које настају правноснажношћу решења којим је одбијен Споразум је законодавни мотив решења у члану 306 ст. 10 ЗКП-а, да се Споразум и сви списи који су са њим повезани униште и то пред судом. Законодавац је дакле нормама императивног карактера прописао облигаторну обавезу суду да одмах након констатације да је решење којим је суд одбио споразум о признању кривице постало правноснажно, приступи уништењу не само Споразума него и свих списа који су са њим повезани. Да ли је у пракси могуће уништити све списе који су повезани са Споразумом? Није. Није зато што када се достави споразум за признање кривице без оптужнице суд исти мора увести у неки уписник[8]. Уписник за евидентирање суду достављених споразума о признању кривице мора бити јединствено утврђен за подручје Републике Србије и трајна књига. Сврха уништења неусвојеног – одбијеног Споразума и списа који га прате је да не остану никакви трагови о томе да је окривљени признао кривично дело што би му у каснијем редовном поступку могло знатно отежати положај. Наиме, ако окривљени одлучи да се касније у редовном поступку

[8] Овај кривичнопроцесни институт захтева измену Судског пословника. Рочиште на ком се разматра Споразум је посебан поступак и за такав поступак морају се формирати списи са посебним уписником, посебном ознаком итд. У почетку до доношења решења овај уписник би требало водити под "Стр. пов" или "Пов" што би се задржало у свим случајевима када се Споразум не усвоји. Када се Споразум усвоји ова ознака би се скидала и Споразум би био доступан јавном мњењу под условима у складу са ЗКП.

брани тврдњом да није извршио кривично дело, записник пред тужиоцем и објашњења са рочишта о оцени Споразума где он понавља своје потпуно признање створиће код суда и код неубедљивих других доказа уверење да је окривљени извршио кривично дело и да је крив. Зато ради сигурности окривљеног и перспективе овог кривичнопроцесног института треба све учинити да Споразум задобије поверење свих учесника у кривичном поступку: јавног тужиоца, окривљеног, адвокатуре и грађана.

Овај институт морамо учинити перспективним пре почетка примене Законика и пријемчивим за извршиоце кривичних дела кроз поверење да учешће у овом поступку у случају његовог неуспелог завршетка неће бити од стране суда или од стране тужиоца злоупотребљено. Овде се треба чувати и исхитрених реакција медија и реакција оштећених. Наиме, није тешко замислити у неком озбиљнијем предмету натписе: "Суд ослободио НН а он је био прихватио кривицу и казну затвора од једне године". Како убедити оштећене да је суд судећи независно и непристрасно у редовном судском поступку након изведених доказа на главном претресу нашао да није доказано да је оптужени учинио кривично дело за које је оптужен (а дело је већ био признао). На ове случајеве не указујемо само хипотетички јер се они појављују у пракси пред судовима у Босни и Херцеговини. Тако је према казивању Главног Републичког тужиоца Републике Српске на XLIII Редовном годишњем саветовању удружења за кривично право и криминологију, одржаном од 21. до 23.9.2006. године на Златибору изнет случај да је у Републици Српској споразумом о признању кривице било договорено изрицање казне од 3 године, да је суд сматрао да је ова казна за то дело мала, није усвојио Споразум, тужилац је поднео оптужни акт, проведен је редовни кривични поступак и у том поступку окривљени је правноснажно ослобођен од оптужбе. Ово није био усамљен случај у БиХ него је било и још случајева, па ово истичемо као један од разлога које треба имати у виду при одлучивању о Споразуму.

За судије и све који знају кривично и кривичнопроцесно право и принципе на којима мора почивати рад судова случајеви из БиХ нису ништа необично. Суд суди не знајући за признање и споразум а и да зна, не сме их користити не само формално него би судија то морао избрисати и из своје свести. Дакле, у редовном поступку докази су само оно што је у списима. Оваква могућност крајњег исхода преговора о закључењу Спо-

разума обавезује тужиоца на сталну активност у прикупљању доказа. Докази ће се најбоље у сваком случају прикупити уз помоћ детаљног, прецизног исказа окривљеног о доношењу одлуке да изврши кривично дело, како је припремао извршење кривичног дела, како је кривично дело извршио, његово кретање пре, после, опис места, детаљно казивање шта је са средствима извршења итд. Дакле, на основу података из одбране окривљеног као непосредног извршиоца најбоље ће бити прикупљени остали докази. Налазимо, да добро, савесно и стручно са свим детаљима обављен посао узимања потпуног признања окривљеног о извршењу кривичног дела јавни тужилац неће доћи у ситуацију да нема довољно доказа уз признање или да ће то бити код занемарљивог броја случајева.

Када решење којим се Споразум о признању кривице одбија постане правноснажно и кад се такво решење достави судији који га је донео, исти ће без одлагања организовати уништавање Споразума и списа у вези са њим о чему саставља службену белешку. У службеној белешци која ће се чувати одвојено, не треба да се наводе подаци у обиму који би могли бити злоупотребљени како у односу на окривљеног тако и у односу на кривично дело. Напротив, службена белешка треба да садржи само основне оскудне податке из којих се несумњиво утврђује шта је све уништено. Сам начин уништавања Споразума и других списа који су у вези са њим може бити извршен спаљивањем или механичким уништавањем (машински или ручно).

Законик не разрађује и нема детаљније одредбе у вези са жалбом на решење о одбијању Споразума о признању кривице, па се на овај жалбени поступак имају применити одредбе о жалби на решење уопште прописане чл. 419 до закључно са чл. 422 али и одредбе које се односе на одлуке суда по жалби на пресуду, изузев наравно оних које се односе на специфичности пресуде у односу на решења. Одлуке по жалби на решења о Споразуму од стране суда могу бити одбачај, одбијање и потврђивање решења, уважавање жалбе и укидање решења и преиначење првостепеног решења.

РЕШЕЊЕ О УСВАЈАЊУ СПОРАЗУМА О ПРИЗНАЊУ КРИВИЦЕ

У погледу форме, начина доношења и достављања, све што је изнето по решењу о одбијању Споразума важи и за решење о његовом усвајању.

Када суд након рочишта нађе да су испуњени сви услови за усвајање Споразума доноси такво решење. Решење о усвајању Споразума мора

садржати увод, диспозитив и образложење. Суд посебно мора детаљно образложити испуњеност сваког услова за закључење споразума. Наравно, суд се у овој фази поступка не може упуштати у оцену доказа као код пресуде али образложење мора бити убедљиво, посебно у делу одлуке о одштетном захтеву ако је исти уговорен или ако није предмет Споразума, зашто није. У решењу треба да је изнет став оштећеног или његовог пуномоћника о имовинскоправном захтеву с обзиром да оштећени има право жалбе па решење у том делу ваља испитати по његовој жалби. На решење суда којим се Споразум усваја јавни тужилац и окривљени немају право жалбе. По логици ствари Споразум који је свесно, добровољно и у одсуству било какве заблуде како о садржини тако и о последицама закључен и потписан и не треба да буде оспораван од "уговорних страна".

За разлику од главних актера Споразума - јавног тужиоца, окривљеног и његовог браниоца, код закључивања Споразума и на рочишту када се о истом одлучује, оштећени (као и у редовном кривичном поступку) није странка, није пуноправан и не утиче (или бар не одлучујуће) на закључење Споразума. Законик прописује да Споразум о признању кривице треба да обухвата и сагласност о имовинскоправном захтеву. Ако знамо да се најчешће и у редовном кривичном поступку осуђујућом пресудом која је резултат изведених доказа на главном претресу оштећени упућују на грађанску парницу, да ли онда треба инсистирати да Споразумом имовинскоправни захтев треба да буде потпуно решен? Не, или бар не по сваку цену, што не значи да не треба искористити овај институт и по могућности комплетно регулисати све односе између окривљеног и оштећеног настале извршењем кривичног дела. Ово са разлога што и судија на рочишту и веће када одлучује по жалби морају водити рачуна о интересима оштећеног.

Законик узима у заштиту оштећеног, дајући му право да се он лично или преко пуномоћника жали против решења којим је усвојен Споразум, а он није задовољан како је истим решен његов имовинскоправни захтев. Овакво законодавно решење је моћно оружје за оштећеног и његовог пуномоћника, али и за јавног тужиоца, да предочавајући окривљеном могућност да се Споразум не закључи ако не реши односе са оштећеним и тако га, али без уцене, приволи да се ово питање реши. Но, треба штитити и интересе окривљеног и не дозволити оштећеном да нереалним имовинскоправним захтевима и по основима и по висини уцењује окривљеног. У

таквим случајевима Споразум треба закључити са делимично решеним имовинскоправним захтевом или за цео захтев оштећеног упутити на грађанску парницу. Врло је важно на рочишту утврдити да ли окривљени има имовину за накнаду – обештећење оштећеног.

Решења већа из чл. 24. ст. 6 која се доносе поводом жалби на решење о одбачају, одбијању или усвајању споразума о признању кривице не могу бити нападана жалбом према одредбама чл. 307 ст. 5. То значи да нема редовних правних лекова али нису искључени ванредни правни лекови.

ПРЕСУДА НА ОСНОВУ СПОРАЗУМА О ПРИЗНАЊУ КРИВИЦЕ

Претходни услов за доношење ове пресуде је постојање правноснажног решења о усвајању Споразума. Кад суд усвоји Споразум и то решење постане правноснажно, тужилац је дужан да у року од три дана састави оптужницу: "у коју укључује споразум о признању кривице, ако оптужница још није била поднесена". У таквој оптужници треба да стоји предлог да суд на основу чл. 308 Законика о кривичном поступку без одлагања донесе пресуду којом ће окривљеног огласити кривим, осудити на казну или другу кривичну санкцију како је то прописано Споразумом и пресудом решити сва питања која су предмет Споразума, наравно онако како је то у њему договорено. Део оптужнице који садржи предлог о извођењу доказа мора изгледати другачије од оптужнице за редован поступак, с обзиром да се ту даје предлог реализације свих делова Споразума о признању кривице.

Због правне природе Споразума, оптужницу не треба достављати окривљеном али у истој треба предложити да се кривичном предмету који се формира на основу овакве оптужнице здруже комплетни списи са рочишта на ком је одлучивано о Споразуму о признању кривице и у ком би требало да се налазе и правноснажно решење и докази који поткрепљују потпуно признање.

Једина права дилема и несигурност у напред наведеним ситуацијама може настати кад је суд донео одлуку по приговору, усвојио приговор и вратио оптужницу да се иста допуни или отклоне погрешке и недостаци у оптужници. Мишљења смо да у оваквим случајевима тужилац треба да поднесе исправљену оптужницу са садржином као да претходна оптужница није била поднесена, дакле оптужницу у коју укључује Споразум.

Ако је поднет приговор а о њему није одлучивано, треба сматрати и без позивања окривљеног и браниоца, да је окривљени одустао од приговора и исти одбацити када је стигао предлог да се Споразум сматра саставним делом оптужнице. Наиме, окривљени се потписивањем Споразума одриче не само права на жалбу против првостепене пресуде донете на основу Споразума него и осталих процесних права која су му дозвољена али су у супротности са правном природом Споразума и водили би одуговлачењу овог, по својој природи хитног поступка или пак његовом онемогућавању.

Правна ситуација са одлукама првостепеног суда по приговору на оптужницу у случају одлуке на основу чл. 296 ЗКП треба да буде предмет расправљања на рочишту на ком се одлучује о Споразуму. Ако се ради о одлукама по приговору на оптужницу које мериторно решавају кривичну ствар, такав Споразум не може бити усвојен. Одлуке процесног карактера из чл. 296 такође треба да буду предмет оцене код одлучивања о Споразуму али не са гледишта да ли је уопште дозвољено вођење овог поступка. Но, кад нема оптужнице по којој се може поступити, може се поднети нова и у њу на одговарајући начин увек укључити Споразум, наравно ако се поштују права *ne bis in idem* и *res iudicata* и др. Суд о могућности вођења ове врсте поступка мора водити рачуна по службеној дужности и то на рочишту на ком одлучује о Споразуму.

Законодавац у свим члановима када је реч о оптужном акту код овог института означава само оптужницу и то није добро а није ни правилно. Споразум о признању кривице може бити закључен када се кривични поступак води за једно или за више кривичних дела у стицају за које је појединачно прописана казна затвора до 10 година. Законик дозвољава закључење Споразума о признању кривице за сва кривична дела која се гоне по службеној дужности. Треба имати у виду да се за кривична дела са посебним максимумом прописане казне затвора до 3 године која се гоне по службеној дужности води скраћени кривични поступак а оптужни акт је оптужни предлог. Ако дође до закључења Споразума о признању кривице за кривична дела која се гоне по оптужном предлогу, овде у случају да је оптужни предлог поднет пре закључења Споразума треба само предмету здружити списе о усвајању Споразума о признању кривице и предлог за доношење пресуде на основу њега. Ако оптужни предлог није поднет онда као код оптужнице треба у њега на одговарајући начин уградити све делове Споразума кроз комплетан опис чи-

њеничног стања, правну квалификацију и предлоге за решење других питања регулисаних истим. Нема разлике у поступању по споразуму о признању кривице код оптужнице и код оптужног предлога, изузев наравно специфичности ових оптужних аката.

Кад је реч о доношењу пресуде на основу Споразума усвојеног правноснажним судским решењем Законик не одређује као ни код његовог усвајања ама баш никакав поступак. Тумачењем чл. 308 ст. 1. може се једино закључити да пресуду доноси председник већа. Шта је законодавац мислио кад је одредио да то чини председник већа? Мишљења смо да се тиме само наглашава да се увек ради о судији појединцу. За одлучивање у кривичним предметима где је надлежно веће, предметом се задужује и исти се додељује у рад председнику већа по годишњем распореду. Иста је ситуација са предметом где одлучује судија појединац. У којој функцији наступа судија да ли као председник већа или као судија појединац зависи од тежине кривичног дела односно прописаног посебног максимума за то кривично дело. Дакле, појам председник већа овде подразумева да увек одлучује судија појединац.

Овде се може поставити питање да ли пресуду може донети судија који је одлучивао о Споразуму. Опет имамо две ситуације. Једна је кад се закључени Споразум доставља на одлучивање председнику судећег већа који је већ добио и задужен је оптужницом и друга ситуација кад је Споразум донет у фази истраге али пре подношења оптужног акта суду и кад о њему одлучује председник већа из чл. 24. ст. 6.

Када о Споразуму одлучује председник судећег већа и када на рочишту изврши проверу и нађе да су испуњени услови за усвајање Споразума, на које решење јавни тужилац, окривљени и бранилац немају право жалбе, може се узети изјава од оштећеног да ли се одриче права на жалбу и решење се може одмах огласити правноснажним. Ако има све податке и редовне кривичне списе са оптужним актом, треба одмах здружити списе са решењем о усвајању Споразума и како закон каже "без одлагања донети пресуду".

Без обзира што је решење о усвајању Споразума донето пре подношења оптужног акта постало правноснажно, имамо сасвим другу ситуацију од напред изнете. Пресуда се никад не може донети без одговарајућег оптужног акта. Решење о усвајању Споразума не може ни под каквим условима заменити оптужни акт. Дакле, имамо чекање јавног тужиоца да

решење које је донео председник већа из чл. 24. ст. 6. о усвајању Споразума постане правноснажно а онда да подигне оптужни акт (оптужни предлог или оптужницу) у који мора бити укључена садржина Споразума. Јавни тужилац овакав оптужни акт мора поднети у року од три дана од правноснажности решења. Рок од три дана је инструкциони и његово непоштовање не повлачи процесне санкције. Оптужни акт се заводи под нормалним бројем судећем судији појединцу или председнику судећег већа.

Наглашавамо да против оптужнице поднете на основу усвојеног Споразума није дозвољен приговор.

Рочиште за одлучивање о Споразуму о признању кривице треба правно тумачити као неки квази главни претрес а не никако као претходни поступак – истрагу. Овакав став омогућава (уверени смо да је законит) даље поступање председника судећег већа у кривичном предмету у ком је донео решење о усвајању Споразума о признању кривице. У противном председник судећег већа би се морао изузети јер је учествовао у поступку као судија (чл. 39 ст. 3 ЗКП) што га чини законски искљученим из поступка за доношење пресуде. Уверени смо да је не само целисходно, због познавања предмета (са рочишта), него и одговорније, да пресуду донесе председник већа - судија који је одлучивао и усвојио Споразум. Ово и са разлога што судија који доноси пресуду нема више никаква законска овлашћења да оцењује законитост и остале квалитете Споразума. Он, судија има облигаторну дужност а не право да донесе пресуду која у свему мора бити сагласна са Споразумом о признању кривице. Ако је тако а јесте, нека онда тај судија и сноси одговорност за валидност пресуде на основу Споразума јер је иста производ његове претходне оцене код одлучивања о споразуму о признању кривице који је усвојио.

Пресуда се у сваком случају доноси "без одлагања" што значи одмах. Дакле, када добије у рад комплетне списе председник већа или судија – судећи наставља рад у фази доношења пресуде што не би био случај са председником већа из чл. 24 ст. 6. ако би он сада задуживањем оптужног акта наставио рад. Но, доношење пресуде у овом поступку је само форма којом се реализује већ закључени споразум о признању кривице који је суд правноснажном одлуком - решењем усвојио и који је саставни део оптужног акта. Оваквим поступањем суду није узета његова функција пресуђења јер је он пресуђивао усвајајући Споразум. Усвајајући Споразум

суд је оценио да је чињенично стање из потпуног признања и доказа приложених уз исти такво да се може прихватити како чињенични опис кривичног дела тако и правна квалификација и санкција, и да је цео предмет Споразума у складу са законом.

У поступку одлучивања по усвојеном Споразуму суд може донети само две врсте пресуде и то: осуђујућу или одбијајућу.

ОСУЂУЈУЋА ПРЕСУДА

Председник већа (судија појединац) доноси осуђујућу пресуду којом он окривљеног оглашава кривим за дела из оптужног акта и то онако како су иста описана и правно квалификована и осуђује га на Споразумом утврђену кривичну санкцију. Пресуда треба да садржи у свом диспозитиву и све друге уговорене услове односно регулисана питања као што су одштетни захтев, трошкови кривичног поступка, паушал, друге обавезе окривљеног итд.

Диспозитив овако донете пресуде у ствари мора бити садржајно идентичан са садржајем Споразума о признању кривице и поред садржаја из Споразума, као и свака друга осуђујућа пресуда, треба да садржи све оно што је наведено у чл. 380 ЗКП. Ту пре свега спада одлука о урачунавању притвора, евентуалног лишења слободе или раније дела издржане казне, што значи адекватна примена правила материјалног права – Кривичног законика који то регулише.

Кад је реч о садржини писмено израђене пресуде треба применити одредбе чл. 385 ст. 1, 2, 3 и 4. Наравно, увод пресуде поред назначења по ком оптужном акту се одлучује, треба да садржи да се исти доноси у поступку на основу Споразума о признању кривице а затим нормалан увод као код сваке осуђујуће пресуде. Потребно је дакле нагласити да се пресуда доноси: на основу Споразума о признању кривице. Можда би чак могло и да стоји суд доноси следећу:

П Р Е С У Д У

на основу Споразума о признању кривице

Нема ни један разлог који би стварао дилеме шта треба да садржи диспозитив ове пресуде. Свака, па и ова пресуда мора да садржи и обра-

зложење. Треба рећи да ЗКП тражи да образложења буду кратка. Код ове пресуде кратко уз наводе да је увидом, дакле не извођењем и оценом доказа, у списе утврђено да је од стране првостепеног суда прихваћено потпуно признање окривљеног и усвојен Споразум о признању кривице. Треба рећи да је суд на рочишту о усвајању Споразума утврдио да је признање дато од свесног човека који је свестан, не само садржине Споразума него и последица добровољно закљученог Споразума као и да је искључена заблуда како у односу на потпуно признање тако и његово закључење. Суд ће се у образложењу позвати да је увидом у списе и правноснажно решење којим је утврђено да постоје сви законом прописани услови за пуноважност Споразума о признању кривице стекао уверење да је исти правилан и на закону заснован. За пуноважност Споразума о признању кривице суд ће набројати који су то докази који поткрепљују потпуно признање окривљеног али неће вршити појединачну оцену истих него ће их само набројати и дати сумарну оцену њихове доказне вредности у односу на признање и са признањем.

Сматрамо да би било довољно само се позвати да је правилно извршена примена материјалног права у погледу остваривања елемената бића кривичног дела како је то квалификовано у Споразуму.

За разлику од образложења чињеничног стања које треба да буде врло кратко, сматрамо да део пресуде којим се образлаже одлука о кривичној санкцији и одштетном захтеву мора бити детаљан као код сваке осуђујуће пресуде. Ово произилази не само из потребе ове пресуде него и због могућности подношења захтева за ванредно ублажавање казне као и због примене материјално правног института условног отпуста код осуде на казну затвора. Казну треба образложити и због њене генералне превенције, јер оштећени и сви који дођу у додир са том пресудом треба да имају јасна сазнања због чега је и у којој мери окривљени привилегован у овом поступку тако што му је казна ублажена.

За разлику од упоредног законодавства наш Законик не предвиђа одржавање главног претреса и позивање странака и оштећеног ради изрицања кривичне санкције, односно доношења осуђујуће пресуде чији дис-

позитив иначе мора бити сагласан са садржином Споразума.[9] Напротив у чл. 308 ст. 1. стоји да ће суд након добијања оптужнице са Споразумом о признању кривице који је усвојен правноснажним решењем поступити тако што: "председник већа без одлагања доноси пресуду којом окривљеног оглашава кривим и изриче му казну односно другу кривичну санкцију и одлучује о осталим питањима предвиђеним у Споразуму о признању кривице (чл. 305)". Нема дилеме да ли се за доношење ове пресуде држи главни претрес. Главни претрес се не држи и пресуда се доноси ван главног претреса што у уводу пресуде треба констатовати. Оптужни акт се не доставља окривљеном и његовом браниоцу. Он је у овој фази само услов за доношење пресуде и нема правно значење као у редовном поступку. Оваквo законодавно решење сматрамо исправним јер је правноснажним решењем о усвајању Споразума о признању кривице све и утврђено и одлучено и суд ово само осуђујућом пресудом реализује. Овако донету пресуду не треба јавно објављивати јер је њена садржина позната странкама и пре њеног доношења.

Оверени препис пресуде која се доноси на основу Споразума о признању кривице је према чл. 308 ст. 3 Законика о кривичном поступку обавезно доставити јавном тужиоцу, окривљеном и његовом браниоцу а оштећеном само ако има право жалбе (чл. 384 ст. 8). Против ове пресуде није дозвољена жалба ником па се оштећеном препис пресуде може доставити само ради прибављања клаузуле правноснажности ако пресуда садржи одлуку којом се окривљени обавезује на накнаду имовинскоправног захтева.

Осуђујућа пресуда у овом поступку правноснажна је даном доношења од стране председника већа или судије појединца јер се иста не може нападати жалбом. Одрицање окривљеног и браниоца од права на жалбу је предмет Споразума. Оштећени има право на употребу правног лека у виду жалбе на решење о усвајању Споразума. Дакле, пресуда не може бити нападнута жалбом и правноснажна је даном доношења. У писменом отправку пресуде мора да стоји да против ње није дозвољена жалба. Пресуда је извршна

[9] Чланом 231 Законика о кривичном поступку БиХ у ставу 5. се каже "…..Истовремено ће се одредити датум одржавања претреса за изрицање кривичноправне санкције предвиђене Споразумом из става 3 овог члана и то у року од најкасније три дана."

од дана достављања странкама. Дакле, извршност је везана за дан доставе правноснажне пресуде и за извршност важе одредбе чл. 218 ЗКП.

ОДБИЈАЈУЋА ПРЕСУДА

Предмет Споразума може бити и договор да тужилац због важности добијених података од окривљеног о кривичном делу, саучесницима кривичног дела, о спречавању извршења кривичног дела које се припрема, о доказивању других кривичних дела, одустане од кривичног гоњења за нека друга кривична дела која је окривљени учинио.

У случају да је Споразумом о признању кривице предвиђено одустајање јавног тужиоца од кривичног гоњења за кривична дела која нису обухваћена Споразумом (која се односе на осуђујућу пресуду), та дела треба да буду обухваћена оптужним актом, а затим посебним поднеском тужилац пре доношења пресуде треба да да изјаву да одустаје од гоњења, те ће суд у истој пресуди или ако то процесно буде изводљиво у посебној пресуди, донети пресуду којом се оптужба одбија сходно чл. 378 Законика о кривичном поступку.

Писмено израђена одбијајућа пресуда треба да одговара одредбама чл. 385 ст. 10 без оцене доказа и само навођење да је јавни тужилац одустао од кривичног гоњења на основу претходно закљученог Споразума о признању кривице. Ово због тога што се са правноснажношћу ове пресуде сматра да је та кривична ствар у односу на тог окривљеног правноснажно пресуђена без обзира што се ради о одбијајућој пресуди.

Писмени отправак ове пресуде треба да садржи посебну поуку суда оштећеном да не може преузети кривично гоњење за кривична дела која су предмет Споразума за која је тужилац одустао од гоњења и донео одбијајућу пресуду. Одбијајућа пресуда не дира у права оштећеног на имовинскоправни захтев. Кад је одбијајућа пресуда донета на основу Споразума, онда против исте сходно чл. 306 ст. 8 тач. 3 ЗКП-а није дозвољена жалба.

Дозвољеност ванредних правних лекова

Закоником није регулисано да ли су се странке, одричући се од права на жалбу против пресуде донете у овом поступку, истовремено одрекле и од употребе ванредних правних лекова предвиђених за редован

поступак. Дакле, ванредни правни лекови нису изричито забрањени, али ни дозвољени.

Споразум се тек након закључења доставља суду на оцену, чиме се окривљеном пружа судска заштита. Споразум усвојен од стране суда реализује се кривичноправно тако што се након правноснажности решења о његовом усвајању доставља суду, који на основу њега доноси пресуду. Законом је кроз оцену Споразума на јавном рочишту у присуству окривљеног са или без браниоца, окривљеном дата судска заштита од било каквих неправилности при закључењу Споразума.

понављање кривичног поступка

Неправо понављање кривичног поступка под условима из чл. 62 Кривичног законика може бити дозвољено и код пресуда донетих у овом поступку. Пресуда на основу Споразума о признању кривице је правноснажна и извршна и у том делу нема никакве разлике у односу на друге пресуде.

Што се тиче правог понављања кривичног поступка, оно би било могуће само под тачкама: 1, 4, 5, 6 и 7 члана 426 Законика о кривичном поступку. Остали разлози предвиђени у напред цитираном члану за понављање правноснажно окончаних редовних кривичних поступака, не само да су дискутабилни него би били у потпуној колизији са природом пресуде донете на основу Споразума.

ванредно ублажавање казне

С обзиром на природу пресуде донете на основу Споразума, не треба дозволити овај ванредан правни лек. Осуђени по пресуди донетој на основу Споразума, уколико је на издржавању казне, има и треба да има право на условни отпуст. Условни отпуст је дозвољен и треба да буде стимуланс у ресоцијализацији окривљеног и уједначавању евентуално непримерено високо одмерених казни.

захтев за заштиту законитости

Евентуално би овај ванредни правни лек могао бити дозвољен само у случају када је пресуда донета на основу Споразума у супротности са истим. Дакле, када суд није правилно унео све елементе Споразума при доношењу пресуде. Остале хипотетички замишљене ситуације су неоствариве.

ПРЕДЛОЗИ ЗА УСПЕШНУ ПРИМЕНУ СПОРАЗУМА О ПРИЗНАЊУ КРИВИЦЕ

1. Приликом достављања споразума о признању кривице на усвајање суду, у писменом предлогу истог тужилац треба да да краће образложење сваког од кумулативних услова, као и чињеницу да ли је у преговарању и закључењу Споразума учествовао окривљени са браниоцем и ако није имао браниоца, зашто то није учињено.

2. Најбитније је на рочишту на ком се одлучује о Споразуму поучити окривљеног – осумњиченог о његовим правима у поступку, а посебно о праву на браниоца, ради обезбеђења једнакости странака.

3. Уколико је окривљени имао браниоца који је учествовао у закључењу Споразума, свакако би суд од браниоца морао узети изјаву да је он свог брањеника поучио о свим његовим правима, предностима закључивања споразума о признању кривице и којих права се одриче ако закључи Споразум, те изјаву да је окривљени свестан како предности, тако и последица овог поступка који је алтернатива суђењу.

4. Републички тужилац мора издати интерна упутства о начину закључења Споразума која ће посебно детаљно обрадити сваки елемент истог, а посебно договарање о кривичној санкцији. Наше је мишљење да би Републички тужилац морао издати смернице о одмеравању казне, које би за свако дело, тј. за његове облике садржавале границе, врсте казне односно кривичне санкције и његове висине, у ком распону би се кретали заменици јавних тужилаштва у Општинским и Окружним јавним тужилаштвима приликом договарања елемената о закључењу Споразума о признању кривице.

5. Потребно је да се интерним упутством Републичког јавног тужиоца Србије обезбеди контрола од истог, тако што би били достављани сви Споразуми пре њиховог усвајања у суду. Ово је потребно не само ради контроле рада Општинских јавних тужилаца, него и ради јединствене казнене политике на територији Републике Србије, те обезбеђења једнакости грађана пред законом и начела законитости у материјалном и процесном кривичном праву.

6. Примена овог института захтева да се одмах почне са едукацијом прво тужилаца а затим судија, ради обезбеђења права на правично суђење у овом поступку, права на браниоца, претпоставке невиности и свих осталих зајемчених права у кривичном поступку, како међународним, тако и националним правним стандардима.

ГРАЂАНСКО ОДЕЉЕЊЕ

ПАРНИЧНИ ПОСТУПАК

Вида Петровић-Шкеро,
председник Врховног суда Србије

УБРЗАВАЊЕ ПАРНИЧНИХ ПОСТУПАКА

Остварење разумног рока

Након четири године од доношења Закона о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода[1] и три године од доношења новога Закона о парничном поступку[2], прве пресуде суда у Стразбуру донете по захтевима против Србије, указују на даљу потребу спровођења ефикасних реформи које ће помоћи убрзању парничних поступака и остваривању разумног рока.

Да би држава грађанима обезбедила право на правично суђење, неопходно је да се остваре услови и да се судски поступак спроведе у "разумном року".[3] Извршене законске промене у циљу хармонизације националног права са европским правним стандардима, извршене су у циљу поједностављења судских поступака, убрзања судске процедуре и стварања ефикасног судства. Ради остварења жељених циљева посебно се водило рачуна и о имплементацији препорука Комитета министара држава чланица Савета Европе[4].

---

[1] "Сл. гласник СЦГ – Међународни уговори" 9/03

[2] "Службени гласник РС", број 125/04 од 22.11.2004. године.

[3] Одредба члана 6. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.

[4] Препоруке Комитета министара чланица СЕ:
- Р (78) о правној помоћи Савету, усвојена 1978. године,
- Р (81) 7 о мерама које омогућавају приступ суду, усвојене 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 оптерећења судова, усвојена 1986. године,

У Закону о парничном поступку, члан 422. тачка 10, поштујући препоруку број Р (2000) 2 да се националним прописом обезбеди могућност понављања поступка у правним стварима када је Европски суд за људска права утврдио повреде права загарантоване Конвенцијом, омогућено је да се поступак који је правноснажно завршен одлуком националног суда, по предлогу странке може поновити ако је Европски суд за људска права донео одлуку о истом или сличном правном односу против Србије. Међутим, ова одредба не може представљати заштиту за будућност, у погледу утврђеног кршења права пред националним судом на правично суђење због непостојања стандарда "разумног рока". Управо са ових разлога обавеза националног судства је да предузме све мере ради стварања механизма приоритетног окончавања спорова који су прешли у категорију "старих". Такође се мора створити законски основ за ефикасно суђење, али и упознати судије са већ установљеном праксом суда у Стразбуру у погледу изграђених критеријума битних за остварење овог стандарда.

Разумни рок трајања судског поступка, који представља сегмент остварења права регулисаног чланом 6. став 1. Конвенције, мора се процењивати у сваком појединачном случају, сходно одређеним конкретним околностима. Стандард "разумног рока" разликује се у грађанским и кривичним стварима. Надаље, битно је уочити да судска пракса у оквиру грађанских ствари, за одређене врсте предмета изграђује строжије стандарде који се тичу дужине поступка. У предметима који су се тицали дужине поступка за накнаду нематеријалне штете коју су покретала лица заражена ХИВ вирусом[5], суд је утврђивао кршења члана 6. став 1, због неразумног трајања поступка, придржавајући се строгог стандарда. Слично је суд поступао у предметима заштите породичних, посебно дечијих права.

Још раније постојећа комисија, која је обављала делатност у оквиру суда у Стразбуру, изградила је критеријуме који су испитивани у сва-

- Р (95) 5 увођење и унапређивање жалбеног поступка у грађанским и привредним предметима, усвојена 1995. године,
- Р (98) 1 о породичној медијацији, усвојена 1998. године,
- Р (2002) 10 о медијацији у грађанским стварима, усвојена 2002. године.

[5] Х. против Француске (1992. година); Karakaya против Француске (1994. година); А и други против Данске (1996. година).

ком покренутом поступку ради непоштовања стандарда "разумног рока". У сваком индивидуалном случају суд утврђује да ли је:

- сложеност конкретног предмета,

- начин на који су се национални органи бавили предметом,

- понашање апликанта које је могло допринети стварању неразумног рока,

- интерес подносиоца (шта подносилац може да добије или изгуби), резултирали дужину поступка који би био у складу са стандардом "разумног рока".

С обзиром на национално законодавство и могућности које суд има у управљању парницом и овако утврђене факторе који се испитују ради утврђења постојања, односно непостојања "разумног рока", очигледно је да се мора још много урадити на националном плану, ради решавања проблема које ћемо сасвим извесно у будућности имати са судским одлукама суда у Стразбуру, у којима ће се утврђивати да није било поштовано право на правично суђење предвиђено чланом 6. става 1. При овоме морамо имати у виду опште прихваћени став у одлукама Европског суда, "да државе уговорнице морају да организују своје судске системе тако да њихови судови буду у стању да свакоме гарантују право да му се у разумном року обезбеди коначна одлука у споровима који се односе на њихова грађанска права и обавезе".[6] Суд није прихватио ни аргументе влада које су сматрале да су недостатак особља или опште административне тешкоће, недостатак судница, преоптерећеност судија, довољно оправдање за пропуштање поступања у складу са стандардима "разумног рока"[7]. Утврђено је и кршење права из члана 6. став 1. у случају када је поступак за развод брака трајао девет година[8]. С обзиром на постојећу праксу суда у Стразбуру, која само шири систем заштите права, очигледно је да ћемо у будућем периоду имати све већи број предмета у којима ће се утврђивати кршење права на правично суђење из члана 6. став 1, због непоштовања разумног рока, а с обзиром на поступање националних судова. Ово ће траја-

[6] Г.Х.В. Аустрија број 31266/96; Николић против Хрватске коначна пресуда 4.9.2002. године.

[7] Decubber против Белгије (1984. година), Guincho против Португала (1984. година);

[8] Bock против СР Немачке (1989. година)

ти док не ускладимо поступање домаћих судова са утврђеним критеријумима за остварење овог правног стандарда.

Нови Закон о парничном поступку уврстио је у општа начела право странке на разумни рок, утврђујући да странка има право да суд одлучи о њеним захтевима и предлозима у разумном року, и да је суд дужан да настоји да се поступак спроведе без одуговлачења и са што мање трошкова.[9] Правни стандард "разумног рока" и у националном праву мораће да се опредељује у сваком конкретном предмету, при чему ће домаћи суд морати посебно да обрати пажњу на изграђени критеријум суда у Стразбуру који води рачуна на "начин на које су се власти (судске), бавиле предметом". Суд има обавезу да поступак спроведе без одуговлачења. Ово је предмет оцене у сваком предмету у коме је апликант поднео захтев и због кршења разумног рока.

Закон о парничном поступку предвиђа начело савесног коришћења процесних овлашћења и то тако што утврђује да су странке дужне да савесно користе права која су им призната овим законом; а да је суд дужан да спречи сваку злоупотребу права које странке имају у поступку.[10] Одредбе које конкретизују ова начела, морају се примењивати у складу са опште прихваћеним начелом парничног поступка – диспозиције странака, а да су странке дужне да изнесу све чињенице на којима заснивају своје захтеве и да предложе доказе којима се утврђују те чињенице.[11] Изузетак од начела диспозиције странака рестриктиван је. Огледа се у овлашћењу суда 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 или када је то посебним прописима предвиђено[12]. Суд утврђује све чињенице од којих зависи одлука о основаности захтева[13]. Ово овлашћење суда везано је за начело официјелности, јер суд по службеној дужности управља поступком. Редослед парничних радњи одређен је законом, а судија по својој иницијативи стручно, рационално и целисходно управља

[9] Члан 10. Закона о парничном поступку
[10] Члан 9. Закона о парничном поступку
[11] Члан 7. став 1.
[12] Члан 7. став 3.
[13] Члан 7. став 2.

поступком у складу са планом рада који сам креира.[14] Наведена законска одредба, која представља начелну одредбу о овлашћењу суда да ће се постављањем питања и на други целисходан начин старати да се у току расправе изнесу све битне чињенице, да се допуне непотпуни наводи странака о важним чињеницама, да се означе или допуне доказна средства која се односе на наводе странака, и уопште, да се пруже сва разјашњења потребна да би се утврдило чињенично стање важно за одлуку[15], је одредба везана за овлашћења суда за управљање парницом током главне расправе; не би требало тумачити, како је то углавном чинила судска пракса, да је суд у обавези да примењује истражно начело. Овакво тумачење довело би до последице кршења права грађана, да једна страна у поступку има већа права, а другој би се кршило право на законити, једнаку и правичну заштиту својих права[16], давањем упутстава за помоћ другој страни, што би уједно представљало и кршење права на правично суђење[17].

Резултати континуираног прегледа рада првостепених судова у Србији указују да је у просеку и даље око 30% предмета у првом степену решено "на други начин", а анализа процента квалитета тих донетих одлука указује да је смањен проценат укинутих решења због неправилне примене одредаба Закона о парничном поступку у оваквим предметима. Поједини другостепени судови, међутим, и даље задржавају праксу да дају налоге првостепеном суду да по службеној дужности прибавља доказе, адресе и томе слично. Ово доводи до битног одуговлачења поступка али и повреде начела да странке имају право на једнаку заштиту својих права. И оно што је најбитније у овоме тренутку је да на овај начин судови омогућавају постојање неразумног рока, стварањем великог броја парница, што онемогућава судове да функционишу ефикасно у погледу већ старих предмета, због увећања броја поступака.

Само промена Закона, свакако не може довести до поштовања правног стандарда "разумног рока". На то посебно указује и образложење судске одлуке донете против Србије при чињеничном стању да у поступку по

[14] Гордана Станковић, Грађанско-процесно право, Ниш, 2007. година
[15] Члан 299. Закона о парничном поступку
[16] Члан 2. став 2. Закона о парничном поступку
[17] Члан 6. став 1. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода

тужби за развод брака, поверавање детета и захтева за издржавање, донета одлука о привременој мери којом се регулише виђење детета, није извршена осам година. Суд у Стразбуру је разматрао пре свега сложеност случаја, владање тужитеља (њен могући допринос за одуговлачење поступка) и поступање надлежних органа. Навео је да хронична нагомиланост случајева није ваљано образложење за прекоредно одлагање, јер државе потписнице имају обавезу да организују своје правосудне системе на такав начин да судови могу да испуне све захтеве који обезбеђују право на правично суђење, укључујући и обавезу да се поступак сваког конкретног случаја заврши у разумном временском року. Истакнуто је и да суд захтева посебну пажњу у случајевима као да је тужитељ ХИВ позитиван, као и у свим питањима везаним за спор око старатељства над дететом. Суд је имао у виду да је на дан ратификације Конвенције од стране Србије, 3.3.2004. године, првостепени поступак трајао већ пет година. Суд је оценио да се ради о предмету који је релативно сложене природе, да је захтевао посебну пажњу домаћих органа, да је тужиља била ХИВ позитивна, што је такође захтевало посебну пажњу при брзини вођења поступка. Тужиља је уложила све разумне напоре да се поступак убрза, а општински суд "упорно није користио расположива домаћа процедурална средства да формално уручи документа туженом, што би олакшало наставак поступка". У одлуци су побројани сви чланови старог и новог Закона о парничном поступку које суд није применио у време њиховог важења, а могао је[18]. Наводи из ове судске одлуке указују да је адекватнијим управљањем парницом, суд могао много више да учини да не би дошло до кршења права на правично суђење због непоштовања разумног рока у предмету у коме чињенице указују да се морало поступати по свим основима у хитним роковима, уз коришћење свих процедуралних овлашћења које суд има, да би други државни органи пружили адекватну помоћ суду при његовом функционисању.

И пресуда суда у Стразбуру донета 21. јуна 2007. године[19] утврђује кршење права на правично суђење због непоштовања стандарда "разумног рока", са разлога што пресуда привредног суда није извршена скоро 10 година. Према установљеној судској пракси произашлој у примени члана 6. става 1, потребно је обезбедити сваком лицу право да о његовом

[18] Случај V.A.M. против Србије, објављен у "Сл. гл. РС", број 53/07
[19] EVT company против Србије, апликација број 3102/05

захтеву који се тиче грађанског права или обавеза, одлучи суд или Трибунал. На тај начин гарантује се "право на суд". Право на "покретање поступка" и пред судом у грађанским стварима представља један аспект права на суд[20]. Суд утврђује да би право грађана било илузорно ако би правни систем државе уговорнице омогућавао да се коначна, обавезујућа одлука не изврши на штету једне странке у спору. У конкретном случају, када обавезујућа одлука суда није извршена у овако дугом временском периоду, очигледно је да је кршено и право на правично суђење иако је постојала правноснажна судска одлука. Извршење пресуде било ког суда мора се зато сматрати саставним делом суђења у разумном року.

Кроз за сада донете пресуде против Србије у грађанским стварима, произилази да се много мора урадити на томе да би се бар у највећем броју предмета обезбедило поштовање стандарда "разумног рока" као битног елемента права на правично суђење. Законско одређивање рока за све врсте грађанских предмета у коме се мора донети одлука или окончати правноснажно одређени предмет свакако не представља адекватно решење. Ово са разлога што сваки предмет има свој индивидуални "разумни рок", што се у сваком конкретном случају мора разматрати група установљених критеријума, који указују на евентуално непоштовање овога стандрада.

Веома је битно уочити, наштa посебно указује и наш државни заступник пред Европским судом за људска права, да је Европски суд и ове пресуде (случај V.A.M. и случај EBT) сматрао да обраћање Надзорном одбору Врховног суда не представља ефикасно правно средство, у коме странка није учесник у поступку и има само право да буде информисана о резултату обраћања Надзору. Суд је истакао да би улогу овога Одбора требало прилагодити европским стандардима у вези са суђењима у разумном року. Оваква правна оцена указује на очигледну потребу реформисања овога тела, која ради као специфична врста судског већа, да би оно имало ефективну улогу у утврђењу кршења права и предузимању одређених мера ради његовог санкционисања.

Треба се осврнути и на начине решавања овога проблема у земљама које су се пре нас суочиле са њиме и које су покушавале да на што бољи начин реше проблем поштовања овог правног стандарда. Италија, као

[20] Hilis против Грчке (27.8.1991. година) серија А број 209

земља која је у одређеним периодима имала највећи број предмета у поступцима пред судом у Стразбуру у којима се указивало на непоштовање разумног рока, донела је 2001. године "Пинто" Закон, дајући грађанима могућност употребе правног лека на националном нивоу за неоправдано одлагање у поступцима и непоштовања стандарда "разумног рока". Грађани су и против одлука донетих у поступцима у којима је примењиван овај закон, затражили заштиту Европског суда. Велико веће суда у Стразбуру 29. марта 2006. године одлучило је о девет представки против Италије у којима су апликанти покренули поступак пред овим судом, иако су италијански судови поступајући по закону "Пинто", у сваком од предмета утврдили прекорачење разумног временског рока трајања поступка и на име накнаде штете апликантима досудили износе од 1.000 до 5.000 евра. Подносиоци представке су се жалили на прекомерну дужину поступка који су покренули по новоме закону. Европски суд је закључио да је дужина трајања самог поступка била разумна, међутим, сматрао је да није прихватљиво да су подносиоци месецима чекали на исплату утврђене висине накнаде штете по овоме основу, а у неким предметима чак и покретали извршни поступак. Ово је правни лек учинило неодговарајућим. Европски суд је навео да обештећење одређено због непоштовања разумног рока, мора бити подржано одговарајућим буџетским средствима, да би одлуке могле да се изврше у кратком року, те да стога подносиоци представке још могу тврдити да су "жртве" повреде захтева разумног временског рока и то у поступку који треба да изврши заштиту повреде овога права. Дужина извршења донетих судских одлука, у којима досуђена накнада штете, треба да представља сатисфакцију, није резултирала жељеним циљем да подносиоци представке изгубе свој статус "жртве". Са тих разлога, Европски суд је сматрао да је у овим случајевима дошло до прекорачења захтева разумног рока и да је дошло до повреде члана 6. став 1.

Владе неких земаља су се након овога обратиле суду захтевајући објашњење шта би представљало одговарајућу накнаду у случајевима непоштовања стандарда "разумног рока". Суд је навео "**да постојање правног лека јесте нужно, али оно није само по себи довољно**. Домаћи судови морају према домаћем закону бити у могућности да директно примењују европску судску праксу и држава у питању мора омогућити њихово упознавање са овом судском праксом." Случајеви ових предмета указују да решење проблема пред националним судом не треба олако наћи. Морају се обезбедити бу-

цетска средства за ефикасно извршење одлука у којима се висина евентуалне штете мора одредити не у илозорном неадекватном износу, већ у складу праксе Европског суда. Уколико обезбедимо законом прописане, посебне поступке за решавање проблема разумног рока на националном нивоу, као последњој брани пре обраћања грађана суду у Стразбуру, морамо обезбедити и све услове да овај поступак буде ефикасан, а не илузоран.

Домаћи судови су се већ суочили са проблемом парница ради накнаде штете које ће проистећи након доношења одлука о захтевима за рехабилитацију. Закон о рехабилитацији[21] у члану 8. предвиђа да ће се право на накнаду штете и право на повраћај конфисковане имовине рехабилитованих лица уредити посебним законом. Од доношења Закона о рехабилитацији прошао је већ дужи временски период, више од годину дана. Донет је један број одлука којим је утврђена рехабилитација грађана. Закони који регулишу питање штете и повраћај имовине још нису донети. Судовима у Србији већ су поднете тужбе за накнаду штете. Морамо имати у виду праксу Европског суда која је утврдила да је Конвенција намењена да гарантује не права која су теоретска или илузорна, већ права која су делотворна или практична; државе треба да обезбеде не само право да се покрене поступак, већ и право да се донесе одлука у покренутом спору уз поштовање стандарда "разумног рока". Уколико држава не донесе законске прописе на које се позвала у Закону о рехабилитацији, суд ће бити у опасности да због непостојања адекватне законске регулативе не оствари и стандарде разумног рока. У том случају држава се може наћи у сличној ситуацији каква је констатована у предмету Кутић против Хрватске[22]. У овоме случају утврђено је да Хрватска влада није донела закон за који се обавезала да ће донети, што је онемогућило наставак поступка подносиоца представке пред хрватским судовима за накнаду штете за имовину која је уништена у терористичким актима. Суд је утврдио да се ради о повреди права на приступ суду, а не повреди права на приступ у оквиру разумног временског рока. Није прихватљиво да држава не чини ништа током дужег периода, да би решила проблем дужине трајања поступака у којима се захтевају велике исплате или ради разрешења ситуација које представљају значајан трошак за државу.

[21] "Сл. гл. РС", бр. 33/06

[22] Пресуда донета 1. марта 2002. године по представки број 48778/99

Започети предмети накнаде по рехабилитацији веома ће брзо ући у групу "старих предмета". С обзиром на њихову сложеност, важност, по њима би требало поступати са посебном пажњом и у хитним роковима. Све гране власти морају у оквиру своје делатности омогућити да се то оствари.

З а к љ у ч а к

Као што је било планирано, када је донет нови Закон о парничном поступку, треба искористити релативно брзи тренутак који је уследио због потребе обавезних и нужних измена закона услед промене државног субјективитета, с обзиром да више нема Државне заједнице Србије и Црне Горе. Ту је и група нужних промена условљених доношењем новог Устава Републике Србије[23], те усаглашавања овога Закона са Уставом. Због ове групе нужних и обавезних промена, тренутак је да се изврше и друге промене које ће нам омогућити појашњење нејасних одредби, исправку лоших одредби и евентуално попуњавање правних празнина, посебно везаних за имплементацију изграђених стандарда у судској пракси Европског суда у Стразбуру.

Потребно је извршити измене да би се омогућило сваком грађанину право на правично суђење, уз поштовање свих елемената која су му саставни део, а нарочито стандарда "разумног рока" који очигледно у нашем судском и правном систему представља велики проблем у погледу његовог испуњења.

Ради одржавања правне сигурностни и очувања "начела правне извесности" евидентно је, а како су уочили и експерти Савета Европе, да ванредни правни лек ревизије мора променити своју правну природу, утолико што ће представљати изванредни трећестепени редовни правни лек, законом веома ограничен. Оваква промена је нужна да би се избегла правна неизвесност и могућност укидања правноснажне судске одлуке. Захтев за заштиту законитости, који је у новоме Закону имао веома сужен делокруг, требало би укинути. Оцену законитости највиши суд ће вршити кроз ревизијске захтеве. Могућност да јавни тужилац, који није био странка у поступку, има овлашћења да тражи поништај правноснажне судске одлуке, свакако води до повреде начела правне извесности. Суд у Стразбуру, у

[23] "Сл. гласник РС", бр. 98/06 од 10.22.2006.

својој пракси у више предмета је утврдио да је дошло до кршења права из члана 6. став 1. Конвенције због начела правне извесности[24]. Суд је навео да "омогућавањем постојања права на овакав захтев од стране прокуратора омогућава да Врховни суд враћа на почетак цео један судски процес који је био завршен судском одлуком која је била "непроменљива" и као таква res judicata, а понекад и спроведена". Јавни тужилац може, кад за то постоји интерес, учествовати у парници, по правилима која прописује Закон о парничном поступку.

Оваквим изменама допринеће се остварењу стандарда "разумног рока". Ради избегавања евентуалних злоупотреба процесних института, на шта је указала досадашња пракса судова, очигледно је да мора да се појасне одредбе везане за главу спорног правног питања; одредбе о изузећу и искључењу које су још увек оставиле могућности за несавесно коришћење процесних овлашћења. Питања везана за управљање парницом, посебно у поступку прикупљања и извођења доказа, задатак су, који ће судство морати да ефикасније спроводи, да би се у складу прописаних начела поступка могао реализовати стандард "разумног рока".

Основни задатак судова је да у циљу ефикасне заштите права грађана унапреди и омогући континуирано усавршавање судија у погледу примене националних закона, међународних инструмената и судске праксе суда у Стразбуру, првенствено ради испуњења правног стандарда "разумног рока" у сваком судском предмету.

[24] Brumarescu против Румуније (28.10.1999. године), представка број 28342/95

Љубица Милутиновић,
судија Врховног суда Србије

ПРИМЕНА ПРАВИЛА О ТЕРЕТУ ДОКАЗИВАЊА

Правило о терету доказивања било је предвиђено и старим Законом о парничном поступку[1] одредбом члана 221а. Према одредби тог члана, ако суд на основу изведених доказа (члан 8. ЗПП) не може са сигурношћу да утврди неку чињеницу, о постојању чињенице закључиће применом правила о терету доказивања. На овај начин формулисано правило о терету доказивања изазивало је недоумице код судија, на који начин треба применити правила о терету доказивања, те на коме лежи терет доказивања одређених чињеница.

Због наведених недоумица, нови Закон о парничном поступку[2] ово правило разрађује у одредби члана 223. ЗПП задржавајући стару одредбу члана 221а као став 1. новог члана 223. и додајући још два става. Наиме, ставом 2. одредбе члана 223. новог ЗПП предвиђено је да странка која тврди да има неко право, сноси терет доказивања чињенице која је битна за настанак или остваривање тог права, ако законом није друкчије одређено а ставом 3. истог члана предвиђено је да странка која оспорава постојање неког права, сноси терет доказивања чињенице која је спречила настанак или остваривање права или услед које је право престало да постоји, ако законом није друкчије одређено.

Стари Закон о парничном поступку заснивао се на начелу материјалне истине уз наглашену улогу истражног начела које је било средство за

[1] "Сл. лист СФРЈ" број 4/77 са изменама објављеним у "Сл. листу СФРЈ" број 36/77, 6/80, 36/80, 43/82, 72/82, 69/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, 35/91 и "Сл. листу СРЈ" број 27/92, 31/93, 24/94, 12/98, 15/98 и 3/02

[2] "Сл. гласник РС" број 125/04

утврђивање и остварење истине. Суд одлучује применом материјално-правне норме на утврђену чињеничну подлогу, а ту подлогу сачињавају чињенице које су по схватању суда битне за основаност тужбеног захтева. Пошто странке по правилу оспоравају тврдњу друге стране, суд мора да истражује и испитује истинитост оспорених чињеница. Чак и неспорне чињенице од којих зависи примена неке принудно-правне норме, суд мора да испитује, да би спречио недозвољена располагања. На овај начин суд долази до материјалне (објективне) истине, тј. истине која значи да се утврђено чињенично стање поклапа са стварношћу. У том циљу суд може одредити употребу сваког доказног средства, па и оног које странке нису предложиле или су се чак његовом извођењу противиле, јер чињенично стање је потпуно и правилно утврђено само ако обухвата све околности од значаја и утицаја на исход спора. Странка је дужна да изнесе све чињенице од којих зависи основаност тужбеног захтева и да говори истину. Притом, она није ограничена фазом поступка у погледу изношења нових чињеница, па их често из различитих, понекад тактичких разлога износи у жалби, иако их је могла и раније изнети (пре закључења главне расправе). То доводи до укидања првостепене пресуде, јер је захтев за утврђењем материјалне истине испред захтева економичности и ефикасности поступка. На крају, усменост омогућава тачније утврђивање истине. Закључак о постојању спорне чињенице суд изводи на основу оцене изведених доказа и резултата целокупног доказног поступка. Ипак, и тада се стварно стање може разликовати од судски утврђеног из веома различитих разлога, који се могу приписати пропустима било странака, било суда, а који се односе на употребу или неупотребу неког доказног средства или погрешну оцену доказа. Некада чињенице остају недоказане и поред настојања суда да о њима формира одређени закључак, а недоказаност чињеница и чињеничне подлоге није разлог за одбијање тужбеног захтева. Истина до које се долази доказивањем, ипак није апсолутна, већ представља највећи степен вероватности до које суд долази из расположивих средстава сазнања[3]. То не значи да се истина у поступку своди на субјективни утисак суда. Професор Познић наводи да закључак суда о питању истинитости једне чињенице представља крајњи резултат низа његових сопствених радњи и радњи странака, који је обухваћен појмом доказивања.

[3] Боривоје Познић, Грађанско-процесно право, Десето издање, Савремена администрација Београд, 1987. године

Доказивање

Предмет доказивања су чињенице које су се догодиле у прошлости или које постоје и у садашњости. Ствари и лица помоћу којих суд стиче сазнање о спорним чињеницама су доказна средства. Признање чињеница није доказно средство, њиме се само отклања доказивање. Оцена доказа значи испитивање да ли одређену чињеницу треба узети за постојећу према доказним разлозима. Доказни разлози су околности из којих суд изводи закључак о постојању одређене чињенице. Чињеница је уствари свака околност конкретно одређена у простору и времену за коју правна норма везује неко дејство. То може бити догађај из прошлости, или још увек постојећи догађај. Предмет доказивања могу бити и чињенице које се тичу људске свести (нпр: да ли је странка за нешто знала, када је у питању утврђивање њене савесности). И негативне чињенице могу бити предмет доказивања, иако у пракси важи правило да се негативне чињенице не доказују. Наиме, ако правна норма захтева непостојање неке чињенице (нпр. непостојање брачне сметње или доказивање непостојања потраживања зато што је испуњено или поверилац није примио понуђено испуњење) онда се и негативне чињенице могу и те како доказивати. Правне норме не могу бити предмет доказивања као и страно право – садржина страног права на које упућује колизиона норма. Ако странка не поднесе јавну исправу о садржини страног права која је издата од надлежног органа, суд се са садржином страног права мора упознати на други начин, јер суд зна право, и не сме узети да је то недоказана чињеница.

Суд утврђује постојање чињеница које су од значаја за одлуку. Према расправном начелу доказују се само чињенице које су међу странкама спорне. Признате чињенице се не доказују, осим ако суд сматра да признањем неке чињенице странка жели да располаже захтевом којим не може располагати. Признату чињеницу странка накнадно може оспорити делимично или у потпуности. Квалитет и валидност таквог признања и оспоравања суд цени на основу свог слободног уверења, на основу ког уверења формира закључак да ли ће неку чињеницу која је прво призната па оспорена узети за признату или непризнату. Опште познате чињенице се не доказују. Њих суд узима у обзир по службеној дужности. Са општепознатом чињеницом изједначују се чињенице које су суду познате из његовог службеног пословања, тј. она о којој је он стекао сазнање у неком

другом поступку (грађанском или кривичном). Ипак, то нису оне чињенице које је судија сазнао ван своје службене дужности[4]. Не доказују се ни чињенице чије постојање закон претпоставља, али се може доказивати њихово непостојање, ако буду оспорене (нпр. у неким случајевима се претпоставља савесност неког лица, те уколико буде оспорена, несавесност се мора доказивати).

Постоје случајеви када суд не изводи доказивање о спорним чињеницама иако би их требало доказивати. То су случајеви у којима је начело процесне економије испред начела материјалне истине. Ради се о случајевима:

- утврђивање износа штете у случају недостатка доказа или тешкоћа у доказивању (штета се одмерава по слободној оцени суда било да се ради о имовинској или неимовинској штети);

- неполагање предујма трошкова (суд не изводи доказ ако нису предујмљени потребни трошкови које је одредио и наложио странци да уплати);

- неизвођење доказа у одређеном року (када постоји вероватноћа да се одређени доказ неће моћи извести, или не бар у примереном року, суд одређује рок до којег доказ треба да буде изведен и по поретку тог рока расправа се наставља);

- образовано уверење суда (проистиче из начела слободне оцене доказа, па када је суд стекао уверење о постојању спорне чињенице, одбиће даље извођење доказа);

- стручно знање суда (када суд располаже одређеним стручним знањем онда није потребно вештачење у области у којој суд има потребно стручно знање).

Стари Закон о парничном поступку заснован на наглашеном начелу утврђивања материјалне истине и истражном начелу, показао се неефикасним, због чега велики број парничних поступака бележи деценијско трајање. Захтев суђења у разумном року из члана 6. Европске конвен-

[4] Проф. Боривоје Познић, Грађанско-процесно право, Десето издање, Савремена администрација Београд, 1987. године

ције о људским правима[5] није само модерни принцип и део захтева за правично суђење, већ правно обавезујућа одредба са веома практичним последицама. Зато је стари Закон о парничном поступку био неусклађен са европским изворима и савременим добом, заснован на конструкцији поступка и идејама поступка формулисаним још у првој половини XIX века, последњи пут битније мењан 1990. године, технички сложен уз немогућност да одговори постојећим међународним обавезама државе[6]. На овај начин заступљено истражно начело и начело материјалне истине довели су до тога да суд има обавезу да дефинише правно-релевантне чињенице, позове странке да се изјасне о тим чињеницама, о њиховом постојању или непостојању као и да прикупља и изводи доказе, па чак и оне које ни једна од странака није предложила. Ту лежи узрок дуготрајном вођењу парничног поступка, јер активну улогу има суд, а пасивност странака не доводи ни до каквих санкција, не лишава их никаквих, па чак ни процесних права.

Нови Закон о парничном поступку напушта концепт утврђивања материјалне истине кроз истражно начело – поступање суда по службеној дужности и заснива се на начелу диспозиције странака, као примарном начелу. Странке су дужне да изнесу све чињенице на којима заснивају своје захтеве и да предложе доказе којима се утврђују те чињенице. Суд ће утврдити чињенице од којих зависи одлука о основаности захтева. Суд ће то учинити из корпуса предложених чињеница и доказа. Само ради спречавања злоупотребе права суд је овлашћен да утврди чињенице које странке нису изнеле и изведе доказе које странке нису предложиле у два случаја:

- ако из резултата расправе и доказивања произилази да странке располажу захтевима којима не могу располагати (члан 3. став 3. ЗПП),

- или када је то посебним прописима предвиђено[7] (нпр. у статусним споровима у породичном праву).

---

[5] Рим, 4. новембар 1950. године – Закон о ратификацији ове Конвенције објављен је у "Сл. листу СЦГ" – Међународни уговори број 9/2003, 5/05

[6] Весна Ракић-Водинелић – Ново грађанско-процесно законодавство у Србији – Новине у грађанским поступцима – Зборник радова, Београд 2005, издавач "Глосаријум"

[7] Члан 7. став 3. ЗПП

Однос начела диспозиције и начела официјелности – поступања по службеној дужности суда, најпотпуније је конкретизован кроз правило о терету доказивања садржано у члану 223. ЗПП. Странке пре свих треба да сносе терет доказивања било да се нешто тврди или оспорава, а суд треба да има контролну улогу да изведе доказе који су важни за одлучивање о тужбеном захтеву и утврди чињенице од којих зависи одлука о основаности тужбеног захтева као и да води рачуна да се спрече злоупотребе права.

Досадашња пракса судова заснована је на широко заступљеном поступању суда по службеној дужности, па су парнични поступци били својеврсна деценијска истрага за утврђивање материјалне истине, уз толерисање пасивности странака и њиховог максимално опуштеног понашања које је ишло дотле да су поједине парнице водиле странке а не суд, бескрајним одлагањима и стављањем доказних предлога или пропуштањем достављања доказа без икаквих последица.

Одредба члана 7. новог Закона о парничном поступку очигледно афирмише улогу начела диспозиције, јер су странке дужне да изнесу све чињенице на којима заснивају своје захтеве и да предложе доказе којима се утврђују те чињенице. Доказне предлоге странка мора да изнесе благовремено да не би дошло до одуговлачења поступка. Странка је дужна да тачно наведе које чињенице ће се на основу ког предложеног доказа утврдити. Суд има дужност да пре извођења предложеног доказа оцени да ли је та чињеница правно релевантна. Странкама су наметнуте одређене обавезе (туженом да достави одговор на тужбу са садржином која је законом предвиђена) уз санкционисање за пропуштање (могућност доношења пресуде због пропуштања када су за то испуњени законом прописани услови), ограничењем фазе поступка у којој се могу износити нове чињенице и предлагати нови докази и повећањем значаја правила о терету доказивања, које је сада потпуно законски дефинисано и разрађено. Законом формулисана садржина тужбе и одговора на тужбу јасно указује шта је која од странака, зависно од процесне улоге коју има у поступку, дужна да предложи и доказује. Истицањем нових чињеница и процесно-правних и материјално-правних приговора, терет доказивања се пребацује са једне на другу страну, као у партији тениса. Све ово има за циљ убрзање парничног поступка и остварење захтева суђења у разумном року.

Правило о терету доказивања

Правило о терету доказивања даје одговор на питање која ће странка сносити ризик недоказаности, односно која ће изгубити парницу ако суд није дошао до одређеног закључка о постојању спорне чињенице[8].

Другим речима, да би било правилно примењено правило о терету доказивања треба знати на коју странку пада терет доказивања одређене спорне чињенице или чињеничног скупа да би она и сносила штетне последице недоказаности одређене чињенице или тужбеног захтева у целини.

Још је Римско право установило неколико правила по којима терет доказивања пре свега пада на тужиоца (probatio incumbit actori или actore non probante reus absolvitur). По овом правилу тужени не би требао ништа да доказује, већ само да оспори тужиочеве наводе. Терет доказивања је на тужиоцу који ако не докаже основаност својих тврдњи изгубиће спор. То правило се и у самом Римском праву показало недовољним у случају када тужени оспоравањем навода тужбе истакне нове чињенице које доводе у сумњу тужиочеве наводе. Зато је Римско право ово првоусвојено правило допунило, за случај да тужени истакне приговоре - excepcio, правилом да тужени тада постаје тужилац у ком случају терет доказа у погледу стављених приговора пада на туженог (probatio incubit actori, sed excipiendo etiam reus fit actor). Затим се искристалисало и треће правило по коме терет доказивања пада на ону странку која тврди, а не на онога што пориче (probatio incumbit ei qui ait, affirmat non ei qui negat). И ово правило није могло доследно да се примењује јер није давало одговор за случај када странка своје право изводи из негативне чињенице. У том случају она ће ипак морати да је доказује[9].

Наведене основне поставке правила о терету доказивања од тада па до данас претрпеле су извесне модификације које су биле одраз времена, друштвених схватања и доминације одређених процесних начела. У сваком случају тужилац доказује чињенице које су од значаја за примену

[8] Проф. Боривоје Познић - Грађанско-процесно право, Десето издање, Савремена администрација Београд, 1987. године

[9] Срећко Цуља, Грађанско-процесно право Краљевине Југославије, Београд, Издавачко књижарско предузеће Геца Кон, 1936. године

материјално-правне норме која се има применити на чињенични скуп битан за пресуђење, а тужени чињенице које су од значаја за осуђење или одбијање тужбеног захтева. У време примене старог Закона о парничном поступку странке су биле дужне да пруже доказна средства за утврђивање истинитости својих навода и тврдњи, али је суд могао изводити и оне доказе које странке нису предложиле, ако би то допринело утврђивању истине, па чак и ако су се извођењу ових доказа и противиле.

Нови Закон о парничном поступку улогу суда у процесу утврђивања чињеничне грађе ограничава на спречавање злоупотребе права и непоштовање принудних прописа који се тичу недозвољених располагања. Странке имају обавезу доказивања чињеница битних за настанак или остваривање права, као и оних које спречавају настанак или остваривање права или услед којих је право престало да постоји, ако законом није друкчије одређено.

Према одредби члана 220. новог Закона о парничном поступку свака странка дужна је да изнесе чињенице и предложи доказе на којима заснива свој захтев или којима оспорава наводе и доказе противника (субјективни терет доказивања), а према одредби члана 221. ЗПП доказивање обухвата све чињенице које су важне за доношење одлуке док суд одлучује који ће се докази извести ради утврђивања битних чињеница.

Чињенице важне за доношење одлуке суд утврђује на основу понуђених доказа, брижљивим избором предложених доказних средстава, што значи да суд може одлучити да изведе само неке или све предложене доказе, зависно од тога да ли су битне чињенице утврђене на основу одређеног броја доказа или свих понуђених доказа. Које ће чињенице узети као доказане, суд одлучује по свом уверењу, на основу савесне и брижљиве оцене сваког доказа засебно и свих доказа заједно, као и на основу резултата целокупног поступка (члан 8. ЗПП). Притом суд мора пружити могућност свакој страни да се изјасни о захтевима, предлозима и наводима противне стране, осим ако је другачије овим законом одлучено. Само тако ће се, уз поштовање разумног рока у погледу трајања поступка, остварити захтев за правичним суђењем.

Међутим, оправдано се може поставити питање да ли се захтев за правичним суђењем може доследно остварити у ситуацији када странка на којој је терет доказивања правно релевантних тврдњи нема адвоката, а према свом имовном стању не може да обезбеди његове услуге. Бесплатна

правна помоћ код нас још није развијена, незнање права никог не оправдава, али незнање права отежава положај странке која треба да изнесе све важне чињенице и понуди потребне доказе којима се чињенице утврђују. Пропуст да то учини применом правила о терету доказивања, довешће до губитка или немогућности остварења, можда, странци припадајућег права. Тачно је да суд има дужност у смислу члана 299. да постављањем питања и на други целисходан начин се стара да се у току расправе изнесу све битне чињенице, да се допуне непотпуни наводи странака о важним чињеницама, да се означе или допуне доказна средства која се односе на наводе странака, и уопште, да се пруже сва разјашњења потребна да би се утврдило чињенично стање важно за одлуку. То подразумева да суд и удовољи овој својој дужности, што се у пракси увек не догађа. Зато, значајан део сиромашних, правно неуких и ниже образованих странака, у неком делу биће ускраћено за правичну и законити пресуду и остварење свога права. Неравноправност странке коју заступа пуномоћник и оне која нема пуномоћника, повећани су смањењем обима поучавања неуке странке, јер поучавање неуке странке није више основно начело парничног поступка и задржало се само кроз неке одредбе Закона о парничном поступку у домену поучавања у погледу процесних права[10]. Овај недостатак ће свакако бити отклоњен у блиској будућности када буде усвојен закон о бесплатној правној помоћи који ће управо умањити неравноправност ове категорије странака са онима који имају стручног заступника. Сви ови циљеви се не могу остварити у кратком року и одједном, те су ова опажања више указивање на пролазни проблем, са уверењем да ће брзо бити превазиђен.

Како суд зна право и има обавезу да утврди правно релевантне чињенице тј. чињенице од којих зависи основаност тужбеног захтева, што даље значи да правилно примени материјално право, то суд има и дужност да постављањем питања странке наведе на изношење битних чињеница и означење доказних средстава. Странке на основу расподеле субјективног терета доказивања морају понудити одговарајуће доказе. Саме су одговорне ако то не учине након указивања суда на такву потребу. После тога оне својом сувереном диспозицијом поступак воде до крајњег исхода који ће бити опредељен применом правила о објективном терету доказивања из члана 223. ЗПП. Околности које сама странка не наводи и не

[10] Чл. 275 став 2, 297 и 477 став 3 ЗПП

идентификује, суд неће узети у обзир, чак и ако се друга страна о њима изјашњавала.

Ако се испоштују правила дефинисана у одредбама члана 7.[11], 8.[12], 9.[13], члан 220. [14], члан 221.[15], члан 223.[16], члан 299.[17] и 300.[18] ЗПП,

[11] Одредба члана 7. гласи: странке су дужне да изнесу све чињенице на којима заснивају своје захтеве и да предложе доказе којима се утврђују чињенице. Суд утврђује чињенице од којих зависи одлука о основаности захтева. Суд је 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 кад је то посебним прописима предвиђено. Суд не може своју одлуку заснивати на чињеницама о којима странкама није пружена могућност да се изјасне осим када законом није другачије прописано.

[12] Члан 8. ЗПП: које ће чињенице узети као доказане одлучује суд по свом уверењу, на основу савесне и брижљиве оцене сваког доказа засебно и свих доказа заједно, као и на основу резултата целокупног поступка.

[13] Члан 9. ЗПП: странке су дужне да савесно користе права која су им призната овим законом. Странке, умешачи и њихови заступници су дужни да пред судом говоре истину. Суд је дужан да спречи сваку злоупотребу права која имају странке у поступку.

[14] Члан 220. ЗПП: свака странка дужна је да изнесе чињенице и предложи доказе на којима заснива свој захтев или којим оспорава наводе и доказе противника.

[15] Члан 221 ЗПП: доказивање обухвата све чињенице које су важне за доношење одлуке. Суд одлучује који ће се доказ извести ради утврђивања битних чињеница.

[16] Члан 223 ЗПП: ако суд на основу изведених доказа (члан 8) не може са сигурношћу да утврди неку чињеницу, о постојању чињенице закључиће применом правила о терету доказивања. Странка која тврди да има неко право, сноси терет доказивања чињенице која је битна за настанак или остваривање права, ако законом није друкчије одређено. Странка која оспорава постојање неког права, сноси терет доказивања чињенице која је спречила настанак или остваривање права или услед које је право престало да постоји, ако законом није друкчије одређено.

[17] Члан 299 ЗПП: суд ће се постављањем питања и на други целисходан начин старати да се у току расправе изнесу све битне чињенице, да се допуне непотпуни наводи странака о важним чињеницама, да се означе или допуне доказна средства која се односе на наводе странака, и уопште, да се пруже сва разјашњења потребна да би се утврдило чињенично стање важно за одлуку.

[18] Члан 300. ЗПП: свака странка треба у својим излагањима да изнесе све чињенице потребне за образложење својих предлога, да понуди доказе потребне за утврђива-

правило о терету доказивања не може бити на штету доношења законите одлуке, а суђење ће се завршити у разумном року. Другим речима, ако суд поштујући своје законске дужности идентификује правно релевантне чињенице, омогући странкама да се о њима изјасне и пруже потребне доказе на основу правила о субјективном терету доказивања (члан 220. ЗПП), поступак ће бити правичан и одлука законита, чак и онда када странке својом неактивношћу нису пружиле потребне доказе, или пружени докази нису били довољни, због чега је суд одлучивао применом правила о објективном терету доказивања (члан 223. ЗПП).

Неограничено право на изношење нових чињеница и предлагање нових доказа у првостепеном поступку и примена правила о терету доказивања

Правило о расподели терета доказивања и одлучивање применом овог правила убрзавају парнични поступак. Неограничено право странака на изношење нових чињеница и предлагање нових доказа све до закључења главне расправе ублажава строгост овог правила. Истицање процесно-правних и материјално-правних приговора туженог, не доводи тужиоца у неповољнији положај и немогућност да на те приговоре одговори. Напротив, расправно начело омогућава да се о свим истакнутим приговорима, чињеницама на којима се они заснивају и понуђеним доказима којима се те чињенице утврђују, изјасни. У случају основано истакнутих приговора и пружених доказа о релевантним чињеницама, тужилац има могућност да оспори њихово присуство, дејство и учинак. Ако то учини пружањем правно валидних доказа и истицањем нових чињеница које тим приговорима одузимају дејство, доказао је тужбени захтев и обезбедио пресуду којом се усваја тужбени захтев. Уосталом, расправно начело и одредба члана 5. Закона о парничном поступку заснивају дужност суду да свакој странци пружи могућност да се изјасни

ње својих навода као и да се изјасни о наводима и понуђеним доказима противне странке. Странке могу у току целе главне расправе да износе нове чињенице и да предлажу нове доказе. Странке могу и у току главне расправе благовремено да упућују у поднеске, у којима ће навести чињенице које намеравају да изнесу на рочишту, као и доказе чије извођење намеравају да предложе.

о захтевима, предлозима и наводима противне стране. Али, то неће моћи да учине у жалби или бар не у потпуности.

Изношење нових чињеница у жалби

У жалби се могу износити нове чињенице и предлагати нови докази, само ако жалилац учини вероватним да их без своје кривице није могао изнети, односно предложити до закључења главне расправе, а материјално-правни приговор застарелости и компензациони приговор се не могу уопште истицати. 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 (члан 148. став 4) не може у жалби предложити да се тај доказ изведе (члан 359. ЗПП). Из овога се види да законодавац није оставио без икакве могућности да доказују основаност својих тврђења странке које без своје кривице нису могли понудити одређени доказ, али то мора бити доказано и оправдано јер и у том случају правило о терету доказивања у потпуности се примењује. Истицање нових чињеница макар и оправдано пропуштених, остаће без дејства ако уз њих нису приложени правно-релевантни докази којима се те чињенице утврђују. Примера ради, тужилац чији тужбени захтев је одбијен, јер се његова основаност није могла утврдити са сигурношћу без вештачења, а није предлагао извођење доказа вештачењем или није уплатио потребан износ трошкова за извођење тог доказа, неће моћи са успехом истицати у жалби предлог за извођење доказа вештачењем нити показати спремност да уплати трошкове вештачења, ако истовремено не пружи доказе да је из оправданог разлога то пропустио да учини у првостепеном поступку и да је о томе обавештавао првостепени суд. Одбијање уплате предујма за вештачење, или једноставно неуплаћивање одређеног предујма, без обавештења суда о разлозима немогућности, нису разлог да странка то чини у жалбеном поступку. Чак и ако се радило о тренутној веома тешкој материјалној ситуацији странке изазваној тешким породичним проблемом или из другог оправданог разлога, ако о томе није био обавештен првостепени суд и ако о тим чињеницама и околностима уз жалбу нису приложени докази. Одбијање захтева странке у првостепеном поступку биће оправдано, јер то и такво понашање странке не може да траје бесконачно. Ово не важи за случај из члана 224.

ЗПП[19] када суд висину штете одмерава по слободној оцени, већ на утврђивање постојања основа тужбеног захтева. Случај из члана 224. се односи на одмеравање висине, када је основ већ утврђен и те ствари не треба мешати и поистовећивати. Наравно, ако се из других чињеница и доказа може утврдити потпуна или делимична основаност тужбеног захтева, недоказаност или непотпуна доказаност неке чињенице биће посматрани у вези са осталим понуђеним доказима, како оним које је предложио тужилац тако и оним које је предложио тужени.

Или нпр., странка која у поступку за утврђивање очинства, без оправданог разлога није хтела да се подвргне ДНК анализи, не може то захтевати па чак иако уплати предујам. Наравно под условом да је то неоправдано одбила, не због недостатка средстава или здравствених или других оправданих разлога, већ због своје убеђености да није природни отац детета чије се очинство утврђује. Међутим, није довољно да је странка одбила неоправдано ДНК анализу, па да применом правила о терету доказивања буде утврђено њено очинство. Потребно је да постоје други докази којима се може постићи одређени степен вероватноће, а овај изостали доказ би донео извесност – сигурност. Његово неоправдано неизвођење могло би утицати на одлуку о основаности тужбеног захтева као једна од недоказаних чињеница, применом правила о терету доказивања.

Законска правила о терету доказивања

Поједини закони садрже правила о расподели терета доказивања. На пример Закон о облигационим односима у одредби члана 154. предвиђа да ко другоме проузрокује штету дужан је да је накнади, ако не докаже да је штета настала без његове кривице. Постојање кривице за насталу штету је основ накнаде. Значи, штетник је одговоран ако је крив. На његовој страни је законска претпоставка кривице. Уколико жели да се ослободи обавезе, он је дужан да докаже да није крив. То значи да он мора да наведе чињенице и понуди

[19] Члан 224. ЗПП: Ако се утврди да странци припада право на накнаду штете, на новчани износ или на заменљиве ствари, али се висина износа, односно количина ствари не може утврдити или би се могла утврдити само са несразмерним тешкоћама, суд ће висину новчаног износа, односно количину заменљивих ствари одредити по слободној оцени

одговарајуће доказе на околност да није крив тј. да се животни догађај из кога проистиче штета није догодио на начин представљен у тужби или да је његова одговорност искључена из других разлога. Ако то не учини, а тужилац је уз тужбу пружио доказе да је радњама туженог проузрокована штета, тужбени захтев ће бити усвојен на основу доказа приложених уз тужбу и законске претпоставке о одговорности туженог. Правило о терету доказивања предвиђено Законом о облигационим односима захтевало је да тужени пружи доказе о одсуству своје кривице.

Даље нпр. по тужби за предају ствари у својину тужилац на основу одредбе члана 37. Закона о својинским односима мора да докаже да је њен власник и да се она налази код туженог. То је његова законом прописана обавеза и он чињенице које су довеле до стицања права својине мора да докаже. Тужени ако оспори неку од ових чињеница, мора пружити доказе о томе да је ствар његова или да припада трећем лицу, да је он држи по неком законском правном или уговорном основу, или да ствар уопште није код њега. Значи, тачно се зна које чињенице је која од странака дужна да у конкретном случају доказује.

Или, за конституисање права становања – habitatio по новом Породичном закону потребно је да се стекну три кумулативна услова: 1) да дете и родитељ који врши родитељско право немају усељиви стан у својини, 2) да родитељ који не врши родитељско право је власник стана и 3) да то право не представља очигледну неправду за родитеља на чијем стану се конституише право становања. Пошто у парници за заштиту права детета суд има обавезу поступања по службеној дужности у циљу заштите дечијих права, он ће се старати и по службеној дужности и поред обавеза странака, да прибави доказе о испуњености прва два услова. Трећи услов се односи на туженог који има терет доказивања да би конституисање права становања представљало очигледну неправду за њега, јер утврђивање постојања очигледне неправде утиче на остварење његовог права, насупрот праву детета чије интересе суд штити и по службеној дужности, па је он и дужан да то доказује.

Правила о терету доказивања ван законом предвиђених

Ситуација је сложенија када се ради о непостојању законских одредаба о терету доказивања. Примера ради, ако је враћање зајма уговорено у року од 30 дана а тужени тврди да је рок продужен, на туженом је терет доказива-

ња чињенице продужења рока. Уколико тврди да је зајам вратио, терет доказивања је опет на њему. Али, ако тужилац тврди да је уговор о зајму у међувремену измењен скраћењем рока за враћање дуга, ту чињеницу ће тужилац морати да доказује, јер његово право да захтева од туженог враћање дуга пре првобитно уговореног рока зависи од доказаности те чињенице. Од тога ће зависити и право на евентуално плаћање камате због задоцњења, јер је тиме померен датум доспелости дуга унапред, као и право на накнаду штете због задоцњења у испуњењу уговорне обавезе и многа друга права.

Запажено је погрешно поступање судова када се ради о последицама примене правила о терету доказивања у ситуацији када је потребно извести доказ увидом у судске списе, списе неког државног органа или прибављање извештаја од државног органа који се доставља само на захтев суда. Странка је дужна да стави предлог за прибављање потребних списа или тражење извештаја, на основу ког предлога је суд дужан да одлучи да ли се на тај начин утврђују битне чињенице за правилно пресуђење и да зависно од тога усвоји или не такав доказни предлог. Међутим, догађа се да судови захтевају да странке пруже такве доказе и због непоступања или неактивности странака у том смислу, констатују последице правила о терету доказивања. Такво поступање је погрешно, јер последице правила о терету доказивања у оваквој ситуацији странка ће сносити само ако није ставила доказни предлог за извођење доказа потребног ради утврђења основаности или неоснованости одређене чињенице која је правно релевантна. Према одредби члана 232. став 3. ЗПП ако се исправа налази код државног органа или предузећа или друге организације којима је поверено вршење јавног овлашћења, а сама странка не може издејствовати да се исправа преда или покаже, суд ће на предлог странке или по службеној дужности прибавити ову исправу. Зато је наведено поступање појединих судова противно одредби члана 232. став 3. ЗПП. Да не би било дилеме око одредбе члана 232. став 3. која говори о поступању суда по службеној дужности, треба знати да се та дужност суда налази у одредби члана 7. став 3. Закона о парничном поступку и одредби члана 222. став 1. ЗПП[20] тј. тиче се спречавања недозвољених располагања странака.

[20] Према одредби члана 7. ЗПП суд је 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

Даље, тужилац који свој тужбени захтев заснива на писаном уговору дужан је да га уз тужбу приложи и достави суду, као и све друге доказе којима доказује основаност тужбеног захтева (за случај да је било измена уговора, делимичног испуњења уговора, кршења неке уговорне одредбе и томе слично). Ако тужени оспори аутентичност свог потписа на уговору и предложи графолошко вештачење, суд ће наложити туженом да трошкове вештачења уплати. У теорији и пракси било је разилажења око тога ко сноси трошкове овог вештачења, али је сада несумњиво на основу одредбе члана 223. став 3. ЗПП да је то тужени, јер према тој одредби странка која оспорава постојање неког права, сноси терет доказивања чињенице која је спречила настанак или остваривање права или услед које је право престало да постоји, ако законом није друкчије одређено. Конкретно, тужени који доказује да није потписао уговор из кога потиче потраживање тужиоца, ако ту чињеницу докаже, ослободиће се обавеза на које гласи тужбени захтев и имаће право на накнаду трошкова парничног поступка. Међутим, ако тужени оспоравајући потпис не предлаже никакве доказе ради утврђивања основаности таквог оспоравања, сносиће последице које се тичу правила о терету доказивања, тј. суд ће извести закључак да се ради о потпису туженог. Ипак, ствари нису тако једноставне. Напред изнети закључак не значи усвајање тужбеног захтева због недоказаности једне чињенице. Животни догађаји могу бити и јесу много комплекснији - сложенији. Могуће је нпр. да се ради о странкама у дугогодишњем пословном односу, које су своју сарадњу трајно и неопозиво прекинуле и тужени се примера ради одселио у иностранство, где се више не бави пословима из раније делатности, а који су обухваћени спорним уговором. Уговор датира из периода након прекида пословне сарадње и одласка туженог у иностранство. Из путне исправе туженог се види да у земљу није долазио од исељења, све до рочишта у конкретном предмету. Да ли ће и тада недоказаност чињенице која се тиче потписа туженог на уговору би-

не могу располагати (члан 3. став 3. ЗПП) или кад је то посебним прописима предвиђено.

Према одредби члана 222. став 1. ЗПП не доказују се чињенице које је странка признала пред судом у току парнице а суд може одлучити да се доказују и признате чињенице ако сматра да странка њиховим признањем иде за тим да располаже захтевом којим не може располагати (члан 3. став 3. ЗПП).

ти довољна за усвајање тужбеног захтева? Свакако неће, јер је у тој ситуацији тужилац тај на кога се преноси терет доказивања ове чињенице. Тужилац ће тада доказивати да је уговор потписан у иностранству јер је тужилац путовао тамо или га је на потпис послао преко трећег лица (за конкретни уговор није била потребна судска овера). Према одредби члана 223. став 2. ЗПП странка која тврди да има неко право, сноси терет доказивања чињенице која је битна за настанак или остваривање права, ако законом није друкчије одређено. Ако тужилац докаже да је уговор ипак потписао тужени, то није једина и довољна чињеница за усвајање тужбеног захтева већ основаност зависи од осталих изведених доказа и резултата целокупног доказног поступка.

У пракси је примећено да се судови све чешће позивају на правило о терету доказивања, али у поједностављеном облику, што често има за последицу незаконити одлуку. Притом се не дају никакви разлози за примену овог правила, суд не образлаже да ли се ради о чињеници важној за доношење одлуке, која странка је имала обавезу доказивања те чињенице и да ли се уопште радило о потреби доказивања такве чињенице. Примера ради приложен је доказ – извод из земљишне књиге или катастра из кога се утврђује да странка има право својине или право коришћења неке непокретности. Тај доказ је довољан доказ о постојању тих права. Зато, странка која није пружила доказ на основу чега је извршен упис права својине или права коришћења на тој непокретности, не може сносити штетне последице због примене правила о терету доказивања, осим ако се ради о недозвољеним располагањима, када ће суд поступати по службеној дужности. Онај ко оспорава ваљаност извршеног уписа има обавезу да у законом прописаном поступку то чини пружајући потребне доказе. Због свега овога примена правила о терету доказивања није једноставна, иако је новим Законом о парничном поступку боље разрађено правило о расподели терета доказивања, оно ипак захтева велико стручно ангажовање суда да би пресуда била правична и законита како то налаже одредба члана 2. ЗПП.

Доказни поступак и ставови Европског суда за људска права

Европски суд за људска права не оцењује каква су поједина процесна решења у националним законодавствима држава чланица. Одредба члана 6. Европске конвенције о људским правима има за циљ да се обез-

беди фер и поштено суђење. Национални судови су слободни да одлучују које ће доказе извести у одређеном судском поступку. Европски суд оцењује да ли је у поступку, гледано у целини, обезбеђено и гарантовано поштено поступање. Национални суд може одбити да изведе неки доказ ако сматра да није важан за одлучивање, али одлуку о одбијању одређеног доказног предлога мора образложити[21]. Довољно је да суд доказни предлог странке озбиљно процени и ако одбије да га изведе, изнесе разлоге за такву своју одлуку, који не смеју бити арбитрарни[22].

Преклузија у изношењу чињеница и предлагању доказа допуштена је у циљу убрзања поступка, али ни тада не на штету начела расправности и остављања разумне могућности да се странка изјасни о изнетим чињеницама и предложеним доказима. Европски суд за људска права је закључио да систем преклузија у изношењу чињеница и предлагању доказа није нужно у супротности са одредбом члана 6. Европске конвенције[23].

Судске одлуке у начелу морају бити образложене а обим образложења зависи од околности сваког конкретног случаја. Кратко образложење само по себи не значи повреду права из Европске конвенције[24]. У случају када странка са захтевом није успела, или пак са правним леком, битно је да из образложења се види да се суд упознао са њеним аргументима и да их је озбиљно ценио[25]. Стандард за образложење виших судова је мањи – нижи у односу на првостепене судове[26]. У тим одлукама се наводи да ако је првостепени суд дао разлоге за чињеничне и правне закључке а у правном средству се не изнесу битно нови аргументи, суд који одлучује о правном леку не мора да наводи посебно аргументе, већ само да резимира аргументе првостепеног суда и да се са њима сложи[27].

---

[21] Suominnen против Финске, 1.07.2003. године, број 37801/97

[22] Wierbicki против Пољске, 18.06.2002. г одине, број 24541/94

[23] Van de Hurk против Холандије, 19.04.1994. године А 288, стр. 20)

[24] Hirvisaari против Финске, 27.09.2001, број 49684/99

[25] Wuadrelli против Шпаније, 11.11.2001. број 28168/95

[26] Garcia Ruiz против Шпаније, 1995. година и предмет Jokela против Финске, 21.03.2002. године број 28856/95

[27] Примери и одлуке изнети у овом одељку узети су из текста професора Правног факултета у Љубљани др Алеша Галича под називом "Начело контрадикторно-

Из ових примера јасно произилази право странке да изнесе чињенице и понуди доказе, да се изјасни о чињеницама и доказима друге стране, дужност суда да одлучи о извођењу правно-релевантних доказа као и да образложи одбијање оних који нису правно релевантни. Преклузија у предлагању и извођењу појединих доказа, сама по себи није противна заштити права из Конвенције и посебно поштовању права на правично суђење, али странка несумњиво мора да зна због чега је суд у односу на њене доказне предлоге и постављене захтеве одлучио на конкретан начин. То су страндарди који произилазе из праксе Европског суда за људска права, а који су у нашем новом Закону о парничном поступку доследно имплементирани.

З А К Љ У Ч А К

Доследна примена правила о терету доказивања омогућиће странкама да до одлуке у судском поступку дођу у разумном року.

Свака странка има право да се изјасни о захтевима, предлозима и наводима противне странке осим ако законом није друкчије предвиђено.

Странке су дужне да савесно користећи своја права, изнесу све чињенице на којима заснивају захтеве и предложе доказе којима се те чињенице утврђују.

Суд утврђује чињенице од којих зависи одлука о основаности захтева у ком циљу се стара да се расправе све битне чињенице и спречи злоупотреба права.

Суд је дужан да постављањем питања, допуном непотпуних навода странака о важним чињеницама или допуном доказних средстава омогући утврђење чињеничног стања важног за одлуку.

Све до закључења главне расправе странке могу да износе нове чињенице и предлажу нове доказе.

сти у парничном поступку ставови Европског суда за људска права" објављеног у часопису Правни живот број 12/2005

У жалби се могу износити нове чињенице и предлагати нови докази, само ако жалилац учини вероватним да их без своје кривице није могао изнети, односно предложити до закључења главне расправе.

Ако суд на основу изведених доказа не може са сигурношћу да утврди неку чињеницу, о постојању чињенице закључиће применом правила о терету доказивања.

Правило о терету доказивања даје одговор на питање која ће странка сносити ризик недоказаности одређене чињенице а можда и тужбеног захтева у целини.

Спора правда врећа право на правично суђење, јер се одлука доноси у неразумном року.

Суд је гарант законитости донете одлуке и остварења захтева правичности.

Странке својом диспозицијом креирају њену садржину.

Јелена Боровац,
судија Врховног суда Србије

ОЦЕНА ДОКАЗА

Које ће чињенице узети као доказане одлучује суд по свом уверењу, на основу савесне и брижљиве оцене сваког доказа засебно и свих доказа заједно, као и на основу резултата целокупног поступка. (члан 8. ЗПП)

Када се говори о оцени доказа прво на шта се помисли је да је то део образложења писменог отправка пресуде. Међутим, оценом доказа се фактички суд бави почев од првог изведеног доказа у поступку јер већ тада судија у себи процењује његову веродостојност и захваљујући тој процени судија поставља даља питања сведоку или странци или вештаку и одлучује о томе да ли је испитивање постало довољно или је излишно. Оцена доказа се наставља након сваког даљег изведеног доказа све до краја доказног поступка. На основу те прелиминарне оцене судија или веће одлучује које ће доказе још извести, а чије ће извођење одбити. Оцена доказа у усменом облику долази до изражаја приликом већања и гласања односно приликом доношења пресуде од стране судије појединца. Пуни значај оцена доказа добија у писменом отправку пресуде када судија мора својим речима да изложи разлоге свог објективног убеђења да су утврђене чињенице тачне у највећем степену вероватноће и да наведе разлоге зашто је неком доказу поклонио веру док неком другом није.

Да је наслов и неки други као што је "Изрека пресуде" или "Образложење пресуде" или још детаљнији део образложења пресуде сваки би реферат могао да започне истим речима да се ради о најзначајнијем делу пресуде којем судија мора да посвети посебну пажњу. То нам говори да је израда писменог отправка пресуде коју је судија или веће донело након извођења бројних доказа, а понекад и након протека бројних година веома

деликатан посао. Судије немају исти афинитет према свим стадијумима поступка. Некима је драже да воде поступак и то са успехом раде, а потом израде пресуду да би се могло помислити да нису уложили довољан труд. Насупрот овима, они други који имају афинитет према писању, добром пресудом надокнаде пропусте учињене током поступка. Међутим, пресуда је та која излази у јавност, коју читају странке и пуномоћници, коју приправници користе за угледне примерке, коју читају наше колеге било у истом суду када им се на увид достави предмет, било у вишим судовима када одлучују о правним лековима. Понекад је читају и трећа незаинтересована лица из разних побуда па чак и знатижеље. Правна наука се бави проучавањем пресуда. Пресуда живи свој живот и онда када је предмет у архиви. Зато судија док пише пресуду не треба да изгуби из вида ту чињеницу као ни могућност да ће се са том пресудом можда поново срести после много година. Тада се понекад судија пита да ли је могуће да је то његово дело. Понекад се сам себи диви на стрпљењу и умећу, а понекад се и постиди када прочита након временске дистанце оно што је у журби, под теретом посла, а понекад и немарности написао и потписао.

Закон о парничном поступку[1] је у ставу првом члана 342 прописао да писмено израђена пресуда мора да садржи увод, изреку и образложења. У ставу 4 је прописано да ће у образложењу пресуде суд изложити: захтеве странака и њихове наводе о чињеницама на којима се ти захтеви заснивају, *доказе*, као и прописе на којима је суд засновао пресуду, ако законом није другачије одређено. Из изложеног текста произилази да закон експлицитно не прописује да образложење мора да садржи чињенично стање као ни оцену доказа. Та обавеза произилази из чињенице да образложење мора да садржи *доказе* који у себи конзумирају и једно и друго. А то произилази и из члана 361 став 2 тачка 12 ЗПП којим је прописано да пресуда мора да има разлоге, да се морају навести разлози о битним чињеницама, да разлози морају бити јасни и непротивуречни јер о битним чињеницама не сме да постоји противуречност између онога што се у разлозима пресуде наводи о садржини исправа, записника о исказима датим у поступку и самих тих исправа или записника или изведеним доказима. Уколко то није случај постоји битна повреда одредаба поступка.

[1] Закон о парничном поступку ("Сл. гласник Републике Србије" бр. 125/04). У даљем тексту ЗПП.

Осим законског текста и судска пракса је заслужна што се пресуде пишу на начин на који се то чини што се тиче редоследа излагања и стила и дужине текста.

Начело слободне оцене доказа

Ово начело је конкретизовано кроз читав низ законских правила. Суд слободно одлучује које ће доказе и којим редом изводити након што саслуша и размотри предлоге странака. Суд по свом уверењу одлучује које ће чињенице узети као доказане и од тог тренутка треба да одбије доказне предлоге странака који се тичу доказивања чињеница о којима је суд закључио да су већ расправљене. Тиме се спречава да се изводе сувишни докази који неће допринети да се чињенично стање употпуни, али ће утицати на исцрпљивање учесника поступка и свакако на његову дуготрајност. Дужност је суда да у образложењу пресуде изложи све изведене доказе и да се изјасни зашто је неку чињеницу узео као веродостојну. Пресуда се може побијати када у образложењу нема разлога о истинитости правно релевантних чињеница што доводи у питање правилност утврђеног чињеничног стања што је законски разлог за изјављивање жалбе.

Слободна оцена доказа је метода којом се суд служи ради утврђења веродостојности појединих доказних средстава и њихове доказне снаге помоћу уверења судије. Али то не значи да је суд у оцени доказа апсолутно слободан. Постоје извесна правила која су Законом прописана. Прво, не доказују се чињенице које су признате. Друго, сматрају се истинитим (доказаним) и чињенице чије постојање Закон претпоставља (јавна исправа доказује истинитост онога што се у њој потврђује) с тим што Закон дозвољава доказивање да ове чињенице не постоје или да је исправа неправилно састављена. Треће, не треба доказивати опште познате чињенице (ноторне) па их суд приликом оцене доказа узима за доказане. Четврто, суд је везан за правноснажну пресуду кривичног суда у погледу постојања кривичног дела и кривичне одговорности учиниоца којим се оглашава кривим (члан 13). Пето, суд је везан и за претходно питање које је решено у другом поступку од стране надлежног органа или суда.

Однос начела слободне оцене доказа и других начела парничног поступка

Начело утврђивања истине (члан 7 ЗПП)

У Закону о парничном поступку - формулисан је **принцип утврђивања истине** за разлику од ранијег начела **материјалне (објективне) истине.** Ово начело је налагало дужност суду да потпуно и истинито утврди спорне чињенице. У правном животу је редован случај да странка оспорава постојање једне или више чињеница које противна страна износи. Да би суд у таквом случају дошао до чињеничне подлоге суд је дужан да испита да ли је тврдња странке која оспорену чињеницу износи, истинита. Та тежња суда да дође до стварног стања, чинила је суштину начела материјалне истине. Пракса је довела до тога да се од првостепеног суда тражило да по сваку цену утврди истинито и потпуно чињенично стање мада су се странке у поступку изјасниле да немају даљих доказних предлога. Значи да су више судске инстанце у тим ситуацијама давале примат истражном начелу над начелом диспозиције.

Начело утврђивања истине налаже суду да утврди тачно и правилно чињенице које су од значаја за примену законских норми да би његова одлука била законита, правилна и правична. Странке износе стање ствари и своје виђење у конкретној парници. Оне то често чине на начин како то њима погодује јер је свакој од њих крајњи циљ успех у парници. Циљ суда је да на основу изведених доказа утврди оно што се стварно догодило, да обезбеди подударност између стварног животног догађаја и чињеница које је утврдио јер ће на тако утврђене чињенице применити материјално право и донети одлуку о основаности тужбеног захтева. Значи да ће оно што суд изрекне у пресуди за сранке у будуће важити као истинито. Ово је значајан разлог због кога утврђене чињенице морају бити потпуно и тиме правилно утврђене.

У формирању процесне грађе суд пре свега полази од чињеничних навода тужбе и одговора на тужбу. Оно што у том тренутку није спорно суд ће узети као истинито, а посветиће се спорним релевантним чињеницама. Значи да се дужност суда своди на утврђење истине у границама онога што је међу странкама спорно. То се постиже формирањем свог суда о истинитости односно неистинитости једног тврђења. Како се тврђења међусобно искључују суд изводи доказе које оцени да ће допринети ра-

светљавању стварног животног догађаја или односа странака у парници које су предмет расправљања.

Начело утврђивања чињеница је конкретизовано[2] кроз правило о дужности странака да изнесу процесни материјал, да се потпуно изјасне о свим чињеницама које су од значаја за решење спора, кроз дужност странака да говоре истину, кроз обавезни одговор на тужбу, кроз обавезу суда да се стара да се стање ствари утврди правилно, кроз одсуство обавезе суда да се везује за диспозитивне парничне радње којима се прекорачују границе слободе располагања, кроз могућност суда да нареди да се странка информативно саслуша, кроз обавезу суда на активну улогу, кроз обавезу суда да образложи одлуку, кроз право странке да изјави правни лек и оспори правилност утврђеног чињеничног стања, кроз право странке да виши суд испита правилност закључка суда о правно релавантним чињеницама итд.

Начело диспозиције

То је основно процесно начело које се испољава покретањем поступка, одржавањем поступка у току, располагањем процесним материјалом и располагањем предметом парнице. Ово начело је претрпело значајне промене новим ЗПП-ом јер су сужена процесна овлашћења суда. Суд самоиницијативно прикупља грађу уколико оцени да се ради о недозвољеном располагању странака (члан 3 став 3). Изузетак су породични спорови у којима истражно начело има и даље примат над начелом диспозиције. Мада странке износе стање ствари и предлажу доказе, суд и даље има суверену улогу да одлучи које ће доказе извести. Осим тога законодавац је чланом 299 обавезао суд на активност и прописао у чему се та активност конкретно састоји.

Оно што је заједничко и за начело материјалне истине и за начело утврђивања истине је то да утврђена истина у парничном поступку нема много заједничког са истином у филозофском смислу "да је истина једна јединствена". У судском поступку у коме је чињенично стање утврђено претежно на основу исказа сведока и странака говоримо о највећем степену вероватноће. Ово стога што нема савршених чула опажања, а најсигурније сазнање постиже се непосредним опажањем. Нема ни савршеног уочавања детаља и њиховог

[2] Детаљније: Станковић, Г - Петрушић, Н. - Новине у парничном процесном праву, Удружење за грађанско и арбитражно право, Ниш, 2005.

памћења нити има савршене способности репродуковања виђеног и доживљеног. Неподударност утврђеног чињеничног стања и стварности може бити узрокована самим понашањем странака које намерно или непажњом пропусте да изнесу чињенице и да понуде доказе, а собзиром на то да се због начела диспозиције странака суд креће у оквиру предложених доказа, чињенице могу остати недовољно утврђене. Узрок може бити и у самом суду из разлога што судија није био довољно активан и није поступао како то налаже члан 299 ЗПП[3], а може се догодити да судија превиди неку изјаву или не посвети довољну пажњу некој тврдњи странке или је одбио да изведе неки значајан доказ оцењујући да је сувишан. Грешке наравно настају и због погрешне оцене доказа без обзира што су они били правилно изведени и судија је узео у обзир све релевантне чињенице. Понекад се дешава у пракси да судија и поред савесног поступања у поступку и након изведених свих доказа који су му стајали на располагању због природе односа станака или противуречних тврдњи које су једнако уверљиве и логичне, не може да дође до одређеног убеђења о тачности тврдњи. Судија сумња како у тужиочеву тврдњу да му је неко право повређено и у одбрану туженог. Чињенице у таквом случају остају недоказане, а последица за тужиоца је иста као и да је суд закључио да су му тврдње неистините јер његов тужбени захтев у таквом случају мора бити одбијен.[4]

Методологија израде дела образложења пресуде који се тиче оцене доказа

Оцена доказа у образложењу пресуде састоји се из три сегмента: 1) навођења који су докази у току поступка изведени, 2) навођења које чињенице су из ког доказа утврђене и 3) навођења разлога из којих су неки докази прихваћени као веродостојни у целости или делимично док други нису.

У даљем тексту биће посебно обрађен сваки од наведених сегмената.

---

[3] Чланом 299 ЗПП је прописано да ће се суд постављањем питања и на други целисходан начин старати да се у току расправе изнесу све битне чињенице, да се допуне непотпуни наводи странака о важним чињеницама, да се означе или допуне доказна средства која се односе на наводе странака, и уопште, да се пруже сва разјашњења потребна да би се утврдило чињенично стање важно за одлуку.

[4] Ако суд на основу изведених доказа (члан 8) не може са сигурношћу да утврди неку чињеницу, о постојању чињенице закључиће применом правила о терету доказивања (члан 223. став 1 ЗПП)

1) навођење који су докази у току поступка изведени

У пракси се наилази на предмете у којима се у записнику обично на последњем рочишту за главну расправу доноси решење којим се констатује да је суд "извео доказ читањем целокупног списа предмета" или да је суд "прочитао све писмене доказе који су прикључени спису" иако фактички то није учинио. Потом у образложењу пресуде судија у посебном ставу таксативно наведе све писмене доказе који се у спису налазе. По неким мишљењима ово поступање је дозвољено и законито. Такође се наилази на предмете у којима се у записнику на последњем рочишту за главну расправу доноси решење о извођењу доказа читањем писмене документације па се таксативно наводе сви писмени докази који су прочитани, а потом се у образложењу пресуде наведе "да је суд извео доказе читањем писмена прикључених спису" или "да је суд извео све потребне доказе" са доданим речима да је све доказе оценио у складу са чланом 8. ЗПП и на основу такве оцене утврдио чињенично стање. И овакво поступање такође има својих присталица. И треће поступање које се чини најправилније је оно у коме суд и у решењу на записнику са рочишта за главну расправу и у образложењу пресуде у посебном ставу таксативно наводи које је писмене доказе прочитао. Ова обавеза суда произилази из члана 118. став 2 и члана 342. став 4 ЗПП. Поред законске обавезе овакво поступање има вредност у томе што начело непосредности и контрадикторности обавезују суд да се на рочишту прочитају докази који се у спису налазе јер је то и међусобна контрола странака и странака у односу на суд о томе да ли им је суд доставио све доказе које је супротна странка доставила у току поступка. Тиме се не оставља могућност да се у жалбеном поступку таква питања појављују као спорна. Што се тиче пресуде, сви они који имају потребу да је прочитају (а нису нити су били у прилици да присуствују рочишту на којем су докази извођени) из пресуде сазнају које је све доказе суд извео у току поступка, а и на којима од њих се темељи утврђено чињенично стање. Последње решење не би требало да изискује напор при изради писменог отправка пресуде због техничких могућности рачунара који су у примени скоро у свим нашим судовима.

Редослед навођења изведених доказа је следећи: прво се наводе прочитани докази - писмена (јавне и нејавне исправе) са бројем, датумом и означењем издаваоца, потом докази у које је суд извршио увид, увиђај са навођењем датума и места увиђаја, имена и презимена саслушаних све-

дока, имена и презимена вештака и на крају странака. Уколико је прочитан записник са исказом странке која је раније саслушана и чије поновно саслушање није било могуће, навешће се датум тог записника и име и презиме странке чији је исказ прочитан. На крају се наводи између којих лица је извршено суочење.

Овде треба напоменути да се погрешно користи термин: "суд је извршио увид" у неко решење, потврду, одлуку неког органа и слично. Увид се врши у фотографију, скицу или у мапу, а решење, потврда или одлука се могу само прочитати, док се телесни предмети разгледају. Потребу прецизног изражавања нема потребе образлагати.

2) навођење које чињенице су из ког доказа утврђене

Зависно од стила писања образложења пресуде у пракси се наилази на пресуде у којима се након чињеничног стања у посебном ставу наведе које чињенице су из ког доказа утврђене. Нису ретке ни оне у којима се чињенично стање подели на више сегмената и након сваког се наведе из којих доказа су те чињенице утврђене. Било да се користи један или други стил потребно је да се то учини концизно и да се доказна средства сортирају да би се избегло понављање.

3) навођење разлога из којих су неки докази прихваћени као веродостојни у целости или делимично док други нису

Суштински посматрано, овај део образложења је онај за који би се могло рећи да је најосетљивији. Овде суд треба да да свој суд о сваком доказном средству који је извео у току поступка као и да наведе оне предлоге које је одбио уколико није поступио у складу са чланом 293. став 2 ЗПП (није предлог одбио решењем са образложењем на самом рочишту). У Закону су као доказна средства наведени увиђај, исправе, сведоци, вештаци и странке. С обзиром на то да свако доказно средство има своје специфичности у даљем тексту је дат приказ сваког од њих посебно.

Појам и оцена доказа појединих доказних средстава [5]

Увиђај је непосредно чулно опажање суда о својствима или стањима ствари или лица. Према Закону, суд ово доказно средство изводи кад је његово непосредно чулно опажање потребно за утврђење неке чињенице или за разјашњење неке околности. Уколико је суду потребна стручна помоћ у увиђају суделује и вештак који суду даје стручна разјашњења.

У образложењу пресуде судија не изводи оцену овог доказа. Сувишно је и неприкладно да се судија изјашњава о веродостојности доказа који је на основу сопствених чула извео. Међутим, потребно је да се у образложењу наведе које је чињенице суд утврдио увиђајем. Дешава се у пракси да се пропусти да се то у пресуди наведе.

Исправа се у науци сматра телесним предметом на коме је писаним знацима изражена једна мисао, док је Закон не дефинише. Закон прави разлику између јавне и друге (нејавне) исправе, а подела је извршена према издаваоцу. Јавне исправе су оне које је у прописаном облику издао државни орган у границама своје надлежности. Јавна исправа доказује истинитост онога што се њоме потврђује или одређује и стога се суд не упушта у оцену њене доказне снаге и овде се одступа од начела слободне оцене доказа. То је стога што би се у супротном доводио у питање значај и ауторитет државног органа који је исправу издао. Са друге стране то не значи да провера истинитости исправе не може бити предмет оцене будући да је дозвољено доказивати да чињенице наведене у исправи нису истините или да је она неправилно састављена. Не може се по сваку цену признати доказна снага писменој исправи и поред исказа сведока који доводе у сумњу садржину те исправе и доказну вредност чињеница коју она потврђује. У пракси се приликом оцене доказа јавних исправа најчешће наилази на формулацију: "парничне странке нису приговориле јавним исправама па суд није имао

[5] Познић, Б.-Ракић - Водинелић, В. - Грађанско процесно право, Савремена администрација,1999.
Ралчић, Т - Танасковић, В. - Коментар Закона о парничном поступку, НИРО "Књижевне новине",1980.
Гајинов, М. - Методологија израде пресуде у парничном поступку, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, 2000.
Станишић, - В. Припремање главне расправе и оцена доказа, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, 1996.

разлога за сумњу у њихову веродостојност те их је без резерве прихватио." Нејавна исправа потиче од појединца или од државног органа, установе коју издаје ван делокруга својих јавних овлашћења. Суд не оцењује доказну снагу нејавне исправе којом се доказује изјава воље дата самом том исправом. Уколико издавалац не оспорава аутентичност нејавне исправе суд из такве исправе утврђује чињеницу њеног постојања. Нејавна исправа је предмет слободне оцене доказа. У пракси су то најчешће признанице о дугу које суд слободно оцењује и на основу садржине може да утврди читав низ чињеница као што су датум сачињења, да је издавалац поверилац или дужник, да је потпис издаваоца аутентичан итд., а да спорна чињеница да ли је дуг исплаћен буде предмет доказивања другим доказним средствима која се цене и у односу на садржину признанице о дугу.

Сведок је лице које суду даје исказ о свом опажању неке чињенице која се догодила у прошлости и о којој он има непосредна сазнања. Сведок може сведочити и о ономе што је чуо од других о неком догађају или чињеници што је понекад у недостатку непосредних сведока и једини доказ који се суду нуди. Сведок не треба да даје своја мишљења и закључке мада се у пракси то често догађа па суд има понекада мукотрпан задатак да то раздвоји и сачува доказну снагу таквог исказа. Приликом узимања исказа од сведока суд мора да испољи способност да прилагоди постављена питања образовању и култури сведока те да успостави комуникацију тог нивоа који ће довести до тога да сведок одговори на питања и изнесе хронологију догађаја који је предмет исказа, али да да и додатне информације о личним својствима, о околностима у којима се догађај одиграо јер ће то касније послужити судији приликом оцене сведоковог исказа. Стога је корисно да се извесна понашања сведока опишу у записник са рочишта. На пример, да је сведок опомињан да не гледа у странку која га је предложила за сведока у циљу добијања инструкција погледом или да се сведок узбудио због постављања извесних питања, да је избегавао директан одговор и слично. Познато је да су сведоци најчешће доказно средство у парничном поступку, а са друге стране и да су најнепоузданије доказно средство. То се догађа због тога што људи уопштено имају веома различит ниво опажања јер сходно сопственом интересовању запажају различите детаље ствари и догађаја. Зато се често у судници чује да сведок каже да би се био потрудио да нешто запамти да је знао да ће га за то неко питати. Сећање је селективно и зато не треба а приори посумњати у исказ сведока из разлога што се сведок неких детаља сећа врло детаљно, а других скоро никако. Често се у таквој ситуацији изводи закључ-

чак да је сведок био инструисан. То наравно може бити случај и зато је потребан судијин напор да утврди зашто је то тако. Многи људи немају оријентацију у времену или простру и не могу да процене колико је у природи 100 метара или шта се све може одиграти у трајању од 5 минута. Зато код таквих особа не треба на томе инсистирати да се не би догодило да сведок изјави било шта само да би задовољио судију или прекинуо инсистирање. А онда се догоди да се на бази такве изјаве формира чињенично стање са већ на први поглед нетачним подацима, као што је био случај у једној пресуди чији је предмет била накнада штете због повреде на раду. У чињеничном стању те пресуде је наведено да је машина млела прст раднику читавих 5 минута. Жалилац је у жалби поставио питање да ли суд зна, ако сведок не зна шта би у животу значило да радник стоји поред машине 5 минута док му иста меље прст. Неки сведоци једноставно не умеју да испричају чему су присусвовали због оскудног речника и потпуне одсутности нараторских способности иако имају вољу да исказ дају и помогну суду и странкама. Ту судија мора да употреби ванредно стрпљење, а корисно је да у пресуди наведе да описана особина сведока није довела у сумњу веродостојност исказа јер се тиме може предупредити жалба на оцену доказа у том делу.

Из свега изнетог следи да је на судији тежак задатак да у образложење пресуде преточи личне утиске и утиске већа, уколико је суђење било зборно, и да то све учини концизно како се пресуда не би превише оптеретила. Од судије се тражи да наведе уверење о свакој утврђеној чињеници без обзира на то колико је доказа извео да би само једну чињеницу утврдио. На пример да би утврдио чињеницу да дуг није плаћен саслушао је и десетак сведока. Препоручује се да се сведоци сортирају по позитивним или негативним тврдњама релевантних за утврђено чињенично стање, а никако по томе ко је сведоке предложио, а то се и надаље догађа па се у пресудама наилази на описе као што су "сведоци тужбе" или "сведоци одбране" и слично. Није потребно да се исказ сваког појединачног сведока оцењује уколико има више очевидаца истог догађаја и искази се у битном подударају. Тада се сви сведоци који су имала иста сазнања могу побројати именом и презименом и искази оценити једновремено. На тај начин се избегава понављање истих термина као што су да је исказ сведока јасан, непристрасан, логично повезан, дат на основу непосредног опажања итд. Листа термина коју судија има на располагању није неограничена па се стога чини неприхватљивим мишљење да се ради о пуким фра-

зама које суд користи. Да би се таква критика избегла судија мора да има меру и да у пресуди ненаметљиво употреби са те замишљене листе термина једне за неке доказе, друге за неке друге итд.

Често се у пракси наилази да суд, након оцене доказа, поверује једном броју сведока и закључи да се догађај одиграо на известан начин, а да другим сведоцима није поверовао. Уместо да се у образложењу пресуде наведу конкретни разлози из којих тим исказима суд није поклонио веру, даје се образложење да овим другим сведоцима суд није поверовао зато што је њихов исказ у супротности са исказима оне прве групе сведока или зато што су њихови искази у супротности са утврђеним чињеничним стањем. Оваква оцена доказа која није правилна и потпуна је разлог да се по жалби једне странке, пресуда од стране другостепеног суда укине уколико другостепени суд посумња у истинитост чињеница на којима је заснована првостепена пресуда због оцене доказа.

Уколико је сведок био више пута саслушан било у конкретној парници било у поступку код судије за прекршаје или у кривичном посупку па судија уочи одступања у исказима, судија мора да сведоку још током испитивања предочи та одступања и да га позове да објасни откуда разлике у његовом исказу. Приликом оцене исказа таквог сведока у образложењу се мора навести да је сведок исказ мењао, на који је начин то објаснио и зашто је суд поверовао на пример првом или другом исказу или ни једном од њих. Измена исказа не значи да ни један није тачан, а да би се избегао жалбени разлог незадовољне стране, судија се овде мора потрудити јер се учињени недостаци врло једноставно могу искористити у жалби.

Постоје ситуације да искази појединих сведока нису употребљиви при формирању чињеничног стања било зато што сведок није имао сазнања о догађају који је у питању било зато што је исказ до те мере неодређен да се не може употребити. Приликом оцене доказа ови се сведоци често занемарују па се њихови искази једноставно мимоиђу, што није правилно, а користе се и погрешни изрази као што је: "суд исказ није ценио јер сведок није имао сазнања о догађају". Из саме формулације произилази да је суд исказ ценио и да је онда дошао до закључка да сведок није имао сазнања о догађају, а што је једноставним речима могао да каже у образложењу. Такође није ретко коришћење погрешног израза "да је суд исказ таквог сведока одбацио". Исказа има употребљивих и оних других, али се сваки мора ценити и извести закључ-

чак о његовој веродостојности у целости или делимично, а то се јасно мора и рећи у пресуди коришћењем тачних формулација.

У парницама у којима је саслушан велики број сведока постоји опасност да се приликом оцене доказа не оцени исказ неког сведока. Довољно је да то буде један једини уколико се његов исказ супротставља утврђеном чињеничном стању да се да повод основаној жалби о почињеној битној повреди поступка.

Примећује се да се након понављања имена и презимена истог сведока испусти име или презиме па се у пресуди користи само име или само презиме што ствара утисак фамилијарности суда са сведоком, а што ће парнична странка која је изгубила спор критички оценити. Није примерено ословљавање сведокиње са на пример гђ. Павловић, као што није примерено ни са Павловићка. Такође није примерено коришћење неадекватних израза и није дозвољено у пресуди написати да је сведок лагао јер постоји погоднији израз као што је да исказ није уверљив, да није поткрепљен другим изведеним доказима, да је исказ остао усамљен и слично. Без обзира какав је утисак сведок оставио на суд, суд је дужан да у пресуди очува достојанство сваког од њих.

Сродност сведока са странком се мора ценити приликом оцене исказа, али не треба имати предрасуде о томе да је сродан сведок увек заинтересован за исход спора и да је тиме спреман да говори пред судом неистину. Исказ сродног сведока се мора оценити са свих аспеката, а нарочито да ли је подударан са исказима несродних сведока и другим изведеним доказима. Сродност је само једно од својстава сведока и стога исказ сродног сведока нема мању вредност од исказа несродног само због те околности, али се у образложењу мора навести да је исказ цењен и са тог аспекта. Уколико се у пресуди само наведе да је сведок пристрасан јер је у пријатељским односима са странком, а не образложи како је то уверење стечено и које чињенице у исказу тог сведока нису тачне па их суд није могао прихватити, таква оцена исказа сведока није правилна.

Вештак својим стручним знањем из области науке, медицине, привреде, уметности, занатства и других знања, а са којим суд не располаже, помаже код утврђења или разјашњења неке чињенице. Неопходно је да се наведе специјалност вештака како у решењу којим се одређује извођење тог доказа, тако и у решењу којим се вештаку поставља задатак ве-

штачења, а потом и у образложењу пресуде. Мада није дозвољено да се вештак изјашњава о правним питањима и даље се наилази у пракси да се то чини и да се налаже вештаку саобраћајне струке да утврди однос подељене одговорности учесника саобраћајне незгоде уместо да се вештаку да у задатак да изврши просторно временску анализу саобраћајне незгоде, на основу које ће суд извести закључак о одговорности сваког учесника саобраћајне незгоде јер се ради о домену правног питања.

Суд слободно цени налаз и мишљење вештака као и сваки други доказ. Међутим поставља се основано питање како судија који нема та знања због којих је вештак ангжован може да оцени његов налаз. Закон је то решио на начин да се оцени доказа подвргава и налаз вештака јер би у супротном његов налаз имао значај јавне исправе која се не оцењује што не би било допуштено. У пракси се најчешће догађа да суд налаз вештака прихвата, поготово онда када ни странке нису имале примедбе и тада се у образложењу и наводе те констатације као што је "да суд није имао разлога за сумњу у веродостојност и стручност вештака". Уколико је било примедби на налаз, судија се мора у пресуди позабавити и објашњењем колико је успешно вештак одговорио на примедбе и да ли је на суд оставио уверење да је свој налаз и мишљење одбранио. Уколико у налазу има више варијанти у образложењу се мора навести разлог зашто је нека од понуђених варијанти прихваћена, а друге нису јер изостављањем ових разлога, оцена доказа није обављена.

Суд одређује више вештака са истим задатком када сложеност предмета то захтева. Уколико се вештаци слажу у налазу и мишљењу они по правилу дају заједнички налаз и мишљење. Уколико то није случај тада сваки вештак образлаже свој налаз и мишљење. Уколико се налази слажу, али вештаци имају различито мишљење суд није у обавези да вештачење понови јер се налаз свих вештака слаже о спорној правној релевантној чињеници. Како је сваки вештак своје мишљење градио на истом налазу и исто образложио објашњавајући методе односно правила науке или вештине који су га навели на известан закључак, суд је у стању да сам оцени по правилима логике да ли су ова мишљења (закључци) правилна или не. Будући да суд и није везан мишљењем вештака, а у налазу се вештаци слажу, суд ће донети одлуку након критичке оцене заједничког налаза и у складу са целокупним резултатима доказног поступка. Овде треба истаћи да суд није везан ни налазом вештака пошто је овлашћен да оцени и ту одлучну чињеницу али је вештака позвао у помоћ због струке. То ће

се догодити онда када други изведени докази и њихова анализа упуте суд на закључак да је заједнички налаз вештака био погрешан. Међутим, уколико се налази вештака битно разилазе, а разлике се нису могле отклонити саслушањем вештака, обновиће вештачење тако што ће га поверити истим вештацима или ће одредити друге вештаке.

Уколико је било више од једног вештачења у пресуди се мора оценити сваки од њих. Цени се чињеница да ли су вештаци налазе и мишљења усагласили што олакшава оцену доказа. Уколико усаглашења нема, а ни даљих доказа који би ову ситуацију разрешили, судија односно веће се по правилу опредељује за један од налаза. У образложењу пресуде се морају навести разлози који су руководили суд да један налаз прихвати, а други не. Задатак судије је у овој другој варијанти тежи, али се мора испунити јер у супротном нема ваљане оцене овог доказа што отвара успешан пут за жалбу.

Странке - Суд саслушава по правилу обе странке. Ако на једној страни има више лица суд ће одлучити да ли ће саслушавати сва или само нека од њих. Уколико оцени да једна од странака нема сазнања о спорним чињеницама мимоићи ће њено саслушање. Исто ће поступити и у ситуацији када саслушање друге странке није могуће. Уколико странка одбије да се одазове позиву суда ради саслушања суд ће мимоићи њено саслушање, али не као казнену меру у немогућности да јој изрекне другу казну или нареди принудно довођење. Из чињенице што странка ускраћује исказ без оправданог разлога, суд може, али не мора да закључи да би њен исказ ишао на њену штету.

Саслушање странке као доказно средство треба разликовати од других изјава и навода странака датих у току поступка. Нарочито треба правити разлику између саслушања странке и примене члана 84. став 4 ЗПП (позив странци да се изјасни о чињеницама које треба у парници разјаснити тзв. информативно саслушање). Такве изјаве суд неће оцењивати као њен исказ. Зато што кад спорне чињенице суд није утврдио из исказа странке већ из њеног информативног саслушања, чини битну повреду поступка из чана 361. став 2. тачка 12 у вези члана 7, 8 и 84. став 4. ЗПП. Међутим, уколико дође до разлике у наводима у тужби или одговору на тужбу и оних датих током информативног саслушања или уколико странка својим исказом (датим у својству странке) оповргне чињенице које је раније лично или преко пуномоћника учинила неспорним, суд се у образложењу мора са посебном пажњом позабавити таквим понашањем и ценити га и потом навести разлоге који су га ру-

ководили да се определи да исказ делимично или у целости прихвати као веродостојан односно не прихвати га.

Као и сваки други изведени доказ у поступку и исказ странке се цени како појединачно тако и у међусобној повезаности са свим другим доказима. Приликом навођења разлога у образложењу треба избегавати формулацију да исказ једне станке није веродостојан јер је странка заинтересована за исход парнице будући да је друга у истој мери заинтересована за исход, а суд је тај други исказ прихватио. Уопштено говорећи саслушање странке нема нарочиту доказну вредност због заинтеросаваности која свакако утиче на веродостојност исказа.

Због супротстављених исказа о спорним чињеницама суд је често принуђен да изведе доказ суочењем странака. Уколко се тај доказ изводи потребно је у записнику са рочишта за главну расправу цитирати њихов краћи дијалог о оним чињеницама о којима се њихови искази највише разликују. Није довољно у записнику само констатовати да свака странка остаје код свог исказа. Иза такве констатације крије се чињеница да овај доказ ни није правилно изведен. Корисно је у зписнику кратко описати понашања странака током суочења без обзира да ли се ради о изразитом узбуђењу или хладнокрвности или неком покрету тела, спуштању главе или погледа. Ти кратки описи спољних манифестација олакшавају каснији задатак да се оцени овај доказ јер се тиме поткрепљују разлози које је судија изнео као кључне због којих је једној странци поверовао да говори истину, а другој је поверење ускратио. Ово важи и код суочења сведока и суочења странака и сведока. Чини се да вештина која се тражи од судије приликом извођења и оцене свих доказа, а тичу се поседовања знања из психологије, примене правила логике и животног искуства, највише долазе до изражаја управо код извођења и оцене доказа суочењем.

Уколико је суд применио члан 263 став 3 ЗПП и прочитао је записник са исказом странке која је у току поступка умрла или њено поновно саслушање није могуће из других разлога то ће обавезно у образложењу навести, али ће оцену исказа извести као да је странку непосредно саслушао.

Суд је испунио задатак само онда када пресуда садржи сва три описана сегмента оцене доказа јер је само таква оцена потпуна и ваљана. Нажалост, велики је број пресуда које то не садрже. Тако се у пракси често срећу веома опширне пресуде и то из разлога што се преноси из записника са рочи-

шта за главну расправу све што је сведок или странка изјавила. Тако сваки нови став тог дела образложења почиње речима: "Из исказа сведока М.Д. суд је утврдио...." И онда следи исказ у целости, па исказ следећег сведока и тако редом. Дешава се чак да се преслика текст из самог записника па се исказ појављује и у првом лицу једнине. Понекад судија изврши делимичне корекције па се могу срести и примери где се користи и прво и треће лице једнине. То свакако одаје не само чињеницу да је некритички коришћена техника рачунара већ и чињеницу да судија на крају, пресуду није прочитао и исправио је. Осим тога код оваквог стила писања уобичајено нема издвојеног чињеничног стања што ствара конфузију тамо где су искази сведока или странака противуречни или тамо где су искази у неком делу подударни са осталим изведеним доказима, а у неком делу усамљени. С обзиром на коришћену формулацију која је напред цитирана остаје нејасно шта је то суд из таквог исказа уопште утврдио. По правилу у таквим пресудама се не наилази на образлагање уверења које је суд стекао о веродостојности исказа и других изведених доказа. Према томе и ту се ради само о преношењу свега онога што се током поступка одигравало без критичке анализе сваког појединог доказа засебно и свих доказа заједно на основу које би се извео закључак да је једна или више чињеница истинита.

Признате и неспорне чињенице се не доказују осим уколико странке тиме располажу захтевом којим се не може располагати (члан 3. став 3).

Признати се може само чињеница која је неповољна за странку која је признаје. Односно, признати се може само чињеница за коју терет доказивања лежи на противној страни. Признање чињенице се даје било у поднеску било на расправи чиме се штеди време и напор извођења доказа. Међутим, дејство признања није неотклоњиво јер странка касније може оспорити чињеницу коју је признала. Признате чињенице судија у образложењу пресуде неће оцењивати, али зато хоће понашање странке која је признање повукла. Суд ће тада посебно оценити од каквог је значаја то што је странка прво признала чињеницу, а потом је оспорила. Суд тада истражује да ли је то странка учинила из незнања, смушености, да ли је била саветована од свог пуномоћника или се ради о револту према супротној странци која несавесно поступа или о очигледној намери те странке која је признање чињенице повукла зато што је оценила да спор губи или се ради о неразумевању суда шта је био прави значај изјаве којом се чињеница признала.

Неспорне чињенице су оне о којима су странке дале изричиту изјаву да нису спорне. Странке то могу учинити у писменом поднеску или на записнику. У сваком случају препоручује се да се још у фази припремања главне расправе, на припремном рочишту учини јасним које су чињенице међу странкама неспорне како би се поступак сконцентрисао на расветљавање спорних чињеница. Неспорне чињенице се узимају као такве и у образложењу пресуде ће се побројати чињенице које су странке учиниле неспорним и наравно неће се подвргавати оцени доказа осим уколико касније нису оспорене, при чему важе иста правила као и у случају када странка повуче изјаву о признању неке чињенице.

Међутим, примећује се да се у неким пресудама невешто користи термин "неспорно". Тако у ситуацији када судија жели да нагласи да је у поступку суд расветлио неку спорну чињеницу у образложењу наведе (чак и више пута) да није спорно да се догађај одиграо на начин како је то у чињеничном стању приказано. Међутим, испостави се да је нека од странака у току целог поступка баш ту чињеницу оспоравала па то наставља и у жалби. Очигледно је да се ради о коришћењу неадекватног термина. Судија аргументима треба да одбрани пресуду коју је донео. Наиме, да ли је нека чињеница неспорна тиче се само односа међу странкама, а не и односа суда према некој чињеници коју је утврђивао у поступку. Како би се избегле сумње, овај израз треба користити само тамо где му је место.

Оцена доказа од стране другостепеног суда

Другостепени суд не може да изврши другачију оцену изведених доказа (исказа сведока и странака) осим у случају када сам одржи главну расправу (члан 369. став 2 и 3). И за време примене савезног Закона о парничном поступку[6] биле су бројне пресуде Врховног суда Србије којима су укидане пресуде другостепених судова којима су преиначене пресуде првостепених судова због битне повреде поступка почињених тиме што је без одржавања расправе, другостепени суд другачијом оценом доказа изменио чињенично стање. Инсистирање на примени начела суђења у разумном року (члан 10) не оправдавају овакве погрешке другостепених су-

[6] Закон о парничном поступку ("Службени лист СФРЈ", бр. 4 - 77.... и "Службени лист СРЈ", бр. 27-92.....и 3 – 02), престао да важи 23. фебруара 2005. године осим одредаба тридесет и прве главе (члан 468а – 487).

дова. Док се раније ретко када другостепени суд одлучивао да одржи главну расправу сада га став 3 наведеног члана на то обавезује у свакој ситуацији када су испуњени услови за укидање првостепене ресуде која је раније једном већ била укинута за време примене новог ЗПП. Према томе расправа пред другостепеним судом постаје реалност.

Другостепени суд је, међутим, овлашћен да изводи другачије чињеничне и правне закључке из оних чињеница које је утврдио првостепени суд и без одржавања расправе. У пракси се среће да другостепени суд под окриљем тог овлашћења у ствари измени чињенично стање без држања расправе. Врховни суд Србије такво поступање мора да санкционише укидањем другостепене пресуде[7].

Порука

Странка која је изгубила спор јер јој субјективно право није ни било повређено или зато што је повредила право супротне странке (а странке најбоље знају шта је истинито) мораће макар себи да призна ауторитет суда јер није успела да га бројним предложеним доказима и тврдњама завара. Странка која је оправдано успела у спору ће поред осећаја задовољства због оствареног успеха такође признати ауторитет суда који је у мноштву супротстављених чињеница утврдио оне праве. Једна по једна таква пресуда доприноси ауторитету како судије појединачно тако и целог правосуђа које је нажалост пољуљано. Ваљано образложена пресуда, са аргументима и разлозима који почивају на правилној оцени доказа ужива респект како оних који истину знају тако и оних који се из било ког разлога сусретну са њом. Бројним понашањем судија гради лични и заједнички ауторитет, а пресуда је само једно од тих средстава. Због значаја који има пресуда која је крајњи циљ сваког парничног поступка, она има највећи значај у том мукотрпном задатку који се сада налази пред правосуђем. Стога судија не сме да штеди труд приликом њене израде.

[7] Решење Врховног суда Србије, Рев 160-06 од 27.3.2007. године

Проф. др Гордана Станковић,
Универзитет у Нишу, Правни факултет

МЕЂУПРЕСУДА*

1. Међупресуда је посебна врста пресуде коју, према одредбама Закона о парничном поступку Републике Србије[1] парнични суд доноси у неколико различитих ситуација. Између ситуација у којима се у парничном поступку одлучује међупресудом постоје извесне разлике, тако да у српском парничном процесном праву фактички постоји неколико врста међупресуде с обзиром на услове, разлоге, циљеве и фазе поступка у којима се оне доносе. Та околност представља повод да се анализирају ситуације у којима суд одлучује међупресудом и укаже на разлике које постоје између појединих врста међупресуде.

2. Први тип међупресуде изричито је регулисан у одредби чл. 335. ЗПП.[2] То је она пресуда коју доноси првостепени парнични суд по службеној дужности и из разлога целисходности кад су у једној парници спорни основ и висина тужбеног захтева. Ако је тужени оспорио основаност тужбеног захтева тако што је оспорио и правни основ тужбеног захтева и висину износа

* 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, бр. 125/04

[2] Одредба из чл. 335. ЗПП о међупресуди идентична је са одредбом чл. 330. Закона о парничном поступку из 1976. г. одн. чл. 319. Закона о парничном поступку из 1956. г. Међупресуду је, по узору на аустријско процесно право, познавао и Законик о грађанском судском поступку Краљевине Југославије из 1929. г. О међупресуди у упоредном процесном праву детаљно: Познић, Б. – Међупресуда, Књига о грађанском судском поступку, Први том, Парнични поступак, Правни живот, 1989, стр. 181; Салма, М. – Међупресуда, Зборник "Право и културне разлике", Копаоничка школа природног права, Правни живот, 12/04, стр. 159.

тужбеног захтева, а у погледу основа је правна ствар сазрела за одлучивање, суд може, из разлога целисходности, да сам одлучи да донесе међупресуду и да њоме одлучи само о основу тужбеног захтева.[3] Пошто донесе међупресуду, суд ће застати са поступком док не истекне рок за изјављивање правног лека или док другостепени суд, уколико је изјављена жалба, не одлучи о правном леку. Тек кад међупресуда, којом је одлучено о постојању правног основа, постане правноснажна, првостепени суд, у наставку поступка, приступа утврђивању висине спорног износа тужиочевог захтева[4] и коначно одлучује о основаности тужиочевог тужбеног захтева. У даљем току поступка, пошто је правни основ тужбеног захтева неспоран, јер је његово постојање утврђено на ауторитативан начин правоснажном одлуком, суд извиђа чињенице које се односе на висину истакнутог захтева и, кад ствар сазри за одлучивање, доноси коначну пресуду.

3. Међупресуда из одредбе чл. 335. ЗПП је врста пресуде која се у првостепеном поступку, по правилу, може донети поводом кондемнаторне тужбе одн. противтужбе.[5] Поред тога, према опште прихваћеном мишљењу у домаћој процесној литератури, она се може донети и у појединим парницама[6] у којима је истакнут захтев за преиначење правне ситуације.[7] Парнични суд може донети међупресуду уколико утврди да постоји преображајно право одн. право на правну промену чије постојање представља услов да суд изрекне тражену правну промену одређене врсте.[8] И поред опште прихваћеног мишљења у домаћој процесној литератури, у

[3] Чл. 335. ЗПП.

[4] Несумњиво је да, иако се у законском тексту говори о износу, има места доношењу међупресуде и кад је у питању парница која за предмет има захтев за испоруку одређене количине заменљивих ствари.

[5] Пошто је противтужба, по својој правној природи, самостална тужба, сасвим је разумљиво што се међупресудом може одлучити и о противтужбеном захтеву који је истакнут у противтужби.

[6] Нпр. у парници у којој тужилац захтева смањење уговорне казне или раскид уговора због материјалних недостатака испоручене робе. У том смислу: Познић, Б. – op.cit, стр. 182.

[7] У том смислу: Познић, Б. – op.cit; Juhart, J. – Civilno procesno pravo FLR Jugoslavije, Ljubljana, 1961, стр. 426; Живановић, М. – Међупресуда, Бања Лука, 2002, стр. 20.

[8] О праву на правну промену: Станковић, Г. – Грађанско процесно право, прва свеска, Парнично процесно право, Ниш, 2007, стр. 65.

судској пракси се нешто ређе сусрећу међупресуде донесене у парницама у којима је истакнут захтев за преиначење правне ситуације. С друге стране, у пракси су забележени случајеви да је суд одлучивао међупресудом и у парницама у којима нема места доношењу међупресуде. Тако је, примера ради, суд у парници за утврђивање очинства одлучивао међупресудом, иако се у овим парницама не може одлучивати међупресудом,[9] или је доносио међупресуду у парници из радног односа у којој је тужилац тражио да се утврди да је донесено решење о престанку радног односа незаконито и захтевао да буде враћен на рад.[10]

Међупресуда се не може донети ако је тужени, у парници покренутој кондемнаторном тужбом,[11] или само оспорио правни основ или је само оспорио износ захтева.

Кад је тужени оспорио само правни основ, а није се изјаснио у погледу износа спорног потраживања, суд је дужан да, у циљу разјашњавања стања ствари, затражи да се тужени изјасни о томе да ли оспорава износ јер у оспоравању правног основа није прећутно садржано и оспоравање износа, мада је у ранијој судској пракси било и таквих схватања.

Уколико је тужени оспорио само износ истакнутог захтева, нема услова за доношење међупресуде јер се сматра да тужени признаје постојање правног основа тужбеног захтева и да је он неспоран.[12]

4. У парницама у којима је оспорена основаност тужбеног захтева тако што су оспорени и основ и износ захтева, оправдано је и целисходно доношење међупресуде јер се на тај начин спречава евентуално непотребно одуговлачење поступка; уколико се коначно испостави да тужилац није имао прави основ и да је због тога његов захтев био неоснован, испоста-

[9] Видети решење Врховног суда Србије, Гж 64/05 од 7. јула 2005. године, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, 4/05, Intermex, Београд, аутор сентенце: Снежана Андрејевић, судија ВСС.

[10] Видети решење Окружног суда у Новом Саду, Гж 4381/05 од 4.5.2006, Билтен судске праксе Окружног суда у Новом Саду, бр. 9/2006, Intermex, Београд, аутор сентенце: др Александар Радованов.

[11] Најчешће се у пракси ради о парницама у којима се решава спор у погледу накнаде уговорне или вануговорне штете.

[12] Видети: Juhart, J. – op.cit, стр. 426.

вило би се да је доказивање чињеница које се односе на висину спорног потраживања било и сувишно и непотребно.

У парницама у којима је истакнут захтев за осуду на чинидбу и у којој су спорни и основ и висина тужбеног захтева, суд има задатак да најпре утврди постојање основа тужиочевог захтева, а да потом, путем доказивања, утврђује постојање оних спорних чињеница које се односе на висину спорног износа потраживања. Иста је ситуација и у парницама у којима је спорно право на правну промену и висина самог захтева. И у том случају суд има задатак да најпре одлучи о основу, као "о квалитативном делу тужбеног захтева",[13] а да потом одлучује и о обиму, као "квантитативном делу тужбеног захтева."[14]

Ако би првостепени суд, у ситуацији кад су спорни правни основ и висина захтева, донео коначну пресуду и накнадно се, пошто је и био спроведен другостепени поступак, испостави и утврди да не постоји правни основ тужбеног захтева, то би, не само изазвало непотребно ангажовање суда у погледу извођења доказа који се односе на висину захтева и непотребно дуго трајање поступка, већ би и изазвало и повећање трошкова поступка. Из тог разлога, у парницама у којима су спорни и основ и висина тужбеног захтева, законодавац предвиђа могућност да суд, из разлога целисходности, може прво да одлучи о основу тужбеног захтева и да застане са поступком у коме би се расправљало, извијало и одлучивало о износу тужбеног захтева. Доношењем међупресуде, којом одлучује само о основу тужбеног захтева, суд привремено одлаже извођење доказа који се односе на утврђивање висине спорног износа потраживања. Тек кад буде потпуно извесно да постоји право тужиоца и правни основ утуженог потраживања буде на ауторитативан начин утврђен, пошто међупресуда којом је одлучено о основу тужбеног захтева постане правноснажна, суд може да настави са извијањем и одлучивањем о спорном износу потраживања.

5. О раздвајању поступка и одлучивању у две етапе, првостепени суд одлучује по службеној дужности јер је могућност доношења међупре-

[13] Ibidem.

[14] У литератури се говори о раслојавању јединственог тужбеног захтева тј. на његово хоризонтално и вертикално раслојавање. Тако: Triva – Belajec – Dika – Građansko parnično procesno pravo, Zagreb, 1986, стр. 491.

суде инспирисана искључиво разлозима целисходности, а о томе искључиво одлучује суд јер тужилац није истакао захтев такве садржине. Сваки искусан судија најпре ће извидети и расправити питање о правном основу тужбеног захтева, да би, тек уколико закључи да он постоји, утврђивао чињенице и изводио доказе који се односе на висину истакнутог захтева. Могућност доношења међупресуде, по схватању законодавца, представља средство које омогућава да се, с једне стране, расчлани процесна грађа. С друге стране, међупресуда представља инструмент који омогућава да се донесе законита и правилна коначна пресуда.[15]

6. Кад суд закључи[16] да прво треба да одлучује међупресудом у погледу основа тужбеног захтева, он ће, практично, одлучивати о постојању условљавајућег правног односа или права тј. о захтеву за утврђење који је прећутно садржан у захтеву за осуду на чинидбу одн. о праву на правну промену који је прећутно садржан у правопреиначаваном захтеву.[17] Само ако је суд закључио да постоји право тужиоца да захтева осуду на чинидбу одн. одговарајућу правну промену, основано је затражена правна заштита. У том случају, пошто је закључак суда о постојању правног основа тужбеног захтева позитиван, суд ће о основаности тужбеног основа одлучити међупресудом, и до њене правноснажности застаће са поступком расправљања и извиђања о износу тужбеног захтева, а потом ће, после правноснажности међупресуде, одлучивати о висини захтева и о томе одлучити коначном пресудом. На тај начин наставак расправљања и извиђања по правноснажности међупресуде лишава и првостепени суд и странке опасности да ће читав труд око утврђивања висине износа тужбеног захтева бити узалудан и да ће, евентуално, непотребно бити изложене трошковима уколико је виши суд у поступку контроле законитости уврдио да тужиоцу не припада право да захтева одређену чинидбу.

[15] Познић, Б. – op.cit. стр. 182.

[16] У том случају није потребно да суд донесе посебно решење којим ће одлучити да раздвоји одлучивање о основу од питања о висини захтева.

[17] Видети: Станковић, Г. – Грађанско процесно право, прва свеска, Парнично процесно право, Ниш, 2007, стр. 64.

7. Првостепени суд међупресудом одлучује о једном елементу тужбеног захтева – о основу тужбеног захтева.[18] Међупресудом се не одлучује о делу тужбеног захтева, као што је то случај са делимичном пресудом. Разлика између ова два типа пресуде је у њиховој процесној функцији иако је доношење обе врсте пресуда инспирисано разлозима целисходности и економичности. Суд управља поступком и суверено одлучује кад је појединo спорно питање сазрело за одлучивање. Делимичном пресудом суд одлучује коначно о једном од више кумулираних тужбених захтева или о делу тужбеног захтева, док међупресудом одлучује о једном елементу тужбеног захтева. Међупресуда, за разлику од делимичне пресуде, није коначна пресуда јер се њеним доношењем поступак за решавање спора коначно не завршава. Она само припрема терен за доношење коначне пресуде која се не може донети пре но што међупресуда постане правноснажна.[19]

Делимична пресуда, као коначна пресуда, може се донети и пошто је у истој парници донесена међупресуда, после њене правоснажности. Осим тога, поред делимичне пресуде, може се донети и допунска пресуда у односу на делимичну пресуду, о чему се, својевремено, недвосмислено изјаснила и судска пракса.[20]

Међупресудом се не одлучује о чињеничним, већ о правним питањима. Питање које се тиче правног основа је правно питање и кад је оно спорно,[21] као што је то редовно случај кад је у парници истакнут приго-

[18] Међупресудом се не може одлучивати о елементима самог основа тужбеног захтева или о приговорима туженог који се тичу основа тужиочевог захтева.

[19] Тако и: Салма, М. – op.cit. стр. 169.

[20] Видети одлуку Савезног суда, Београд, ГРС. 12/92 од 15. јула 1993.године, Радованов, А. – Парнични поступак, Закон о парничном поступку са судском праксом и напоменама, Intermex, Београд, 2006, стр. 330.

[21] Видети решење Врховног суда Србије, Рев. 1537/99 од 28. априла 1999. године, Радованов, А. – op.cit. стр. 314.

вор подељене одговорности,[22] испуњен је услов да суд из разлога целисходности одлучи међупресудом.[23]

8. Међупресуда коју суд доноси по службеној дужности представља изузетак од правила да суд одлучује о захтеву и у границама истакнутог захтева јер сам суд, из разлога целисходности, одлучује међупресудом само о основу тужбеног захтева[24] иако тужилац у тужби није поставио изричит захтев да суд одлучи о основу његовог захтева и да о његовом захтеву одлучује у две етапе.

9. Међупресуда је одлука која има утврђујући карактер[25] и то карактер позитивног утврђења о постојању правног основа тужбеног захтева. Њоме се утврђује постојање правног односа, који је од прејудицијелног значаја за одлучивање о основаности истакнутог тужбеног захтева. Међупресудом се усваја захтев у погледу правног основа захтева који се редовно, као захтев за утврђење, прећутно садржи у захтеву за осуду на чинидбу.

Међупресуда се не може донети ако је суд закључио да не постоји правни основ тужиочевог захтева, иако то законом није изричито предвиђено, јер то несумњиво произлази из логике ствари.[26] Ако суд утврди да правни основ тужбеног захтева не постоји, онда је очигледно да тужбени захтев није основан у целини и у таквој ситуацији суд не може донети међупресуду којом би одлучио да не постоји правни основ.[27] Суд ће одмах

---

[22] Уколико је у парници био истакнут приговор подељене одговорности, суд је дужан да, пре но што донесе међупресуду, одлучи о сразмери у погледу одговорности.

[23] У том смислу и решење Врховног суда Србије, Рев. 3350/99 од 17. фебруара 2000. године, Радованов, А. – op.cit. стр. 313.

[24] Пошто се ради о питању које је прећутно садржано у тужиочевом тужбеном захтеву, доношењем међупресуде суд не суди ни ultra ни extra petitum.

[25] О диспозитиву међупресуде видети: Juhart, J. – op.cit. стр. 427; Познић, Б. – op.cit. стр. 187; Видети и Одговор утврђен на седници Одељења за привредне спорове Вишег привредног суда у Београду, 11. јула 1995, наведен код: Радованов, А. – Парнични поступак, Закон о парничном поступку са судском праксом и напоменама, Intermex, Београд, 2006, стр. 314.

[26] Видети одлуке Врховног суда Србије, Рев. 1537/99 и Гж. 2117/69 наведене код: Радованов, А. – op.cit. стр. 314.

[27] Видети образложење решења Врховног суда Србије, Рев. 1537/99, наведено код: Радованов, А. – op.cit. стр. 314.

донети коначну одлуку – и о основу и о висини захтева и одбити тужбени захтев као неоснован,[28] без расправљања и извођења о висини захтева.

10. Доношењу међупресуде не претходи одлука суда о управљању поступком којом он одлучује да одвоји питање правног основа од питања износа захтева и којом одлучује да застане са поступком до правноснажности одлуке којом је одлучено о основу. Раздвајање поступка и застајање фактички наступа самим доношењем међупресуде.

11. Међупресуда је, по природи ствари, одлука која има утврђујући карактер. Из тог разлога, диспозитив међупресуде може да гласи: "Утврђује се да тужилац... има према туженом... право на накнаду штете"[29] или "Утврђује се да је тужени... одговоран за насталу штету".[30]

Међупресуда не може да садржи у диспозитиву било какву одлуку суда о висини спорног износа јер ће о томе бити одлучено касније, нити се суд о томе изјашњава у образложењу.

Суд може, уз међупресуду, донети и решење о трошковима поступка који су настали до тог тренутка, а може одлучити да о трошковима одлучи касније, кад донесе коначну одлуку, јер ће у том тренутку своју одлуку о трошковима засновати на постигнутом успеху у парници.

12. Међупресуда предвиђена одредбом чл. 335. ЗПП је самостална одлука[31] против које је допуштена самостална жалба.[32]

---

[28] Видети одлуку Вишег привредног суда у Београду, Пж. 440/81 наведену код: Радованов, А. – op.cit. стр. 314.

[29] Или: право на исплату осигураног износа, право на исплату по основу неоснованог обогаћења, да постоји основ захтева за накнаду штете и сл.

[30] Тако и: Juhart, J. – op.cit. стр. 427; Познић, Б. – op.cit. стр. 187. О томе и: Одговор утврђен на седници Одељења за привредне спорове Вишег привредног суда у Београду, 11 јула 1995.

[31] Да би била донета међупресуда, потребно је да буду испуњене неопходне процесне претпоставке, као и за сваку другу мериторну пресуду.

[32] Међупресуда се може побијати и предлогом за понављање поступка. Иако међупресуда није коначна или завршна одлука о истакнутом захтеву, поступак у коме се расправљало и одлучивало о основу је завршен и утврђено је да захтев има основ. Из тог разлога може се поновити поступак који је претходио међупресуди.

Кад постане правноснажна, међупресуда, пре свега, производи дејство у конкретној парници у којој је одлучено о постојању правног основа оспореног тужбеног захтева.[33] Кад међупресуда постане правноснажна, наставља се поступак да би се одлучило о висини спорног потраживања и у даљем току поступка, по природи ствари, не може се више расправљати о условљавајућем односу о коме је одлучено међупресудом. Приликом доношења коначне одлуке, првостепени суд треба у образложењу да се позове на међупресуду. Коначна пресуда којом је суд одлучио о износу, не може да буде нападана у погледу правног основа о коме је дефинитивно одлучено правноснажном међупресудом.

Међупресуда делује и изван парнице у којој је донесена, као и свака правноснажна пресуда декларативног типа,[34] пошто се ради о правноснажној пресуди у којој је мериторно одлучено о постојању одређеног правног односа или права.

Против правноснажне међупресуде може се изјавити предлог за понављање поступка и ревизија све док не буде донета коначна одлука у погледу висине износа.

Међупресуда је одлука декларативног типа и из тог разлога она није подобна за принудно извршење.

13. Међупресуда предвиђена у одредби чл. 335. ЗПП представља специфичну врсту пресуде чије је постојање резултат настојања законодавца да омогући ефикасно, економично и целисходно решавање спора који је био повод парници уколико је првостепени суд закључио да је у погледу основа ствар сазрела за доношење одлуке. Доношењем међупресуде омогућава се поједностављење поступка у сложеним правним стварима и знатна уштеда судског рада и трошкова уколико међупресуда постане правноснажна.

14. Други тип међупресуде није изричито регулисан у ЗПП, за разлику од међупресуде из одредбе чл. 335. ЗПП, иако је самим законом регулисана ситуација у којој је могућно да суд донесе ову врсту међупресу-

[33] У судској пракси насталој у време важења југословенског ЗПП сматрало се да међупресуда везује само странке и суд у парници у којој је донета. Видети: Живановић, М. - op.cit. стр. 27.

[34] Видети: Juhart, J. – op.cit. стр. 427; Triva – Belajec – Dika – op.cit. стр. 493.

ду. Наиме, првостепени суд може да одлучи међупресудом и кад је у парници истакнут захтев за утврђење у току парнице[35] (међупредлог за утврђење или инцидентни захтев за утврђење).[36]

У процесној литератури, која је настала у време важења оба југословенска ЗПП, постојала су различита схватања у погледу могућности доношења међупресуде поводом међупредлога за утврђење одн. прејудицијелног (инцидентног) захтева за утврђење.[37] Наиме, било је мишљења да се о међупредлогу може донети само делимична пресуда,[38] да суд, иако доноси делимичну пресуду, суштински одлучује међупресудом[39] јер она својим садржајем условљава коначну пресуду, као и да суд о међупредлогу одлучује међупресудом.[40]

15. Захтев за утврђење истакнут у току парнице, према одредби из чл. 189. ЗПП је парнична радња тужиоца којом он у току парнице, поред тужбеног захтева, истиче нови захтев за пресуду којим тражи да суд утврди да постоји или да не постоји правни однос или право од кога, у целости или делимично, зависи основаност тужбеног захтева уколико је тужени оспорио његову основаност у току парнице.[41]

---

[35] О правној природи захтева за утврђење истакнутог у току парнице детаљно: Станковић, Г. – Грађанско процесно право, прва свеска, Парнично процесно право, Ниш, 2007, стр. 377.

[36] ЗПП не познаје термин "међупредлог за утврђење", који је, као технички термин био коришћен у Закону о грађанском судском поступку Краљевине Југославије из 1929. г. У савременој процесној литератури коришћени су, као синоними, и термини "инцидентни предлог за утврђење", "инцидентни захтев за утврђење", "прејудицијелни захтев за утврђење", "прејудицијелни предлог за утврђење", "међуутврђујући предлог".

[37] Видети: Познић, Б. – op.cit. стр. 182, Juhart, J. – op.cit. стр. 260, Triva – Belajec – Dika – op.cit. стр. 493.

[38] Нпр. Познић, Б. – op.cit. стр. 182.

[39] Нпр. Triva – Belajec – Dika – op.cit. стр. 493.

[40] Марковић, М. - Грађанско процесно право, књига прва, Парнични поступак, свеска друга, Парничне радње, Приштина, 1966, стр. 118. и 189, Живановић, М. – op.cit. стр. 29, Станковић, Г. – Грађанско процесно право, Београд, 2004, стр. 365.

[41] Детаљно о томе: Станковић, Г. – Грађанско процесно право, прва свеска, Парнично процесно право, Ниш, 2007, стр. 376.

Често се догађа да тужилац, у тренутку подизања тужбе, не зна да ће тужени у току парнице оспорити постојање правног односа или права на коме тужилац заснива свој захтев за пресуду. Уколико тужени оспорава тужиоцу постојање права или правног односа пре парнице, а тужилац има интереса да се спор ове врсте дефинитивно ликвидира, он ће, још у тужби, поред захтева за осуду на чинидбу, истаћи и захтев за утврђење.

Кад тужилац у тужби истакне само захтев за осуду на чинидбу, јер није знао да постоји спор између њега и туженог око постојања правног односа или права, а тужени, у свом одговору на тужбу, оспори постојање правног односа или права на коме се тај захтев заснива, тужилац ће морати да доказује да тај правни однос или право постоји. Пошто се захтев за утврђење прећутно садржи у захтеву за осуду на чинидбу, суд ће испитивати да ли тај условљавајући однос или право, који су од прејудицијелног значаја за одлуку о тужбеном захтеву, постоји и о томе ће се изјаснити у пресуди, као о прејудицијелном питању, у образложењу одлуке. Одлука о прејудицијелном питању, садржана у образложењу пресуде, не може да постане правноснажна јер о томе суд није ауторитативно одлучивао, и зато спор око постојања или непостојања правног односа или права, и даље латентно постоји.

Да би омогућио да се настали спор око постојања правног односа или права дефинитивно реши, законодавац је предвидео могућност да тужилац, чим сазна да су они оспорени, истакне захтев за утврђење у току парнице (или међупредлог за утврђење) и да овом својом новом парничном радњом у текућој парници истакне нови захтев за пресуду о коме ће суд ауторитативно одлучити.[42] Одлука коју суд доноси поводом захтева за пресуду који је садржан у захтеву за утврђење истакнутом у току парнице може да постане правноснажна и стекне снагу пресуђене ствари, тако да ће спор око постојања или непостојања неког правног односа или права бити дефинитивно и ауторитативно ликвидиран.

16. Кад је тужилац, пошто је тужени у парници оспорио основ и висину тужиочевог тужбеног захтева, истакао нови захтев за пресуду у форми захтева за утврђење у току парнице, првостепени суд може, на

[42] О разликама између тужбе, преиначења тужбе и захтева за утврђење истакнутог у току парнице видети: Станковић, Г. – Грађанско процесно право, прва свеска, Парнично процесно право, Ниш, 2007, стр. 377.

предлог тужиоца, да о њему одлучује одвојено или истовремено кад одлучује о тужбеном захтеву.

17. Ако је извођење и расправљање о тужбеном захтеву и захтеву за утврђење истакнутом у току парнице било одвојено, суд може, на предлог тужиоца, да донесе међупресуду и да њоме, најпре, одлучи о захтеву који је истакнут међупредлогом уколико је то целисходно, јер међупресуда, као посебна врста одлуке, може да убрза поступак и донесе уштеде у раду и парничним трошковима. Међупресудом коју доноси поводом захтева за утврђење истакнутог у току парнице суд, на тражење тужиоца, одлучује о једном правном односу од кога зависи доношење одлуке о основаности одлуке о тужбеном захтеву.

18. Уколико суд закључи да о захтеву за утврђење истакнутом у току парнице не треба да одлучује међупресудом, суд ће о новом захтеву за пресуду одлучити коначном пресудом истовремено кад доноси одлуку о тужбеном захтеву. Суд ће тада у диспозитив коначне пресуде унети и одлуку којом је утврдио постојање условљавајућег односа који је био истакнут захтевом за пресуду у току парнице.

19. Међупресуда коју суд доноси о захтеву који је садржан у захтеву за утврђење истакнутом у току парнице разликује се од пресуде коју суд доноси по сопственој иницијативи и по службеној дужности.

Кад одлучује међупресудом о захтеву за утврђење који је истакнут у току парнице (одн. о међупредлогу за утврђење), суд одлучује о новом захтеву за пресуду и на тражење тужиоца; кад доноси међупресуду из разлога целисходности, он одлучује о правном основу тужбеног захтева иако странка није изричито захтевала да суд такву одлуку донесе. Поводом захтева за утврђење који је, као нови захтев за пресуду истакнут у току парнице, суд одлучује о постојању или непостојању условљавајућег односа и та међупресуда има прејудицијелни карактер у односу на одлуку којом се мериторно одлучује о основаности тужбеног захтева. Међупресуда коју суд доноси по сопственој иницијативи представља одлуку о основаности правног основа тужбеног захтева која има прејудицијелни значај за одлуку о основаности висине износа тужбеног захтева. Кад суд сам одлучи да донесе међупресуду, он одлучује о нечему што тужилац није захтевао у тужбеном захтеву да би смањио трошкове и олакшао доношење ко-

начне одлуке, док приликом одлучивања о захтеву за утврђење суд одлучује о новом захтеву за пресуду истакнутом у току парнице.

20. Трећа врста међупресуде је она коју доноси другостепени суд. Ова врста међупресуде, предвиђена одредбом чл. 373. ст. 2. ЗПП, представља ново законско решење у парничном поступку које је инспирисано досадашњом судском праксом.

Међупресуду, по правилу, доноси првостепени суд. Међутим, у инстанционом поступку, и другостепени суд може да донесе једну врсту међупресуде, тако да поред првостепене међупресуде постоји и другостепена међупресуда.

21. У некадашњој југословенској литератури доста дуго било је спорно питање да ли другостепени суд може донети међупресуду и у том погледу постојала су раније различита схватања.[43] Дилеме око могућности доношења међупресуде у другостепеном поступку у парничном поступку Републике Србије више не постоје јер је ЗПП (2004) нормативно регулисао ситуацију кад другостепени суд може да донесе међупресуду иако ову одлуку инстанционог суда није изричито назвао другостепеном међупресудом.

22. Другостепени суд може да одлучи међупресудом приликом испитивања основаности жалбе у материјалноправном домену.

Кад другостепени суд у поступку по жалби на првостепену пресуду нађе да је првостепени суд побијаном одлуком правилно одлучио у погледу основа тужбеног захтева али да није правилно одлучио у погледу износа тужбеног захтева, јер је погрешно пресудио у погледу висине досуђеног износа, он може укинути првостепену пресуду само у погледу износа тужбеног захтева, а потврдити је у погледу основа тужбеног захтева. У том случају другостепени суд је одлучио само о једном елементу тужбеног захтева – о правном основу тужбеног захтева и то правно питање је сада неспорно јер је одлука о условљавајућем односу постала правноснажна. Делимичним укидањем побијане пресуде само у погледу износа тужбеног захтева, другостепени суд својом одлуком креира међупресуду јер фактички утврђује да је донесена пресуда основана само у погледу са-

[43] Познић, Б. – op.cit. стр. 188; Juhart, J. – op.cit, стр. 428; Zuglia, S. – Građanski parnični postupak FNRJ, Zagreb, 1957, стр. 452; Zuglia – Triva – Komentar Zakona o parničnom postupku, Zagreb, 1957, стр. 117; Живановић, М. – op.cit, стр. 34.

мог основа тужбеног захтева. Потврђивањем првостепене пресуде у погледу основа тужбеног захтева, инстанциони суд по изричитом законском наређењу, претвара (кондемнаторну) пресуду у правноснажну другостепену међупресуду, док правну ствар у погледу одлучивања о висини износа враћа на поновно суђење.

У поновљеном поступку пред првостепеним судом, првостепени суд је везан за одлуку другостепеног суда којом је одлучено о основу тужбеног захтева. Првостепени суд је дужан да у поновљеном поступку поново спроведе извођење о околностима од којих зависи одлука о висини тужбеног захтева и да поново донесе одлуку само у погледу износа тужбеног захтева.

23. Очигледно је да је и доношење међупресуде у другостепеном поступку мотивисано у одређеној мери принципом економичности јер се њоме на несумњив и ауторитативан начин утврђује постојање тужиочевог права, а првостепеном суду препушта да правилно одмери обим дуговане чинидбе. Доношењем међупресуде, другостепени суд може, посредно, да утиче и на понашање самих парничара који, у поновљеном поступку, могу да ликвидирају спор склапањем судског поравнања.

24. И поред тога што је међупресуда израз принципа економичности, у пракси се може догодити да њено доношење изазове не само дуже трајање парнице, већ и повећање трошкова поступка.[44]

Уколико међупресуду укине другостепени суд, могућно је да у поновљеном поступку накнадно дође до расправљања о чињеницама које су од значаја за одлучивање о основаности тужбеног захтева и да се, из тог разлога, поступак знатно одужи или да суд, после поновног расправљања и извођења, евентуално дође до закључка да је тужбени захтев неоснован.

[44] То је, вероватно, и био разлог што савремено парнично процесно право Републике Босне и Херцеговине, у оба њена ентитета, не познаје више институт међупресуде, као ни институт делимичне пресуде. По схватању редактора који су координирано радили на ентитетским законима, ове врсте пресуда нису имале своје "рационално упориште у концепцији новог законског текста". Видети: Коментар на Нацрте Закона о парничном поступку и Закона о извршном поступку, Сарајево, 2002, стр. 62.

У том случају, тужилац ће бити дужан да сноси знатно веће трошкове поступка.

С друге стране, пошто међупресуда постане правноснажна, могућно је да суд, приликом утврђивања висине износа потраживања које припада тужиоцу, утврди да му припада незнатан износ одн. количина. Из тог разлога, може се испоставити да одлука о доношењу међупресуде није била целисходна мера управљања поступком.

Уколико је, после правноснажности међупресуде у наставку парнице тужилац успео и буде му досуђен висок новчани износ са припадајућом каматом или је преиначио тужбу у објективном смислу и повисио износ захтева или је додао нови захтев по истом основу,[45] накнада парничних трошкова коју тужиоцу дугује тужени биће знатно већа, кад је вредност предмета спора била велика, јер ће обухватити и трошкове поступка који су изазвани доношењем међупресуде.

[45] Несумњиво је да ће у том случају доћи до знатно дужег трајања парнице.

РАДНО ПРАВО

Лидија Ђукић,
судија Окружног суда у Новом Саду

ОТКАЗ УГОВОРА О РАДУ ИЗ ДИСЦИПЛИНСКИХ РАЗЛОГА

Увод

Према чл. 1. Закона о раду[1] (ЗОР) права, обавезе и одговорности из радног односа, односно по основу рада, уређују се овим законом и посебним законом[2], у складу са ратификованим међународним конвенцијама (став 1); права, обавезе и одговорности из радног односа уређују се и колективним уговором и уговором о раду, а правилником о раду, односно уговором о раду - само када је то овим законом одређено (став 2).

Садржина наведене одредбе указује на материјално право које је релевантно у поступку уређивања односа запосленог и послодавца, односно за разрешење тог односа ако је постао споран. Али, кад је реч о основима за престанак радног односа исти се утврђују само законом. Колективни уговор (правилник о раду) и уговор о раду не могу утврдити друге основе за престанак радног односа, осим оних који су изричито предвиђени законом, јер законом није прописана могућност да се тим актима утврђују други основи престанка радног односа[3]. Како је чл. 4. ЗОР прописано да општи акти (колективни уговор, правилник о раду) и уговор о раду морају бити у сагласности са законом то би утврђивање других основа за престанак радног односа њиховим одредбама значило давање мање права

[1] "Службени гласник РС" број 24/05 и 61/05
[2] Нпр. Закон о државним службеницима ("Службени гласник РС" број 79/05, 81/05 и 83/05), Закон о полицији ("Службени гласник РС" број 101/05), Царински закон ("Службени гласник РС" број 73/03 и 61/05)
[3] Одлука Уставног суда Републике Србије, У. бр. 494/04 од 14. јула 2005. године

запосленом од права утврђених законом, а то, с обзиром на одредбу чл. 8. ст. 1. ЗОР, није дозвољено.

Отказ уговора о раду од стране послодавца
(члан 179. тач. 2. и 3. ЗОР)

Општи основи (разлози) за престанак радног односа прописани су чл. 175. ЗОР, поред осталог, тач 4. је прописано да је основ за престанак радног односа отказ уговора о раду од стране послодавца или запосленог.

Отказ од стране послодавца тј. отказни разлози које послодавац може употребити да откаже уговор о раду запосленом прописани су чл. 179. ЗОР, а заједничка карактеристика свих тих отказних разлога је факултативност њихове примене: послодавац их може, али не мора применити.

Чл. 179. ЗОР је прописано да послодавац може запосленом да откаже уговор о раду ако за то постоји оправдани разлог који се односи на радну способност запосленог, његово понашање и потребе послодавца и то:

1) ако запослени не остварује резултате рада, односно нема потребна знања и способности за обављање послова на којима ради;

2) ако запослени својом кривицом учини повреду радне обавезе утврђене општим актом или уговором о раду;

3) ако запослени не поштује радну дисциплину прописану актом послодавца, односно ако је његово понашање такво да не може да настави рад код послодавца;

4) ако запослени учини кривично дело на раду или у вези са радом;

5) ако се запослени не врати на рад код послодавца у року од 15 дана од дана истека рока за неплаћено одсуство или мировање радног односа у смислу овог закона;

6) ако запослени злоупотреби право на одсуство због привремене спречености за рад;

7) ако запослени одбије закључење анекса уговора о раду у смислу чл. 171. ст. 1. тач. 1) - 4) овог закона;

8) ако запослени одбије закључење анекса уговора о раду у вези са чл. 33. ст. 1. тач. 10) овог закона;

9) ако услед технолошких, економских или организационих промена престане потреба за обављањем одређеног посла или дође до смањења обима посла.

Од наведених отказних разлога један се односи на радну способност запосленог (тачка 1), три на потребе послодавца (тачка 7 - 9), а остали (тачка 2 - 6) на понашање запосленог, а међу њима, отказни разлози из тач. 2. и 3. су дисциплински отказни разлози.

Наиме, ЗОР наставља успостављање концепта радног односа као уговорног односа запосленог и послодавца и, као и Закон о раду[4] који му је претходио, нема изричите одредбе о дисциплинској одговорности запосленог.

С обзиром на то да је дисциплинска одговорност, као посебна врста правне одговорности, одговорност запосленог за вршење обавеза на раду или у вези са радом, односно за понашање на раду или у вези са радом и, с обзиром на одређење отказних разлога у тач. 2. и 3. чл. 179. ЗОР, није тешко препознати да је реч о дисциплинским разлозима, односно о отказним разлозима чији основ је дисциплинска одговорност.

Дисциплинска одговорност запосленог проистиче из правне природе уговора о раду, заправо, из једног његовог битног обележја, а то је субординација. Субординација или правна подређеност запосленог власти послодавца значи да је запослени дужан да своје радне обавезе извршава под влашћу и надзором послодавца и успостављена правна субординација између њих извире из економски засноване потребе да се рад запосленог подреди пословним циљевима и захтевима радне дисциплине, из чега се може закључити да се самим уговором о раду успоставља правна неједнакост између запосленог и послодавца - стављање запосленог у положај зависности наспрам послодавца[5].

Како правна субординација значи да послодавац контролише извршење радних обавеза, поштовање радне дисциплине (понашање) запо-

---

[4] "Службени гласник РС" број 70/01 и 73/01

[5] Др Бранко А. Лубарда, Субординација као битно обележје уговора о раду, Зборник радова са Саветовања правника, 4-8. септембар 1999. године, Будва

сленог на раду или у вези са радом то у случају повреде радне обавезе или непоштовања радне дисциплине или другог неприхватљивог понашања запосленог, послодавац може запосленом отказати уговор о раду управо применом отказних разлога из чл. 179. тач. 2. и 3. ЗОР.

I. Отказни разлог из тач. 2. чл. 179. даје могућност послодавцу да откаже уговор о раду ако запослени својом кривицом учини повреду радне обавезе утврђене општим актом или уговором о раду. Да би овај отказни разлог могао бити примењен потребно је да је, пре него што је учињена, повреда радне обавезе била утврђена општим актом: колективни уговор, правилник о раду или уговор о раду (начело легалитета), и потребно је да постоји основ одговорности тј. кривица запосленог у једном од релевантних облика: намера или груба (крајња) непажња.

Повреда радне обавезе се може извршити и нечињењем, ако је радник пропустио да предузме конкретну радњу коју је био дужан да изврши и ако између тог пропуштања и одређене последице постоји адекватна узрочна веза.[6]

Повреде радне обавезе се могу утврдити и бланкетном нормом која упућује на радњу кривичног дела или повреду другог прописа.[7]

Повреда радне обавезе постоји и кад је учињена изван простора и времена рада, ако је њена радња или последица у вези са радом.[8]

Чињеница да је у време отказа уговора о раду и учињене повреде тужилац био на плаћеном одсуству не представља забрану отказа с обзиром да се ради о повреди у вези са радом.[9]

Кад радник одговара за више повреда радних обавеза, одговорност се мора утврђивати за сваку повреду а не глобално, јер је и одговорност за само једну повреду довољна за изрицање дисциплинске мере.[10]

---

[6] Решење Врховног суда Србије, Рев. 1282/93 од 22. априла 1993. године

[7] Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1998/93 од 10. јуна 1993. године

[8] Пресуде Врховног суда Србије, Рев. 3522/92 од 26. новембра 1992. године и Рев. 867/04 од 03. новембра 2004. године

[9] Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1271/06 од 02. новембра 2006. године

[10] Решење Врховног суда Србије, Рев. 3172/92 од 15. октобра 1992. године

Одбијање радног задатка који непосредно угрожава живот или здравље радника није повреда радне обавезе.[11]

Неизвршавање радног налога није повреда радне обавезе ако је налог противан закону.[12]

Основ дисциплинске одговорности је кривица, а крив може бити само радник који је у време извршења повреде био способан да расуђује и одлучује о својим поступцима.[13]

Неурачунљив радник не може бити крив за учињену повреду радне обавезе, а без кривице нема ни дисциплинске одговорности.[14]

Радник који учини повреду радне обавезе верујући да чини дозвољену радњу, није дисциплински одговоран.[15]

Наведени правни закључци су из одлука од којих је већина донета пре више година, у време када је дисциплинска одговорност запослених (радника) била другачије уређена, али исти (правни закључци) су, без дилеме, релевантни и данас за разматрање отказног разлога из тач. 2. чл. 179. ЗОР, односно за правилност његове примене. Ово због тога што указују: да је радња повреде радне обавезе чињење или нечињење; да се повреда радне обавезе прописује одређењем радње или упућујућом нормом; да су место и време извршења повреде радне обавезе могући ван радног простора и радног времена запосленог; да је од више учињених повреда једна довољна за законитост отказа; да легитимност радње запосленог (одсуство противправности) искључује постојање повреде радне обавезе; да одређени разлози (неурачунљивост, стварна заблуда) искључују кривицу запосленог за повреду радне обавезе.

II. Отказни разлог из тач. 3. чл. 179. даје могућност послодавцу да откаже уговор о раду ако запослени не поштује радну дисциплину прописану актом послодавца, односно ако је његово понашање такво да не може да настави рад код послодавца. Реч је о отказном разлогу који послодавци често

[11] Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1421/93 од 29. априла 1993. године
[12] Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2708/93 од 04. августа 1993. године
[13] Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 304/93 од 11. фебруара 1993. године
[14] Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 4397/93 од 30. децембра 1993. године
[15] Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 4572/93 од 26. јануара 1994. године

примењују, што је разумљиво, јер је због ширег одређења флексибилнији и једноставнији за примену од претходно разматраног. Да би овај отказни разлог могао бити примењен потребно је да запослени не поштује радну дисциплину тј. да се понаша супротно правилима садржаним у различитим актима послодавца, које (најчешће) послодавац доноси сам (одлуке о распореду, промени или прерасподели радног времена, распореду коришћења одмора у току дневног рада или коришћења недељног одмора, акт о обезбеђењу имовине, наредбе или упутства и друго) или да се запослени на раду или у вези са радом понаша тако да послодавац процењује да то понашање угрожава процес рада или ремети односе у радној средини или има негативан утицај на комплетан амбијент рада до мере да мора бити прекинуто.

Недолично понашање радника према другом запосленом у пословним просторијама послодавца у присуству више лица (изазивање нереда, вербални сукоб који је претходио физичком нападу) представља кршење радне дисциплине и понашање због кога запослени не може да остане на раду.[16]

Поштовање радне дисциплине се не нормира као диспозиција какве радње, већ као стандард одређеног значења и подразумева понашање запосленог (чињење или нечињење) које нарушава дисциплину рада (технолошку, организациону, комуникациону и сваку другу) до те мере да мора бити прекинуто отказом.[17]

Непоштовање радне дисциплине је општа клаузула по којој сваки акт недисциплине може довести до отказа уговора о раду, под условом да је нарушавање радне дисциплине такво да запослени, с обзиром на процес рада и све околности случаја, не може да настави рад код послодавца.[18]

Наведене сентенце одражавају настојање суда да појмовно дефинише одреднице "непоштовање радне дисциплине" и "понашање (које је) такво да (запослени) не може да настави рад код послодавца" из тач. 3. чл. 179. и свакако су допринос бољем разумевању овог отказног разлога, посебно због његове сличности са отказним разлогом из тач. 2. чл. 179. ЗОР.

Наиме, на теоријској равни разматрања ови отказни разлози се разликују, нпр. у погледу начела легалитета, али, са становишта практичне приме-

[16] Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 628/04 од 11. новембра 2004. године
[17] Решење Врховног суда Србије, Рев. II 1296/05 од 24. новембра 2005. године
[18] Пресуда Врховног суда Србије, Рев. II 406/06 од 11. јула 2006. године

не врло су слични, јер у оба случаја их образује радња (понашање) запосленог, па у оцени да ли су правилно примењени за оба је релевантно да ли та радња (понашање) стоји и да ли је запослени крив. Дакле, основ одговорности је исти, јер је реч о дисциплинској одговорности, која је по правној природи субјективна одговорност, тј. одговорност по основу кривице.

Упозорење и мишљење синдиката

Примена отказних разлога из тач. 2. и 3. чл. 179. ЗОР је условљена радњама послодавца које су прописане чл. 180. и 181. ЗОР, а које имају заједнички циљ да запосленом омогуће одбрану од отказног разлога.

Конвенција Међународне организације рада број 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца, која је усвојена 22. јуна 1983. године и коју је наша земља ратификовала,[19] чл. 7. прописује да радни однос радника неће престати због разлога везаних за понашање радника или његов рад пре него што му се омогући да се брани од изнетих навода, осим ако се с разлогом не може очекивати од послодавца да му пружи ту могућност.

Чл. 180. ЗОР је прописано да је послодавац дужан да пре отказа уговора о раду у случају из чл. 179. тач. 1 - 6 овог закона запосленог писаним путем упозори на постојање разлога за отказ уговора о раду и да му остави рок од најмање пет радних дана од дана достављања упозорења да се изјасни на наводе из упозорења (став 1); у упозорењу из ст. 1. овог члана послодавац је дужан да наведе основ за давање отказа, чињенице и доказе који указују на то да су се стекли услови за отказ и рок за давање одговора на упозорење (став 2).

Чл. 181. је прописано да је послодавац дужан да упозорење из чл. 180. овог закона достави на мишљење синдикату чији је запослени члан (став 1); синдикат је дужан да достави мишљење у року од пет радних дана од дана достављања упозорења (став 2).

Дакле, упозорење прописане форме и садржине и достављање упозорења запосленом на изјашњење и синдикату на мишљење су радње које послодавац мора да предузме пре примене насталих отказних разлога из тач. 2. и 3. чл. 179. да би отказ уговора о раду био законит.

[19] "Службени лист СФРЈ" - Међународни уговори број 4/84

Кад је реч о упозорењу ЗОР чл. 180. ст. 1. и 2. отклања недоумице које су постојале у примени чл. 101. ст. 2. (упозорење) претходног Закона о раду и које су изазвале потребу да се Грађанско одељење Врховног суда Србије путем правног закључка од 26.05.2004. године изјасни о форми и циљу упозорења и с тим у вези о праву запосленог на одбрану у поступку отказа уговора о раду из дисциплинских разлога, који правни закључак је и даље релевантан за још увек неразрешене спорне односе настале у периоду важења претходног Закона о раду.

Обавеза послодавца прописана чл. 181. ст. 1. ЗОР (дужност достављања упозорења на мишљење синдикату) захтева посебан осврт, не због њене садржине која је јасна, већ у контексту става судске праксе о утицају повреде правила о учешћу синдиката у поступку престанка радног односа, односно отказа уговора о раду из дисциплинских разлога на законитост отказа.

Наиме, у протеклих 15-ак година судска пракса је на становишту да пропуст послодаваца да поступи по законским одредбама[20] које га обавезују да синдикат укључи у поступак престанка радног односа, односно отказа уговора о раду из дисциплинских разлога, је релативно битна повреда поступка која (сама) не чини отказ незаконитим.[21]

Прописано чл. 181. ст. 1. ЗОР је прилика да се став судске праксе о овом питању промени у правцу да и само повреда ове обавезе од стране послодавца чини отказ незаконитим. Овакво залагање има више разлога: достављање упозорења на мишљење синдикату је прописано као дужност послодавца (као и дужност упозоравања запосленог); истоветно упозорење послодавац доставља запосленом и синдикату чији је запослени члан (достављање упозорења је једина активност која се тражи од послодавца - мишљење синдиката није дужан да поштује); у смислу чл. 6. ЗОР синдикат је организација запослених у коју се они добровољно удружују ради заступања, представљања, унапређења и заштите својих професионалних, радних, економских, социјалних, културних и других појединачних и ко-

[20] Чл. 72. ст. 2. Закона о радним односима ("Службени гласник РС" број 45/91..), чл. 93. ст. 2. и 3. Закона о радним односима ("Службени гласник РС" број 55/96 и 28/01) и чл. 104. ст. 3. Закона о раду ("Службени гласник РС" број 70/01 и 73/01)

[21] Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1583/93 од 13. маја 1993. године; решење Врховног суда Србије, Рев. II 389/06 од 13. фебруара 2007. године

лективних интереса (пружање помоћи члану у заштити његових права); у смислу чл. 208. ЗОР синдикат је дужан да достави послодавцу акт о упису у регистар синдиката и одлуку о избору председника и чланова органа синдиката, у року од осам дана од дана достављања акта о упису у регистар, односно од дана избора органа синдиката (послодавац зна коме да достави упозорење на мишљење).

Имајући у виду наведено, а с обзиром да је суштинска сврха упозорења да се запосленом омогући одбрана од отказног разлога (чињеница и доказа који га образују), онда је и прописана дужност послодавца да достави упозорење синдикату на мишљење, у вези са правом запосленог на одбрану и стога повреда одредбе чл. 181. ст. 1. ЗОР, представља повреду тог права.

Поступак у случају отказа

ЗОР поступак у случају отказа одређује у одредбама три члана: чл. 184. - рок застарелости, чл. 185. - достављање аката о отказу уговора о раду и чл. 186. - обавеза исплате зараде и накнаде зараде.

Чл. 184. ст. 1. је прописано да отказ уговора о раду из члана 179. тач. 1, 2, 3, 5. и 6. овог закона послодавац може дати запосленом у року од три месеца од дана сазнања за чињенице које су основ за давање отказа, односно у року од шест месеци од дана наступања чињеница које су основ за давање отказа.

Чл. 185. је прописано да се уговор о раду отказује решењем, у писаном облику, и обавезно садржи образложење и поуку о правном леку (став 1); решење мора да се достави запосленом лично, у просторијама послодавца, односно на адресу пребивалишта или боравишта запосленог (став 2); ако послодавац запосленом није могао да достави решење у смислу става 2. овог члана, дужан је да о томе сачини писмену белешку (став 3); у случају из става 3. овог члана решење се објављује на огласној табли послодавца и по истеку осам дана од дана објављивања сматра се достављеним (став 4); запосленом престаје радни однос даном достављања решења осим ако овим законом или решењем није одређен други рок (став 5); запослени је дужан да наредног дана од дана пријема решења у писаном облику обавести послодавца ако жели да спор решава пред арбитром у смисли чл. 194. овог закона (став 6).

Чл. 186. је прописано да је послодавац дужан да запосленом, у случају престанка радног односа, исплати све неисплаћене зараде, накнаде зараде и друга примања која је запослени остварио до дана престанка радног односа у складу са општим актом и уговором о раду (став 1); исплату обавеза из става 1. овог члана, послодавац је дужан да изврши најкасније у року од 30 дана од дана престанка радног односа (став 2).

Иако су према систематици ЗОР све наведене одредбе део поступка у случају отказа треба нагласити да њихова евентуална повреда од стране послодавца нема исти утицај на законитост отказа. Наиме, повреда од стране послодавца прописаног чл. 185. и 186. нема утицаја на законитост отказа, али повреда прописаног чл. 184. ст. 1. за отказне разлоге из тач. 2. и 3. чл. 179. увек води закључку о незаконитости отказа.

Напред је речено да је факултативност примене карактеристика отказних разлога из тач. 2. и 3. чл. 179: послодавац их може, али не мора употребити. Али, ако се одлучио да их употреби мора то учинити у року из чл. 184. ст. 1, у противном наступа преклузија тј. послодавац губи право да их употреби. Чл. 184. ст. 1. прописује субјективни и објективни рок застарелости, чињенице које одређују њихов почетак и време трајања. Субјективни рок је три месеца и почиње да тече од дана сазнања за чињенице које су основ за давање отказа, а објективни је шест месеци и почиње да тече од дана наступања чињеница које су основ за давање отказа, а за истек оба рока меродаван је дан доношења решења о отказу.

У поступку оцене законитости отказа није потребно да запослени (тужилац) истакне приговор застарелости у смислу чл. 184. ст. 1. да би суд расправљао о евентуалној повреди ове одредбе, јер је реч о примени материјалног права. Ради правилне оцене да ли је у поступку отказа послодавац повредио одредбу чл. 184. ст. 1. потребно је идентификовати: време радње повреде радне обавезе, односно непоштовања радне дисциплине (понашање) запосленог тј. када је радња извршена, затим, када је послодавац сазнао за радњу и када је донето решење о отказу. Ако је у питању радња у продуженом трајању почетак рока застарелости се идентификује према времену предузимања или непредузимања задње радње извршења.[22] Такође, треба водити рачуна о правилу да субјективни рок мо-

[22] Пресуда Врховног суда Србије, Рев. II 1083/05 од 01. септембра 2005. године

ра бити у оквиру објективног и да га не може продужавати. Уколико је решење о отказу донето у року од три месеца од дана сазнања нема повреде чл. 184. ст. 1, али, ако није, има, без обзира што још увек није истекао објективни рок од шест месеци. С овим у вези се напомиње да нема значаја за рачунање рока застарелости када је запосленом достављено решење о отказу, јер је дан достављања релевантан за почетак рока за подношење тужбе суду, односно за оцену благовремености тужбе.[23]

Идентификација (преквалификација) отказног разлога

Када запослени поводом решења о отказу уговора о раду покрене поступак пред судом са захтевом за поништај, задатак суда је да испита његову законитост тј. да ли је решење у складу са законом или општим актом (уговором о раду), што се своди на оцену да ли је отказни разлог правилно примењен. Пошто је реч о спору о законитости решења о отказу уговора о раду (акта), суд испитује правилност примене отказног разлога на који се послодавац позвао у решењу о отказу тј. који је послодавац применио. Дакле, из природе спора произлази да је суд везан за примењени отказни разлог, али, понекад садржина решења о отказу отвори питање везаности суда за примењени (наведени) отказни разлог, односно постави се питање овлашћења суда да исти промени (преквалификује) у други отказни разлог.

До 21.12.2001. године када је ступио на снагу претходни Закон о раду дисциплинска одговорност запослених је била уређена искључиво као одговорност за повреде радних обавеза и утврђивана је у посебном (двостепеном) поступку. Судска пракса из тог периода је имала став да суд није везан квалификацијом повреде радне обавезе, али јесте чињеничним идентитетом радње повреде,[24] који је и данас прихватљив за отказни разлог из тач. 2. чл. 179. ЗОР, јер, и ако би суд преквалификовао повреду радне обавезе отказни разлог остаје исти.

У пар одлука Врховног суда Србије имплицитно,[25] а и експлицит

[23] Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1535/05 од 09. новембра 2005. године
[24] Решење Врховног суда Србије, Рев. 1204/93 од 15. априла 1993. године
[25] Пресуда Врховног суда Србије, Рев. II 1324/04 од 16. фебруара 2005. године; пресуда Врховног суда Србије, Рев. II 1396/06 од 14. новембра 2006. године

но[26] изражено је схватање да суд није везан правном квалификацијом основа за отказ уговора о раду и да је битно да ли је испуњен неки од законских услова за законит отказ уговора о раду, а не који је основ у отказу уговора о раду послодавац навео. Ово изазива одређене дилеме и захтева разјашњење, нарочито кад су у питању отказни разлози из чл. 179. ст. 2 - 6. ЗОР, који се односе на понашање запосленог и захтевају исте претходне радње (чл. 180. и 181) за пуноважност отказа.

Наиме, према чл. 180. ст. 2. ЗОР послодавац је дужан да у упозорењу наведе основ за давање отказа, чињенице и доказе који указују на то да су се стекли услови за отказ и рок за давање одговора на упозорење.

Ако је правилно разумевање одреднице "основ за давање отказа" да иста значи отказни разлог, онда се мора закључити да се запослени брани од конкретног отказног разлога, као и од конкретних чињеница и доказа који по налажењу послодавца образују тај отказни разлог. Кад послодавац након одговора на упозорење донесе решење о отказу и кад то решење постане предмет преиспитивања пред судом, суд је ограничен садржином решења (упозорења), па и примењеним отказним разлогом. Преиспитивање законитости решења са становишта другог отказног разлога, од кога се запослени није бранио у поступку код послодавца довело би до повреде његовог права на одбрану. Јер, ако је, нпр. у упозорењу наведен отказни разлог из тач. 4. (учињено кривично дело на раду или у вези са радом) или из тач. 6. (злоупотреба права на одсуство због привремене спречености за рад) и запослени се бранио од њих, питање је да ли би одбрана запосленог била иста да је у упозорењу наведен отказни разлог нпр. из тач. 2. или из тач. 3. чл. 179. ЗОР.

С обзиром на проблем присутан у пракси да релативно честа неперфектност решења о отказу (упозорења), како у форми тако и у садржини, захтева да суд, пре свега, идентификује отказни разлог примењен управо од стране послодавца, и с друге стране, с обзиром на целовито образложење одлука Врховног суда (фусноте 25 и 26), може се опрезно закључити или бар основано претпоставити, да се изнетим у одлукама у суштини и не заговара права преквалификација отказног разлога, већ његова правилна идентификација (препознавање) према садржини решења о отказу.

[26] Пресуда Врховног суда Србије, Рев. II 234/05 од 22. септембра 2005. године

Да је присутан проблем о којем је напред било речи (идентификација или преквалификација отказног разлога) сведочи и скорија одлука ревизијског суда[27] која најбоље илуструје сложеност овог питања на практичном нивоу, јер је првостепени суд испитивао решење о отказу уговора о раду према једном отказном разлогу, другостепени суд према другом, па је ревизијски суд све вратио на почетак управо са указивањем суштине предметних отказних разлога и потребе да се идентификује стварни (примењени) отказни разлог и законитост спорног решења испита према том разлогу.

Уместо закључка

I. Законска регулатива дисциплинске одговорности, на одређени начин, је увек била део нашег радног законодавства и део те богате судске праксе је несумњиво актуелан за правилну примену разматраних отказних разлога из тач. 2. и 3. ЗОР, што је важно, јер су ови отказни разлози најчешће примењивани отказни разлози из групе разлога који се тичу понашања запосленог.

II. Разматрања у погледу примене чл. 181. ст. 1. ЗОР и питања овлашћења суда да промени (преквалификује) отказни разлог се, у најкраћем, своде на залагање да:

- повреда одредбе чл. 181. ст. 1. ЗОР од стране послодавца значи незаконитост отказа;

- суд је везан за отказни разлог примењен од стране послодавца;

- изузетно, ако отказни разлог није наведен означењем законске одредбе (члана закона) суд је дужан да га идентификује према садржини (чињенични опис) решења (упозорења), али, ако је отказни разлог наведен, а не одговара садржини (чињенични опис) решења (упозорења), суд има овлашћење да га друкчије тј. правилно идентификује.

[27] Решење Врховног суда Србије, Рев. II 389/06 од 13. фебруара 2007. године

Слободан Дражић,
судија Врховног суда Србије

ПРАВА ЗАПОСЛЕНИХ КОД ПРОМЕНЕ ПОСЛОДАВЦА

Увод

Институт права запослених код промене послодавца у Закону о раду[1] је од изузетног значаја за остваривање заштите права запослених у случају реорганизације послодавца путем трансфера[2].

Потреба регулисања положаја запослених код промене послодавца и потреба усклађивања домаћег права са правом ЕУ, условљена је проблематиком реорганизације послодавца и положаја запослених и њихових представника, која указује на тесну узајамну повезаност економских питања – уједначавања услова конкуренције, и социјалних питања – судбине индивидуалних и колективних права запослених[3].

Овај институт у нашем правном животу обележава неколико феномена. Они би се могли означити као: недовољна присутност овог института у нашој јуриспруденцији; текућа стручна публицистика своди се на дескрипцију законског текста; судска пракса Врховног суда га готово не познаје.

---

[1] "Службени гласник Републике Србије", бр. 24/05 и 61/05

[2] Реч је о материји која до сада није била регулисана прописима из области рада. Привредна активност у време социјалистичког уређења државе била је под државном контролом. Непостојање тржишних услова и висок ниво социјалне сигурности запослених нису стварали потребу за регулисањем положаја запослених у случају промене послодавца. Види: Влајић Бранко, "Нека питања социјалне функције прописа из области рада и проблеми социјалне сигурности" и "Запошљавање и социјални проблеми", Савет пројекта конституисане Србије као правне државе et al, Београд 1996. година.

[3] Друштвене промене из 2000. године и прокламовани циљеви убрзали су процес транзиције. Промена власничке структуре интензивира различите облике преноса предузећа на другог послодавца, али и прилив страних инвестиција, који се inter alia може остваривати припајањем домаћег страном предузећу.

Могло би се поједностављено, рећи истим поводом – сцена свакодневног правног живота препуштена је посленицима на правним пословима, оптерећеним бројним дилемама у свакодневној пракси.

Све то актуелизује питање које овде разматрамо и дајемо практични значај.

У погледу извора права у овој области, усклађивања домаћег права са правом ЕУ и могућности реципирања правних института ЕУ у домаће право, чини се да је нужно да се најпре осврнемо на комунитарне стандарде.

1. Комунитарни стандарди

Предметна материја иницијално је била регулисана Директивом бр. 77/187 о приближавању права држава чланица у погледу очувања права запослених у случају преноса предузећа, делатности, дела предузећа или дела делатности. С обзиром да је Директива бр. 77/187 у значајној мери била измењена одлукама Европског суда правде (у даљем тексту: Суд), донета је Директива бр. 98/50 којом је првобитна Директива допуњена праксом Суда. Разлози правне сигурности и транспарентности резултирали су у доношењу Директиве бр. 2001/23 о апроксимацији радно-правних система држава чланица у погледу примене начела очувања права запослених у случају трансфера предузећа, посла или дела предузећа или дела посла, укључујући и спајање предузећа, којим је ова материја данас регулисана.

За директиве (смернице) важи принцип да су оне обавезне у односу на државе чланице у погледу циља који треба постићи, али је држава у принципу слободна да изабере форму и средства за његово спровођење. Отуда је поред општег циља радног права ЕУ[4] битно знати циљ Директиве, који је како се изјаснио Суд у случају Knud[5] да обезбеди, у што већем обиму, да се радни однос у непромењеном облику настави са послодавцем следбеником, да се настави с поштовањем одредби колективног уговора и да се запослени заштите од отпуштања која су заснована искључиво на чињеници преноса.

---

[4] Основни циљ ЕУ у области радног права јесте достизање "Евопске социјалне регије" (I.Delors), или како је истакнуто у Социјалној повељи из 1989. године: "Комплетирање унутрашњег тржишта мора водити побољшању животних и радних услова запослених ЕУ"

[5] Knud wendelgoe and others v LI, Nusic Aps, in liguidation, case 19/83

1.1. Предмет регулисања и поље примене Директиве бр. 2001/23

Предмет регулисања Директиве је очување права запослених у случају трансфера предузећа, посла или дела предузећа или дела посла, укључујући и спајање предузећа. Правни тансфер (eng. legal transfer) се одређује као пренос економске целине (ентитета) која задржава свој идентитет.[6] Оваква одређеност самог појма трансфер[7] намеће потребу да се размотре ситуације у којима има места примени Директиве у домаћем праву.

У Закону о привредним друштвима[8] садржане су одредбе о правним формама привредних друштава[9] и реогранизацији привредних друштава у смислу статусне промене и промене правне форме привредних друштава.

Статусном променом привредних друштава у смислу овог закона (члан 378) подразумева се спајање, подела и одвајање. У статусној промени привредног друштва могу се комбиновати статусне промене спајања и поделе или статусне промене спајања или одвајања.

Спајање привредних друштава у смислу овог закона (члан 381) јесте: 1) спајање уз припајање; 2) спајање уз оснивање.

Подела привредних друштава у смислу овог закона (члан 382) јесте: 1) подела уз припајање; 2) подела уз оснивање; 3) подела уз припајање и подела уз оснивање.

Одвајање привредних друштава у смислу овог закона (члан 383) јесте: 1) одвајање уз припајање; 2) одвајање уз оснивање; 3) одвајање уз припајање и одвајање уз оснивање.

Какво је дејство ових статусних промена у смислу наступања правних последица на радни однос запослених?

Инсистирање на отклањању дилеме о томе мотивисано је намером да се да суд о самом значају овог вида заштите и усклађености закона са захтевима заштите од отпуштања у случају преноса. Без обзира на врсте

---

[6] Члан 1. став 1-а) у вези члана 2. став 1-а) и б) Директиве

[7] У правном речнику Бранко Вукичевић, Пословни систем Грмеч – Привредни преглед, Београд 2001, појам трансфера одређен је као преношење, пренос, уступање, цесија

[8] "Службени гласник Републике Србије", бр. 125/04

[9] Ортачко друштво (члан 53); Командитно друштво (члан 90); Друштво са ограниченом одговорношћу (члан 104); Акционарско друштво (члан 184).

статусних промена, даном регистрације, лица запослена у друштву које је престало настављају да раде у друштвима стицаоцима у складу са прописима о раду[10] и уговорима о спајању, подели или одвајању. Законски основ за поштовање ових права запослених налази се у одредбама члана 400. тачка 10. и члана 420. тачка 3. Закона о привредним друштвима.

Директива се међутим, не примењује у ситуацији када дође само до промене правне форме привредних друштава. Она јесте вид његове реорганизације, али није статусна промена привредних друштава, ово због тога, што после промене правне форме привредно друштво наставља да послује као исто правно лице, али друге правне форме[11]. Дакле, не ради се о трансферу путем промене послодавца у смислу Директиве.

У погледу наведеног произилази да промене статуса послодавца могу да уследе само у складу са законом. Реч је, пре свега о Закону о привредним друштвима и Закону о приватизацији[12] али и о другим законима који садрже прописе о променама статуса јавних предузећа, установа, задруга, фондова, фондација и осталих правних лица. Професионални домен примене директиве односи се на све ове субјекте који обављају економске активности без обзира на то да ли обављају делатност ради добити[13].

Под економским ендитетом који задржава свој идентитет, подразумева се "организовано груписање средстава које има за циљ обављање економске делатности, независно од тога да ли је та делатност главна или споредна делатност[14]. Директива се примењује и на пренос дела предузећа или делатности, без обзира да ли је пренета активност од секундарног значаја за претходног послодавца и да није у непосредној вези са циљем предузећа[15].

Имајући у виду значај очувања права запослених не би било оправдано да не размотримо могућност примене Директиве у домаћем

[10] Право запослених код промене послодавца члан 147-151. Закона о раду
[11] Члан 482. став 2. Закона о привредним друштвима
[12] "Службени гласник РС", бр. 38/01 и 45/05
[13] Члан 1. став 1. Директиве
[14] Члан 1. став 1-в) Директиве
[15] Суд је у случају Redmond (Ц-29/91) потврдио да се Директива примењује и на део Фондације за пружање помоћи жртвама чији је тансфер извршен иако није дошло до трансфера делова фондације који су имали социјалну и рекреативну финкцију, Ibid страна 323

праву, ако је над послодавцем претходником покренут стечајни поступак. Стечајни поступак, у смислу Закона о стечајном поступку[16], обухвата банкротство односно реорганизацију. Под банкротством се подразумева намирење поверилаца продајом целокупне имовине стечајног дужника.

Према одредби члана 5. став 1. Директиве, произилази да се она не примењује на трансфер предузећа, ако је над послодавцем претходником покренут стечајни поступак или други аналоган поступак који води ликвидацији имовине послодавца претходника, уз надзор надлежних власти.

Из стилизације назначених норми несумњиво произилази да се у случају стечајног поступка банкротством, наведена одредба Директиве не примењује.

Када је реч о реорганизацији стечајног дужника, она представља законом уређени правни пут економског и финансијског оздрављења стечајног дужника. Њоме се одржава правни субјективитет стечајног дужника и обезбеђује да он настави са својим привредним активностима. То непосредно води и очувању радно-правног статуса запослених код стечајног дужника[17].

Из наведеног произилази да се пружа могућност за опстанак предузећа, али и очувања запослења. Како запослени уживају посебну заштиту у погледу намирења потраживања у случају стечајног поступка из посебног Фонда солидарности[18], то ослобађа послодавца следбеника од ове обавезе, па се Директива има применити и на трансфер у току стечаја реорганизацијом[19]. Аргумент за овакав закључак налазимо и у одредби члана 54. став 2. ал, д) Директиве по којој се она примењује и на предузећа у току стечаја ако се стечајни поступак не спроводи ради колективног намирења хирогроферних поверилаца из стечајне масе већ ради опстанка, преживљавања предузећа, захваљујући принудном поравнању. Наиме, послодавац следбеник и послодавац претходник, с једне, и представници запослених с друге стране, могу се споразумети у складу са националним законодавством и праксом, о примени услова рада која пружа могућност

[16] "Службени гласник Републике Србије", бр. 84/04

[17] мр Драгиша Слијепчевић, судија Врховног суда Србије, "Реорганизација стечајног дужника", Правни информатор, бр. 4, април 2006, страна 15

[18] Члан 124-146. Закона о раду

[19] Подвукао аутор

за опстанак ("преживљавање") предузећа, али и очувања запослења под измењеним условима рада.

Директива се не примењује на реорганизацију јавне (државне) управе или на пренос управних послова (функција) између различитих органа или организација јавне власти[20].

Радно-правни домен примене, подразумева примену Директиве на запослење. Није од значаја врста уговора о раду којим се заснива радни однос нити трајање уговора о раду (укључујући уговор о раду на одређено време; уговор о привременом раду), као и то да ли су радници ангажовани с пуним или непуним радним временом[21]. Остајући у режиму примене Директиве у овом домену, намеће се потреба да се размотри усклађеност домаћег права када је у питању институт – привременог рада. У Закону о раду, посебне одредбе (XVIII) односе се између осталог и на рад ван радног односа који подразумева и привремене и повремене послове (члан 178). Предмет овог уговора су привремени и повремени послови који не трају дуже од 120 радних дана у календарској години. Будући да календарска година има 262 радна дана (ако се ради у петодневној радној недељи) најдуже трајање рада по овом уговору (120 радних дана) допире скоро до половине годишњег фонда радних дана. С обзиром на број радних дана и да обављање ових послова прати обавезно пензијско, инвалидско и здравствено осигурање, као и осигурање за случај незапослености, ефекти овог рада су скоро исти као и ефекти радног односа с непуним радним временом. Рад по овом уговору најближи је раду у радном односу. Такво правно схватање је изражено и у правној теорији[22]. Уколико је тако, онда не би било спорно да се Директива примени и на запослене по основу уговора о привременим и повременим пословима. У прилог томе је и чињеница да се сам појам запосленог лица схвата веома широко, с тим да се нарочито узима у обзир то да ли запослени прима зараду за своје активности у предузећу или делу предузећа, односно другим економским ентитетима који могу имати и социјалну, а не само профитну функцију (на пример задужбине)[23].

---

[20] Члан 1. став 1. ал, це) Директиве

[21] Члан 2. став 2. Директиве

[22] Професор доктор Зоран М. Ивошевић и Милан З. Ивошевић, Коментар Закона о раду, Београд 2006

[23] Ibidem, страна 316

1.2. Поступак преноса

Поступак трансфера се одвија уз одговарајуће учешће представника запослених, које се огледа у њиховом праву да буду обавештени и консултовани[24]. Уколико због броја запослених код послодавца нису испуњени услови за избор представника запослених (на пример савета запослених), право на обавештеност припада непосредно запосленима[25].

Обавезу информисања треба тражити и у легитимном праву запослених да буду обавештени о околностима које се тичу њиховог радног положаја. Ово право је садржано у каталогу права Измењене Европске социјалне повеље[26] (члан 21-а, б Право на информисање и консултовање).

Послодавац претходник и послодавац следбеник дужни су да представнике запослених обавесте о следећем: предлогу преноса; разлозима за пренос; правним, економским и социјалним последицама статусних промена на положај запослених; о мерама које се намеравају предузети у погледу положаја запослених.

Дакле, послодавац претходник и послодавац следбеник имају обавезу да обавесте о наведеним чињеницама и то "у разумном року" (in good time), а послодавац следбеник у сваком случају пре него што се његови запослени буду нашли под директним утицајем преноса у погледу услова рада и запошљавања.

Послодавци који предузимају мере које се односе на запослене, морају консултовати представнике запослених које ове мере дотичу. Обавеза послодавца биће примењена без обзира да ли је одлуку о преносу донео сам послодавац или предузеће које контролише послодавца. Та консултација треба да буде спроведена у намери постизања договора и стога не сме бити сама себи циљ. Сходно томе, иако Директивом није изричито предвиђено, може се заузети став да ове консултације заправо, представљају обавезу послодавца да размотри и упути одговор на сваку представку упућену од стране представника запослених. Уколико послодавац не удовољи овој обавези, треба да наведе и образложи разлоге за такав поступак.

---

[24] Члан 7. став 1. и 2. Директиве
[25] Члан 7. став 5. и 6. Директиве
[26] Стразбур, 3.5.1996. године

У случају да послодавац претходник и послодавац следбеник не испуне своју обавезу обавештавања и консултовања представника запослених (односно самих запослених) Директива налаже државама чланицама да у свом национално правном систему предвиде и одговарајуће санкције (мере) према послодавцу претходнику, односно послодавцу следбенику, како би се осигурало поштовање стандарда садржаних у Директиви[27].

1.3. Правне консеквенце преноса

Пренос права и обавеза запослених. Основни је циљ да се обезбеди да право и обавезе послодавца претходника који су настали из закљученог уговора о раду (радног односа) који је на снази на дан преноса буду пренета на послодавца следбеника, по основу самог преноса[28]. Неиспуњење обавезе послодавца претходника да обавести послодавца следбеника о свим правима и обавезама које се преносе, не може да погађа стечена права и обавезе запосленог[29]. Закључени уговори о раду остају на снази, односно радни однос не престаје на дан трансфера.

Забрана отпуштања по основу преноса. Пренос не може, сам по себи, да представља оправдани разлог за отказ уговора о раду запослених како од стране послодавца претходника тако и од стране послодавца следбеника. Међутим, до отказа може доћи из разлога везаних за економске, технолошке или организационе промене послодавца[30] до којих може да дође после трансфера.

Уколико услед преноса дође до битних промена у погледу услова рада, који доводе до погоршавања положаја запосленог, он може да иницира отказ уговора о раду, који се у овом случају приписује послодавцу, јер се он сматра одговорним за престанак уговора о раду или радног односа[31]. У случају Dethier[32] Европски суд правде стао је на становиште да према исправном тумачењу члана 4. Директиве бр. 77/187..., запослени који су незаконито отпуштени у кратком периоду пре преноса и консеквентно томе нису преузе-

[27] Члан 9. Директиве
[28] Члан 3. став 1. Директиве
[29] Члан 3. став 2. Директиве
[30] Члан 4. став 1. Директиве
[31] Члан 4. став 2. Директиве
[32] Jules Dethier eugiopenent SA Jules Dassu and Solan SPRL, case-319/94

ти од стране послодавца следбеника, могу покренути судски поступак са захтевом утврђивања незаконитости отказа, пошто се њихови уговори о раду имају сматрати као важећи у односу на послодавца следбеника. Одредбе Директиве, нарочито оне које се односе на заштиту запослених од отказа заснованог на чињеници преноса, јесу мандаторне, тако да их није могуће дерогирати на начин и у мери који су неповољни за запосленог.

У нашем Закону о раду (члан 178), ако запослени откаже уговор о раду због, од стране послодавца учињене повреде обавезае утврђених законом, општим актом или уговором о раду, запослени има сва права из радног односа, као у случају да му је незаконито престао радни однос. Ова права се односе на захтев запосленог да се врати на рад о чему ће суд одлучити уз могућност супституисања права запосленог и обавезе послодавца у смислу члана 191. Закона о раду који је измењен и допуњен чланом 10. Закона о изменама и допунама Закона о раду[33].

Очување колективних права запослених. Када су у питању представници запослених, Директива прокламује начело да статус и мандат представника запослених остају очувани под истим условима под којима су постојали пре трансфера[34], а који могу бити уређени националним законодавством, подзаконским општим актом и колективним уговорима о раду. Изузетак је ако су због трансфера испуњени услови утврђени националним правом и/или праксом, за поновни избор представника запослених[35].

Уколико због трансфера дође до престанка мандата представника запослених (на пример услед стечаја предузећа) представник запослених наставља да ужива заштиту, која иначе припада представницима запослених по истеку њиховог мандата, у складу са националним правом (законом, подзаконским актима) и/или праксом[36].

У Закону о раду предвиђена је посебна заштита представника запослених. Према члану 188. послодавац не може да откаже уговор о раду,

---

[33] "Службени гласник Републике Србије" бр. 61/05

[34] Члан 6. став 1. Директиве

[35] Члан 6. став 1. подстав 2. Директиве. Универзални стандарди о овом питању заштите представника запослених по истеку мандата нису дати у Конвенцији МОР-а бр. 135, већ у препоруци бр. 143 о представницима радника из 1971. године.

[36] Члан 6. став 2. Директиве. Универзални стандарди о овом питању дати су у Конвенцији МОР-а бр. 135.

нити на други начин да стави у неповољнији положај представника запослених за време обављања функције и годину дана по престанку функције, ако представник запослених поступа у складу са законом, општим актом и уговором о раду.

Колективни уговор о раду. Послодавац следбеник је дужан да поштује уговорене услове рада садржане у важећем колективном уговору о раду, до истека рока његовог важења или до закључења, односно ступања на снагу или примене другог колективног уговора о раду[37]. Ипак, Директива оставља могућност државама чланицама да ограниче период важења колективног уговора о раду, али не краће од рока важења од једне године[38].

Значајно је истаћи да Директива предвиђа минималне стандарде, односно оставља државама чланицама могућност да својим законима и подзаконским актима или колективним уговорима социјалних партнера предвиде повољније одредбе за запослене.

2. Правна решења у Закону о раду

Материја о положају запослених код промене послодавца регулисана је одредбама члана 147-152. Закона о раду, које су, у великој мери, усклађене са одредбама Директиве бр. 2001/23.

Усклађеност Закона о раду са Директивом се, огледа у прописивању захтева који се односе на промену послодавца и правне последице промене на судбину општих аката и уговора о раду, као и правни положај запослених и они ad litteram, одговарају условима за примену Директиве.

Према члану 147. Закона о раду, промене статуса послодавца могу да уследе у складу са законом. Реч је, пре свега о Закону о привредним друштвима и Закону о приватизацији, али и о другим законима који регулишу промену статуса јавних предузећа, установа и других правних лица која обављају економске активности, без обзира да ли је обављао делатност ради добити и да ли је та делатност главна или споредна.

У случају статусне промене у наведеном смислу, послодавац следбеник преузима од послодавца претходника општи акт и све уговоре о раду који важе на дан промене послодавца. Преузимање се врши без посеб-

[37] Члан 3. став 3. Директиве
[38] Члан 3. став 3. подстав 2. Директиве

ног споразума, јер таква обавеза није предвиђена одредбом члана 147. Закона о раду. Као дан промене узима се дан када је послодавац следбеник уписан у одговарајући јавни регистар.

Овакво законско одређење је у складу са основним циљем Директиве, а он јесте да се обезбеди да права и обавезе послодавца претходника који су настали из закљученог уговора о раду (радног односа), који је на снази на дан трансфера, буду пренета на послодавца следбеника, по основу самог трансфера.

Под општим актом из наведене одредбе треба разумети општи акт послодавца а то су колективни уговор и правилник о раду. Овде није реч о општем колективном уговору и посебном колективном уговору[39]. Да је тако, произилази из одредбе члана 150. став 1. Закона о раду који говори о дужности послодавца следбеника да примењује општи акт послодавца под условима из тог члана.

Сагласно одредби члана 148. Закона о раду, послодавац претходник дужан је да послодавца следбеника потпуно истинито обавести о правима и обавезама из општег акта и уговора о раду који се преносе.

У чему је значај и смисао ове одредбе и да ли њено непоштовање има утицај на очување индивидуалних права запослених?

Ова дужност послодавца претходника произилази из чињенице да се ради о универзалној сукцесији и то омогућује послодавцу следбенику да се непосредно упозна с правима, обавезама и одговорностима запослених и њега самог као новог послодавца. Међутим, неиспуњење ове дужности послодавца претходника према послодавцу следбенику не може да погађа стечена права и обавезе запослених. Закључени уговор о раду остаје на снази, односно радни однос не престаје на дан трансфера.

Одредбе члана 149. Закона о раду уређују обавештавање запослених чији се уговор о раду преноси и одбијање, односно неизјашњавање о преношењу уговора.

Запослени чији се уговор о раду преноси представљају другу уговорну страну у уговору, па је послодавац претходник дужан да их о преношењу уговора о раду писменим путем обавести. Уговор о раду сматра

[39] Врсте колективних уговора (члан 241)

се пренетим када запослени на то пристане и од тада запослени успоставља радни однос са послодавцем следбеником.

Какве правне последице настају уколико послодавац претходник прекрши обавезу обавештавања запосленог?

Уговор о раду запосленог има се сматрати и као важећи у односу на послодавца следбеника уколико је био на снази на дан промене послодавца. Иако се законодавац о томе у наведеној одредби не изјашњава, овакав закључак произилази из чињенице да кад настане промена послодавца, послодавац следбеник аутоматски преузима сва права и обавезе послодавца претходника који су настали из закљученог уговора о раду (радног односа). Дакле закључени уговор остаје на снази, односно радни однос не престаје на дан трансфера.

Међутим, ако запослени одбије пренос уговора о раду или се не изјасни у року од пет радних дана од дана достављања обавештења о преношењу уговора о раду на послодавца следбеника, послодавац претходник може запосленом да откаже уговор о раду. Реч "може" у исказу наведене норме указује да се ради о диспозитивној а не о императивној норми. Материјалноправна претпоставка за отказ је одбијање, односно неизјашњавање о преношењу уговора у назначеном року. Послодавац претходник је овлашћен да сам одлучи да ли ће дати отказ или неће. Дилема настаје у случају када се запослени не изјасни у назначеном року о преношењу уговора о раду, а послодавац претходник му не откаже уговор о раду. У таквој ситуацији запослени остаје у радном односу уколико ступи на рад код новог послодавца[40], јер је његов уговор на снази на дан промене послодавца.

Примена општег акта у случају промене послодавца прописана је чланом 150. Закона о раду. Послодавац следбеник дужан је да примењује општи акт послодавца претходника најмање годину дана од дана промене послодавца, осим ако пре истека тог рока: 1) истекне време на које је закључен колективни уговор код послодавца претходника; 2) код послодавца следбика буде закључен нови колективни уговор.

Поступак за промену колективног уговора може да отпочне пре истека важења колективног уговора, односно пре рока од годину дана, преговорима са репрезентативним синдикатом за закључење новог или промену преузетог колективног уговора.

[40] Члан 32. Закона о раду

Ако се преговори окончају успешно, закључује се нови колективни уговор или анексом врше измене преузетог колективног уговора. У случају да се постигне сагласност за закључење новог или промену преузетог колективног уговора исти остаје на снази и послодавац је у обавези да га примењује.

Ако рок важења колективног уговора наступи пре истека рока од годину дана, треба да се покрене поступак за закључење новог колективног уговора ако су испуњени услови за закључење колективног уговора код послодавца следбеника. У случају да се постигне сагласност закључује се нови колективни уговор. Ако се не постигне сагласност доноси се правилник о раду, под условима из члана 3. Закона о раду.

Чланом 264. Закона о раду прописано је да важење колективног уговора пре истека рока од три године може престати споразумом свих учесника или отказом, на начин утврђен законом. У случају отказа колективни уговор се примењује најдуже шест месеци од дана подношења отказа, с тим што су учесници дужни да поступак преговарања започну најкасније у року од 15 дана од дана подношења отказа.

Колективни уговор може да престане ако сви учесници колективног уговора постигну споразум да колективни уговор престаје да важи. Међутим, колективни уговор може да откаже сваки од учесника појединачног. Отказ треба да садржи разлоге због којих се отказује колективни уговор као и рок када престаје да важи. Ако колективним уговором није предвиђен други рок престанка важења колективног уговора, он престаје да важи по истеку шест месеци од дана када је поднет отказ.

Према томе, у случајевима из члана 147. Закона о раду, колективни уговор, послодавац следбеник је дужан да примењује најмање годину дана од дана промене послодавца, осим у случају истека рока важења колективног уговора или закључивања новог колективног уговора. Ово је изузетак од одредаба о отказу колективног уговора из члана 264. Закона, према којима се колективни уговор примењује најдуже шест месеци.

Одредбе Закона о раду које се односе на поступак промене послодавца, који се одвија уз одговарајуће учешће представника запослених (репрезентативни синдикат код послодавца) који ће бити обухваћени дејством промена, садржане су чланом 151. Прописани захтеви којима је условљено спровођење поступка промене односе се на: обавештавање синдиката код послодавца о променама, предузимање социјалних мера и непосредно обавештава-

ње запослених о променама ако код послодавца не постоји репрезентативни синдикат. Наиме, законом је предвиђена обавеза оба послодавца (претходника и следбеника) да најмање 15 дана пре промене послодавца, обавесте репрезентативни синдикат код послодавца о: 1) датуму или предложеном датуму промене послодавца; 2) разлозима за промену послодавца; 3) правним економским и социјалним последицама промене послодавца на положај запослених и мерама за њихово ублажавање.

Право на консултовање репрезентативног синдиката произилази из законом установљене обавезе послодавца претходника и послодавца следбеника да, најмање 15 дана пре промене послодавца, у сарадњи са репрезентативним синдикатом, предузму мере у циљу ублажавања социјално-економских последица на положај запослених.

Утврђивање наведених обавеза обезбеђује имплементацију одредаба Директиве о обавези обавештавања и консултовања представника запослених о свим важним аспектима положаја запослених код промене послодавца.

Наведене одредбе Закона о раду, обавештавању и консултовању представника запослених и непосредно самих запослених сагласне су и са одредбама Измењене Европске социјалне повеље у делу утврђивања права: на колективно преговарање (члан 6); на информисање и консултовање (члан 21); учешће у одлучивању о радним условима и радној средини и њиховом побољшању (члан 22).

Међутим, закон не предвиђа санкције у случају да послодавац претходник и послодавац следбеник не испуне своју обавезу обавештавања и консултовања представника запослених (односно самих запослених), иако Директива то предвиђа.

З а к љ у ч а к

Резултати анализе законских решења о положају запослених код промене послодавца, показују да законодавац следи релевантне комунитарне стандарде и да би њиховом применом могли бити остварени циљеви које им је определио законодавац.

Међутим, тај задатак не подразумева само усвајање новог института и његову усклађеност са одговарајућим стандардима, већ захтева и испуњење одговарајућих институционалних, управних, правосудних и економских претпоставки за примену и поштовање усклађених прописа, јер би они, у супротном били "илузорни и неделотворни".

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 : Interm-ex, 1993- (Београд : Радуниħ). -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

ГРАЂАНСКО ОДЕЉЕЊЕ

ПОСЕБНИ ПОСТУПЦИ

Стојан Јокић,
судија Врховног суда Србије

ХИПОТЕКАРНИ ПОВЕРИОЦИ И ЊИХОВА СУДСКА, ВАНСУДСКА И РАЗЛУЧНА НАМИРЕЊА

Појам хипотеке

Хипотека је као правни институт, позитивно први пут била регулисана у другој Југославији (послератни период од 1945. године) у Закону о основама својинско правних односа[1], у коме је хипотека била прописана као правни институт само у седам законских одредби тј. у чл. 63-69. Поменуте законске норме престале су да важе 25. 2. 2006. године као дана примене Закона о хипотеци[2].

Појам хипотеке је у члану 2. Закона о хипотеци прописан на следећи начин:

"Хипотека је заложно право на непокретности, која овлашћује повериоца да, ако дужник не исплати дуг о доспелости захтева наплату потраживања обезбеђеног хипотеком (у даљем тексту: потраживање) из вредности непокретности пре обичних поверилаца и пре доцнијих хипотекарних поверилаца (у даљем тексту: поверилац), без обзира у чијој својини се непокретност налази."

Законодавац овом одредбом прописује правни појам хипотеке, прихватањем њеног основног обележја од њеног историјског настанка па до сада. Прописује је као заложно право на непокретностима. Она је као реално обезбеђење, стварно право на туђој ствари. У односу на својину

[1] "Службени лист СФРЈ" бр. 10/80, 36/90 и "Службени лист СРЈ" бр. 29/96
[2] "Службени гласник РС" бр. 125/05, који је ступио на правну снагу 3. 1. 2006. године и примењује се почев од 25. 2. 2006. године

која је свеобухватно право на ствари које омогућава власнику све законом допуштене могућности коришћења ствари, хипотека је њен правни дериват који настаје рашчлањивањем својинских овлашћења. Отуда је она ограничено стварно право на туђој ствари које је настало из ограничења својине преносом извесних права на хипотекарног повериоца у односу на власника хипотековане непокретности. То је стварно право уновчења, које под одређеним претпоставкама омогућава уновчење ствари путем јавне продаје и без сагласности власника хипотеком оптерећене непокретности, ако он не отклони потребу за јавном продајом исплатом дуга.

Хипотекарни поверилац са потраживањем које дужник није платио о доспелости има овлашћење да захтева наплату потраживања обезбеђеног хипотеком из вредности непокретности. Наплата потраживања из вредности хипотеком оптерећене непокретности, зависи од пуноважности потраживања, које се наплаћује из хипотекарне непокретности. Зависност хипотеке од потраживања одређује њену акцесорну правну природу. Потраживање које је ништавно из било код разлога од самог настанка, јер је настало из правног посла противног члану 103. став 1. Закона о облигационим односима тј. противно принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима, не може се наплатити из хипотеком оптерећене непокретности. Међутим, да би се онемогућила наплата из хипотековане непокретности претходно је неопходно доношење судске одлуке којом ће се утврдити ништавност правног посла из кога је настало потраживање обезбеђено хипотеком. То исто важи и за рушљиве правне послове који су у судском поступку по захтеву уговорника – дужника као тужиоца поништени. Важи и за потраживања која су угашена исплатом или престала да постоје на неки други начин. Следом тога, из хипотековане непокретности може се само наплатити доспело пуноважно потраживање.

Поверилац мора бити увек поверилац са тачно одређеним потраживањем, што подразумева да мора постојати идентитет између хипотекарног повериоца и повериоца потраживања обезбеђеног хипотеком.

Право на наплату доспелог потраживања стиче се даном падања дужника у доцњу. Онда, када дужник не плати дуг о доспелости.

Дужник потраживања обезбеђеног хипотеком је најчешће и власник хипотеком оптерећене непокретности. Дакле, лични дужник повериоца је најчешће и хипотекарни дужник као власник хипотековане непо-

кретности. Ређе се дешава да неко трећи заложи своју непокретност, зарад обезбеђења повериочева потраживања према његовом дужнику. То ће се све ређе и дешавати обзиром на општу неликвидност, несигурност пословања, претећу незапосленост и потпуно другачији и озбиљнији приступ везан за реализацију хипотеке.

Из ове законске норме јасно произилазе овлашћења и права хипотекарног повериоца а она су:

- право намирења из вредности хипотековане непокретности;

- право првенства у наплати потраживања, и

- право следовања.

Настанак хипотеке

Закон о хипотеци у члану 8. законске норме, начин настанка и врсте хипотеке прописује на следећи начин:

"Хипотека настаје уписом у надлежни регистар непокретности на основу:

1) уговора или судског поравнања (уговорна хипотека);

2) заложне изјаве (једнострана хипотека);

3) закона (законска хипотека);

4) судске одлуке (судска хипотека).

Правила о уговорној хипотеци сходно се примењују на једностану, законску и судску хипотеку, осим ако је законом друкчије прописано."

Настанак, начин и врсте хипотеке су на другачији начин прописане у односу на одредбе ранијег Закона. И по одредбама ранијег Закона хипотека је стицана на основу правног посла, судске одлуке и закона с тим што је на основу правног посла или судске одлуке хипотека стицана уписом у јавну књигу или на други одговарајући начин одређен законом, а на основу закона хипотека је стицана у тренутку када су испуњени услови одређени законом.

Законска норма прописује да правни основ за настанак заложног права на непокретностима (titulus acirendi) може бити уговор или судско поравнање (уговорна хипотека), заложна изјава (једнострана хипотека), закон (законска хипотека) и судска одлука (судска хипотека).

Намирења хипотекарних поверилаца

Хипотекарни повериоци своја доспела, ненамирена потраживања намирују као извршни повериоци у судском поступку извршења по важећим одредбама Закона о извршном поступку, као повериоци из вансудске извршне хипотеке из члана 15. Закона о хипотеци, по одредбама о вансудском намирењу и као разлучни повериоци по одредбама раније важећег Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији (ЗППСЛ) и Закону о стечајном поступку.

Право на намирење је у Закону о хипотеци у члану 24. законске норме прописано:

"Хипотекарни поверилац може, ако дужник не исплати дуг о доспелости, да намири своје потраживање из вредности хипотеноване непокретности, без обзира у чијој својини или државини се она налази у том тренутку.

Намирење из става 1. овог члана спроводи се у складу са овим законом, односно законом којим се уређује извршни поступак, као и законом који уређује принудну наплату пореских потраживања на непокретностима.

Када је уговор о хипотеци сачињен у облику веродостојне исправе или извршне исправе из члана 15. овог закона, примењују се правила вансудског намирења утврђена овим законом."

Намирење извршног повериоца

Већ је речено да се хипотекарни поверилац намирује и као извршни поверилац по важећим одредбама Закона о извршном поступку. Намирује се из хипотекованих непокретности на којима су хипотеке настале пре ступања на правну снагу Закона о хипотеци и на хипотекованим непокретностима насталим по Закону о хипотеци, уколико се по том закону не

намирује из извршне вансудске хипотеке у поступку вансудског намирења. Дозвољена је и могућност прописана чланом 64. став 1. Закона о хипотеци, тј. да се намирење из хипотека насталих пре ступања на правну снагу Закона о хипотеци изврши по одредбама тог Закона, па и по одредбама о вансудском намирењу. То подразумева ситуацију у којој су уговорници, хипотекарни поверилац и хипотекарни дужник закључили уговор о вансудском намирењу, којим се хипотекарни поверилац овлашћује да се вансудски намири из хипотековане непокретности по одредбама Закона о хипотеци. Уколико се уговорници споразумеју да се намирење проведе по одредбама Закона о хипотеци, хипотекарни поверилац би стекао могућност и да се намири на основу са хипотекарним дужником закљученог накнадног уговора који је прописан у члану 27. Закона о хипотеци:

"Накнадни уговор је посебан уговор између хипотекарног повериоца и власника непокретности, закључен по доспелости обезбеђеног потраживања у писменој форми, са потписима овереним у суду, односно од стране другог законом овлашћеног органа а којим може да се уговори:

1) делимични или потпуни пренос права својине, односно другог стварног права на предмету хипотеке, на повериоца уместо испуњења дуга;

2) сваки други посао којим се постиже брисање хипотеке са непокретности.

Поверилац ће без одлагања обавестити дужника о накнадном уговору."

Ово је потпуно нова законска норма и односу на претходно важећу ранијим законом прописану хипотеку.

Накнадни уговор има своја посебно назначена, својства и правна дејства и законодавац с разлогом назначава да је то посебан уговор. Његова посебност се састоји у томе што се на посебан - другачији начин регулише намирење хипотеком обезбеђеног потраживања.

Правни основ за закључење овог посебног уговора налази се у већ претходно успостављеном стварно правном односу хипотекарног повериоца и хипотекарног дужника. То подразумева да пре закључења накнадног уговора, постоји засновано хипотекарно право – хипотека, хипотекар-

ног повериоца на непокретности власника који је оснивањем хипотеке на његовој непокретности стекао својство хипотекарног дужника. Накнадни уговор закључује се тек по доспелости хипотеком обезбеђеног потраживања. Закључује се по наступању дужничке доцње. Дужник долази у доцњу у смислу члана 324. став 1. Закона о облигационим односима кад не испуни обавезу у року одређеном за испуњење.

Закључује се само између хипотекарног повериоца и власника хипотековане непокретности као хипотекарног дужника. Само су они уговорници у накнадном уговору. Не и лични дужник хипотекарног повериоца који није истовремено и хипотекарни дужник као власник хипотековане непокретности. На то упућује одредба става 2. ове законске норме којом је прописано да ће поверилац без одлагања обавестити дужника о накнадном уговору.

Накнадни уговор се закључује у писменој форми а потписи уговорника оверавају на начин прописан овим законом.

Законодавац уговорницима дозвољава замену испуњења. Замена испуњења је као правни институт прописана чланом 308. став 1. Закона о облигационим односима, којом законском одредбом је прописано да обавеза престаје ако поверилац у споразуму са дужником прими нешто друго уместо онога што му се дугује.

Хипотекарни поверилац своје хипотеком обезбеђено потраживање може да намири уместо из вредности добијене продајом хипотековане непокретности, стицањем у целости или делимично права својине на хипотекованој непокретности. Уместо испуњења дуга, хипотекарни дужник врши замену испуњења преносом на хипотекарног повериоца делимично или у потпуности право својине на хипотекованој непокретности.

Замена испуњења може се уговорити и преносом другог стварног права на предмету хипотеке. Та друга стварна права су право службености и право стварног терета. Заснивање ових стварних права на непокретности на којој постоји право својине, а овде је то својина на хипотекованој непокретности, дозвољено је у смислу члана 6. став 1. сада Закона о основама својинско правних односа.

Право службености прописано је чланом 49-59. поменутог закона.

Службеност је стварно право на туђој непокретној ствари, на основу кога овлашћено лице има право да се користи туђом ствари на од-

ређени начин. Службености се деле на стварне и личне. Стварна службеност је везана за непокретност, а не за одређено лице што је случај код личних службености.

Закон о основама својинско-правних односа је у члану 60. прописао да се личне службености, право плодоуживања, право употребе, право становања, као и право стварног терета уређују законом.

Власник хипотекарне непокретности и хипотекарни поверилац би у случају неплаћања хипотеком обезбеђеног потраживања о року у смислу овлашћења из ове законске норме, могли да закључе накнадни уговор којим би уговорили право стварне службености, личних службености и стварног терета као реалног терета, а као замену испуњења. Замена испуњења извршила би се успостављањем стварних, личних службености и стварног терета у корист хипотекарног повериоца. Међутим, значај стварних и личних службености као и стварних терета је ограниченог домашаја и биће све минорнији за ову замену испуњења.

Намирење по одредбама Закона о извршном поступку

Извршни повериоци као хипотекарни повериоци се намирују у зависности од временског важења закона по одредбама раније важећег савезног Закона о извршном поступку[3] и сада важећег републичког Закона о извршном поступку[4].

Закон о извршном поступку прописује извршење ради наплате новчаног потраживања.

Под новчаним потраживањем сматра се свако потраживање повериоца које гласи на одређени новчани износ.

Средства извршења ради испуњења новчаног потраживања законом су тачно и јасно одређена.

Новчано потраживање се по закону може испунити и продајом непокретности тј. извршењем на непокретности дужника.

[3] "Службени лист СРЈ" бр. 28/00, 73/00 и 71/00
[4] "Службени гласник РС" бр. 125/04

Извршење на непокретности дужника закон прописује у својим одредбама од члана 98. па закључно са чланом 153. Законског текста.

НАМИРЕЊЕ ИЗВРШНИХ ПОВЕРИЛАЦА

Намирењу се приступа по правоснажности решења о предаји непокретности купцу.

Из продајне цене намирују се извршни поверилац, по чијем предлогу је одређено извршење, заложни повериоци и кад нису пријавили своја потраживања и лица која имају право на накнаду за личне службености. Вишак продајне цене који преостане након поменутог намирења предаће се извршном дужнику ако за то не постоје сметње. Ако продајна цена није довољна за потпуно намирење, више потраживања која имају исти ред, намирују се сразмерно висини тих потраживања.

Првенствено намирење

Прописано је у члану 140. Закона на следећи начин:

"Из износа добијеног продајом намирују се првенствено и то следећим редом:

1) трошкови извршног поступка;

2) потраживање по основу законског издржавања, ако се доказују извршном исправом и ако су пријављена најдоцније на рочишту за продају."

Ред намирења осталих потраживања

У члану 141. став I тачка 3 и у ставу II прописан је ред и редослед намирења заложних хипотекарних поверилаца

"По намирењу потраживања из члана 140. овог Закона намирују се:

1) потрживања обезбеђена заложним правом;

Заложни повериоци намирују се по редоследу заложног права, а повериоци накнаде за личне службености и стварне терете по реду уписа у јавну књигу."

Потраживања обезбеђена заложним правом – хипотеком под редом намирења осталих потраживања су тек на трећем месту. Не котирају се високо. Имају запостављени редослед намирења у смислу овог закона.

Рочиште за деобу, решење о намирењу и брисање права и терета

По правоснажности решења о предаји непокретности купцу, суд одређује рочиште за деобу износа добијеног продајом. На рочиште се поред странака, позивају и лица која према стању у списима и према подацима из јавне књиге полажу право да се намире из износа добијеног продајом. У позиву ће се та лица упозорити да ће се потраживање извршног повериоца који не дође на рочиште узети према стању које произилази из јавне књиге и списа, као и да најдоцније на рочишту за деобу, могу другом оспорити постојање потраживања, његову висину и ред по коме има право да се намири. На рочишту се расправља о намирењу извршних поверилаца и других лица која постављају захтев за намирење.

После одржаног рочишта за деобу, о намирењу поверилаца и других лица која полажу право на намирење суд одлучује решењем у коме узима у обзир стање које произилази из списа, јавне књиге, као и стање утврђено на рочишту. Приликом доношења овог решења суд узима у обзир само она потраживања по којима је решење о извршењу постало правоснажно најдоцније на дан рочишта за деобу. Ако има потраживања по којима решење о извршењу није правоснажно, на дан рочишта за деобу, та потраживања намириће се по правоснажности решења о извршењу из преосталог износа продајне цене, ако га има а остатак ће се вратити извршном дужнику.

По правоснажности решења о намирењу, суд решењем одређује да се у јавној књизи бришу уписана права и терети, осим оних који остају на непокретности после предаје непокретности купцу које је купац преузео.

Налазим за битно да истакнем да се хипотекарни поверилац у извршном поступку намирује и уколико сам није поднео предлог за извршење као извршни поверилац. Намирује се као да је сам поднео предлог за извршење на основу законом прописаног и заснованог заложног – хипотекарног права.

ВАНСУДСКИ ПОСТУПАК НАМИРЕЊА

Вансудски поступак намирења прописан је у глави II у одредбама члана 29 – 38. Закона о хипотеци. Прописивањем вансудског поступка намирења и права хипотекарног повериоца чија хипотека је заснована на извршној исправи из члана 15. Закона тј. на уговору о хипотеци и заложној изјави законодавац уводи новину која до сада у нашем праву није постојала како у српском, тако потом и у праву које је примењивано на подручју прве Југославије, потом нове Југославије и тиме одступа од једног од основних начела хипотекарног права, начела официјелности.

Поменути поступак намирења почиње слањем ***прве опомене*** а њени елементи прописани су у члану 29. Закона о хипотеци у седам обавезних тачака. Прву опомену хипотекарни поверилац доставља дужнику и власнику предмета хипотеке уколико су различита лица.

Право продаје повериоца

Чланом 31. став 3. тачка 1. Закона прописно је у ком року поверилац може приступити продаји непокретности. Тај рок прописан је и ставом 1. овог члана. Законодавац овом законском нормом овлашћује повериоца коме није исплаћен дуг до дана правноснажности решења о забележби хипотекарне продаје, од чијег издавања је прошао рок од 30 дана да приступи продаји хипотековане непокретности путем аукције или непосредне погодбе. Поверилац диспонира са правом избора продаје. На избор продаје не може да утиче ни дужник нити хипотекарни дужник који није и лични дужник повериоца. Није дозвољено истовремено одредити оба начина продаје. Поверилац мора прво да одреди један начин продаје. Уколико продаја по тако изабраном начину не успе, повериоцу стоји на располагању могућност да одреди други начин продаје.

Продаји претходи утврђење оријентационе тржишне вредности непокретности. Тржишну вредност хипотековане непокретности утврђује за то овлашћени судски вештак са листе судских вештака. Вештака ангажује поверилац. Вештак ангажован по налогу повериоца утврђује оријентациону утврђену вредност. Ту вредност утврђује по правилима струке и исказује је у писменом налазу и мишљењу.

Аукцијска продаја

- Члан 35. Закона о хипотеци -

Оглас о аукцијској продаји хипотековане непокретности објављује се у дневном листу који се продаје у региону у коме се налази хипотекована непокретност и то најмање 45 дана пре заказане продаје.

Спорност може представљати који је то дневни лист који се продаје у региону у коме се налази хипотекована непокретност. Дневних листова је заиста много. Углавном се сви дистрибуирају на подручју целе Републике Србије. Неки су са мањим неки са већим, а неки са јако малим тиражом. Право избора дневног листа је право са којим диспонира поверилац. Њему је у интересу да оглас објави у тиражнијем дневном листу. То је у циљу ширег обавештења. Обавештења са којим ће се упознати више лица тј. читалаца тог дневног листа.

Законодавац у ставу 3. прописује шта оглас о аукцијској продаји мора да садржи. Прописује нужне елементе са којим се мора упознати свако заинтересовано лице о аукцијом оглашеној продаји хипотековане непокретности.

Законском нормом прописана је обавеза повериоца да истовремено са оглашавањем аукцијске продаје хипотековане непокретности пошаље обавештење о огласу дужнику, власнику непокретности, односно трећим лицима која имају право на хипотекованој непокретности. То је обавештење о огласу. Оно у себи мора да садржи све елементе огласа. Поред тога мора да садржи и изјаву у ком року се може исплатити целокупан дуг да би се избегла продаја.

Може бити спорно која то трећа лица поверилац треба да обавести о огласу, а која имају права на хипотекованој непокретности. Мислим да су то пре свега лица са стварно правним овлашћењима према хипотекованој непокретности уписаним у регистар непокретности. То су позната лица јер је регистар непокретности јаван и доступан свима па и повериоцу и отуда ова лица као трећа лица из ове законске норме поверилац мора да обавести о огласу. Друге повериоце који своја доспела потраживања могу наплатити из хипотековане непокретности а који му нису познати не мора нити може да обавештава.

Дужник, власник непокретности који то није, трећа лица која имају права на хипотекованој непокретности као и било ко други могу да исплате целокупан дуг у складу са изјавом повериоца датом у обавештењу у ком року се може исплатити целокупан дуг да би се избегла продаја. Исплатом дуга престаје облигација. Престаје обавеза.

Почетна цена на првој аукцијској продаји не може бити нижа од 75% од процењене вредности.

Уколико не успе прва аукција, почетна цена на другој аукцији не може бити нижа од 60% од процењене вредности.

Законодавац у ставу 7. ове законске норме прописује могућност продаје на првој и другој аукцији и по нижим ценама од законом прописаних. Продаја по тим нижим ценама могућа је уколико то уговоре поверилац и власник односно дужник. Уговор се сачињава у писменом облику, приликом организовања аукцијске продаје.

Спорност може представљати до ког момента се у писменом облику може уговорити продаја хипотековане непокретности по нижој цени од законом прописане за прву и другу аукцију. Шта значи моменат приликом организовања аукцијске продаје. Докле он траје. Да ли то подразумева моменат до оглашавања одржавања аукцијске продаје или то може да се уговори и касније. Ако може касније докле. До ког момента. Мислим да је овај рок у искључивој диспозицији уговорника. Под тим подразумевам да уговорници могу и на сам дан аукцијске продаје да уговоре и да то писмено уобличе и продају изврше по нижој цени, на пример по цени коју је на аукцијској продаји понудио купац.

Међутим, када лични дужник и хипотекарни дужник нису иста лица спорност може представљати питање да ли се лични дужник може противити продаји по цени нижој од законом прописане. Цени коју су уговорили његов поверилац и власник хипотековане непокретности. Мислим да не може. Код овако израженог става полазим од циљног тумачења закона и циља хипотеке. Хипотекарно право конституисано је у интересу повериоца. У циљу обезбеђења и намирења његовог новчаног потраживања. Отуда је пре свега у његовом интересу да се у што већем проценту намири из хипотековане непокретности. Законска норма је прописана у интересу повериоца који не мора да прихвати власник хипотековане непокретности. Не и у интересу личног ду-

жника хипотекарног повериоца. Зато ни не треба да буде уговорник чија сагаласност је потребна за уговарање цене на аукцијским продајама која је нижа од законом прописане тржишне цене.

Спорно може бити и питање ко мора да закључи овај уговор. Уговор о продаји непокретности по цени нижој од законом прописане најниже прве и друге аукцијске цене. Нема сумње да уговор закључује као један од уговорника поверилац, или лице коме је поверена продаја. Такође нема сумње да је увек други уговорник купац хипотековане непокретности на аукцији.

Законодавац у ставу 8. ове законске норме овлашћује повериоца да може сам да да сопствену понуду на аукцији. То подразумева да може да купи хипотековану непокретност и као купац учествује у аукцијској продаји.

Продаја непосредном погодбом

- Члан 36. Закона о хипотеци -

Законодавац је и овде одступио од начела официјелности. Дозвољава хипотекарном повериоцу да на основу правоснажног решења о забележби хипотекарне продаје, а по истеку рока од 30 дана од дана издавања решења прода хипотекарну непокретност непосредном погодбом.

Мислим, да је законодавац при прописивању ове норме морао да буде обазривији. Обазривији у смислу прописивања тржишне цене по којој се хипотекована непокретност сме продати. Иако су обејктивно реални разлози условљени стварним стањем тржишта непокретности мотивисали законодавца за прописивање ове норме, мислим да законодавац и поред тих објективних разлога није смео норму тако да пропише и препусти хипотекарном повериоцу слободу одлучивања у смислу утврђивања приближне тржишне вредности хипотековане непокретности.

Налазим за потребно да овде напоменем да се законодавац и у другим областима права ретко одлучује да законском нормом утврђивање објективних мерила препусти чак и суду. То невољно чини само кад не постоји други начин утврђења. Ту слободу одлучивања путем објективизирања мерила законодавац даје суду само код накнаде штете нематеријалне и материјалне на начин прописан Законом о облигационим односима и на начин прописан чланом 224. Закона о парничном поступку.

Под тржишном ценом законодавац подразумева уобичајену цену која се може постићи продајом те непокретности у време хипотекарне продаје.

Тржишна цена је пре свега цена која се може постићи на тржишту. Њу не одређује стварна вредност непокретности него тржиште. Понуда и тражња. Атрактивност локације на којој се налази хипотекована непокретност. Намена хипотековане непокретности. Поменуте чињенице често воде томе да је тржишна цена знатно мања од стварне – грађевинске цене хипотековане непокретности. То се пре свега односи на хипотековане непокретности на неатрактивним локацијама. Локацијама за које је мало ко или пак нико заинтересован. Тако на пример готово у свим банатским селима која истовремено нису и приградска насељена места готово да не постоји тржишна вредност стамбених зграда и помоћних објеката изграђених уз њих. Стамбене зграде су празне. Нико не живи у њима. Нико није заинтересован да их купи. Чини ми се да је то тако и у већини сеоских насеља у целој Републици Србији.

Отуда је код хипотекованих непокретности које сам поменуо, које су непродате, које немају тржишну цену, тржишна цена само она цена коју понуди неко. Коју понуди заинтересовани купац. Тако понуђена цена се мора сматрати уобичајеном ценом у смислу законске норме. То даље подразумева да када су у питању поменуте хипотековане непокретности проблем утврђивања приближне тржишне цене, не постоји, јер уобичајене тржишне цене нема тамо где не постоји понуда и тражња, јер у ствари уопште и не постоји промет непокретности.

Поверилац је по закону овлашћен да сам одлучује како ће продавати хипотековану непокретност. Може то да уради сам, да за њену продају ангажује као пуномоћника адвоката или агенцију за промет непокретности.

Ставом 5. ове законске норме прописана је обавеза хипотекарног повериоца да најкасније у року од 15 дана пре закључења уговора о продаји непокретности о намери закључења тог уговора обавести дужника, власника непокретности и лица која имају друга права на непокретности. Дакле, поверилац је обавезан да о томе обавести и личног дужника.

Трећа лица која имају друга права на хипотекованој непокретности су лица која сам поменуо код претходне законске одредбе тј. иста ли-

ца којима хипотекарни поверилац обавезно доставља обавештење о огласу о аукцијској продаји.

Обавештење садржи износ целокупног потраживања, процењену вредност непокретности, битне елементе уговора о продаји непокретности, датум за када се предвиђа закључење уговора о купопродаји, начин на који ће се средства добијена од продаје расподелити, датум када непокретност мора бити исељена и испражњена и у ком року може да се испуни целокупна обавеза, да би се избегла продаја непокретности.

Овако прописаном нормом законодавац штити сва заинтересована лица за хипотековану непокретност. Прво личног дужника, потом власника хипотековане непокретности као хипотекарног дужника и на крају трећа лица која полажу право на хипотекарну непокретност. Даје им могућност да испуњењем целокупне обавезе за коју је дато хипотекарно обезбеђење спрече намеравану продају хипотековане непокретности, испод уобичајене цене приближне тржишној.

Вансудско намирење из предмета хипотеке
као објекта у изградњи

- Уступање одобрења за градњу-

Уступање одобрења за градњу законодавац је прописао у члану 39. Закона на следећи начин:

"Ако је предмет хипотеке објекат у изградњи, његова продаја ради намирења врши се уступањем права градње утврђеног правоснажним одобрењем за градњу, уз накнаду, и продајом ствари које су уграђене у објекат у изградњи.

Орган који је издао одобрење за градњу, на захтев купца објекта у изградњи, издаће без одлагања купцу истоветно одобрење за градњу на његово име и поништити старо одобрење за градњу.

У случају из става 2. овог члана, купац по самом закону ступа у сва права и обавезе продавца по основу одобрења и пре издавања одобрења купцу."

Законодавац у овој законској норми одступа од решења која садржи Закон о планирању и изградњи, тако што одобрење за градњу и сва

права и обавезе на основу којих је оно издато укључујући и право коришћења на градском грађевинском земљишту приликом хипотекарне продаје уступа купцу.

Иако одобрење за градњу у начелу представља појединачно и непреносиво управно решење, законодавац у овој законској норми уводи одступање од општег принципа да би се што пре наставила градња и увела ликвидност инвестиције претходног инвеститора. Законодавац налаже органу који је издао одобрење за градњу, да само на основу увида у уговор о куповини објекта у изградњи изда купцу истоветно решење без одлагања али сада на име купца. Изузев имена купца једина измена решења о одобрењу за градњу односила би се на рок завршетка градње који би био одложен на реалан рок у коме купац – нови инвеститор може да заврши објекат.

У циљу избегавања сваког одлагања, а да би купац – нови инвеститор могао одмах по куповини да настави градњу, законодавац прописује да од момента куповине објекта у изградњи, чак и уколико ништа није грађено, по самом закону, купац ступа у сва права и обавезе бившег инвеститора – претходног носиоца дозволе за градњу, што наравно не даје право управном органу који је издао дозволу за градњу да не поступа хитно и без одлагања и изда купцу ново решење за изградњу на његово име.

Намирење хипотекарног повериоца из предмета хипотеке која представља објекат у изградњи врши се продајом објекта у изградњи. Продаја се реализује тако што се прво врши уступање права градње утврђеног правноснажним решењем којим је издато одобрење за градњу. Купац објекта у изградњи коме је уступљено право градње подноси захтев надлежном управном органу за издавање одобрења за градњу на његово име, тј. да му управни орган изда одобрење за градњу које је издато претходном хипотекарном власнику. Управни орган истовремено поништава старо одобрење за градњу издато бившем хипотекарном власнику.

Хипотекарни поверилац се истовремено намирује и из цене добијене продајом ствари које су уграђене у објекат у изградњи.

Одобрење за градњу на тржишту непокретности у Србији има своју тржишну цену. Та тржишна цена креће се у Београду између 20 до 30% изграђене површине или вредности објекта који се на основу одобрења за градњу сме и може изградити. Уговори о суфинансирању о којима је већ било ре-

чи код члана 3. став 1. тачка 6. и члана 11. закона, представљају у животу начин да се споји одобрење за градњу које се издаје имаоцу права коришћења на градском грађевинском земљишту и инвеститор коме то одобрење није издато. Инвеститор је у смислу Закона о планирању и изградњи лице за чије потребе се гради објекат, односно које финансира изградњу објекта и на чије име се издаје одобрење за изградњу. Инвеститор уствари сноси трошак и највећи део користи у правилу између 70 и 80% изградње објекта. То подразумева да је у наш правни живот уведена преносивост права коришћења, упркос забрани њене преносивости из Закона о планирању и изградњи и та пракса је као животна и прихваћена, зато што би потпуна забрана преноса из поменутог закона угушила потребе грађевинарства, а тиме и стамбене потребе грађана и привредни развој земље.

Изнето упућује на то да на нашем тржишту непокретности постоји тржишна цена одобрења за градњу а тиме и права коришћења и она је од стране надлежних државних преко тзв. уговора о суфинансирању и легализована.

Тржишну цену објекта у изградњи у хипотекарној продаји чини збир цене одобрења за градњу и вредност материјала и рада уложеног у објекат у изградњи уколико је започет. Ако градња није започета, већ постоји само одобрење за градњу, вредност је она коју инвеститори типично плаћају у том месту. У Београду је она као што је већ речено око 20 до 30% квадратуре или вредности објекта који се може изградити по том одобрењу за градњу.

Правило је на жалост да већина инвеститора у току градње остане без средстава, што резултира тиме да објекти као авети руже околину и тако стоје неретко и по више година док инвеститор не стекне могућност да настави градњу или пак преко уговора о суфинансирању не прода полуизграђени објекат.

Све поменуто има за потребу финансирање заснивањем хипотека на објектима у изградњи, потребу и могућност да објекат у изградњи и право грађења буду продати по тржишној цени како би могли да функционишу као средство обезбеђења као и потребу да недовршени објекти па и само одобрење за градњу у случају финансијске неликвидности инвеститора што пре пређу у руке другог инвеститора који ће ту локацију брзо изградити у складу са одобрењем за градњу издату првом инвеститору.

- Расподела средстава добијених вансудском продајом непокретности -

Ова расподела прописна је чланом 41. Закона о хипотеци. Њоме је прописано да је поверилац обавезан да у року од седам дана од дана наплате продајне цене непокретности прво намири трошкове продаје, укључујући и хонораре трећих лица.

Спорност може представљати чињеница из чега се састоје трошкови продаје. Они се пре свега састоје у потраживању накнаде за учињене трошкове из члана 19. став 3. овог закона, ком намирењу је законодавац одредио првенство у наплати у односу на све уписане терете. Дакле, ово потраживање се као и трошкови продаје по редоследу намирења прво намирује. Потраживање накнаде за учињене трошкове се намирује у конкуренцији са трошковима продаје у које спадају уобичајени и неопходни трошкови које је поверилац имао при продаји непокретности. У те трошкове спадају и хонорари трећих лица уколико су ангажована у продаји. То могу бити адвокати или Агенције за промет непокретности из члана 36. став 4. закона. Њима припада уобичајени хонорар прописан када су у питању адвокати важећом Тарифом о наградама и накнади трошкова за рад адвоката, а када је у питању Агенција за промет непокретности уобичајена провизија за ту врсту посла.

Други по реду намирења је хипотекарни поверилац првог исплатног реда. Потом следи намирење хипотекарних поверилаца истог реда намирења или са нижим редом намирења, а у смислу намирења из члана 40. овог закона.

У односу на намирења у судском извршном поступку по одредбама Закона о извршном поступку хипотекарни поверилац је код овог намирења у знатно бољем положају у смислу редоследа намирења. Изједначен је са намирењем разлучних поверилаца из члана 42. овог Закона који се намирују у поступку стечаја.

Преостали износ по намирењу поменутих потраживања припада дужнику и поверилац је дужан да га и преда дужнику.

Законска норма прописана ставом 2. ове законске одредбе подразумева обавезну транспарентност трошкова продаје, адвокатског хонорара и агенцијске провизије и расподеле средстава добијених продајом. Ко-

начан обрачун који поверилац мора да достави дужнику и свим трећим лицима која имају право на непокретности, мора да буде јасан, прегледан и документован. Тиме се омогућава и постиже контрола трошкова продаје и расподеле средстава добијених вансудском продајом непокретности.

РАЗЛУЧНА НАМИРЕЊА

Хипотекарни повериоци се у поступку стечаја намирују као разлучни повериоци. Закон о хипотеци је у члану 42. под поднасловом ***"Стечај"*** прописао:

"Ако је предмет хипотеке у стечајном поступку, поверилац има разлучно право засебног намирења из вредности непокретности."

У овој законској норми законодавац ближе не објашњава појам разлучног права, стицање тог права и његову реализацију путем намирења из хипотековане непокретности стечајног дужника, што подразумева потребу да се та права објасне у смислу важећих специјалних закона по којима се и остварују.

Разлучна права у стечајном поступку

Хипотекарна права даном отварања поступка стечаја или покретања поступка стечаја над стечајним дужником уколико су стечена на начин прописан стечајним законима постају разлучна права и намирују се на начин прописан овим законима.

Како су у току остварења разлучних права стечених по Закону о принудном поравнању, стечају и ликвидацији[5] налазим за потребно и да укажем на разлучна права прописана овим законом који је престао да важи ступањем на правну снагу Закона о стечајном поступку[6].

Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији (ЗППСЛ) је само у одредбама члана 117. и 118. регулисао разлучна права.

Разлучна права су према поменутом законском пропису, право одвојеног намирења из одређених ствари, односно имовине дужника. Она

[5] "Службени лист СФРЈ" бр. 84/89 и "Службени лист СРЈ" бр. 37/90 и 28/96
[6] "Службени гласник РС" бр. 84/2004 и 85/2005

се по закону стичу на основу заложног права, права намирења, права ретенције и других разлучних права.

ЗППСЛ није одређивао разлучна права на основу којих се стиче право одвојеног намирења, осим што су поименично наведена.

Закон о стечајном поступку који је на правну снагу ступио 3. фебруара 2005. године када је престао да важи ЗППСЛ, не прописује под посебним насловом разлучна права. Отуда се појам разлучног права мора тражити у законском тексту у коме се директно или индиректно то право помиње. То је део законског текста под називом **"Разлучни повериоци"** прописан чланом 38. закона. Поменутом законском одредбом прописано је да повериоци који имају заложно право или право намирења на стварима или правима о којима се воде јавне књиге или регистри имају право на намирење на тој ствари или праву, да разлучни повериоци имају право намирења из средстава стечених продајом имовине на којој су стекли разлучна права, да остваривање тих права може бити привремено одложено у случајевима из члана 47. и 73. овог закона и да повериоци који имају државину и права задржавања ствари нису дужни да предају ствар стечајном дужнику док им се не исплати њихово разлучно потраживање. Из ове законске одредбе произилази да се разлучно право као право одвојеног намирења, стиче на основу заложног права, права намирења на стварима или правима о којима се воде јавне књиге или регистри, као и на основу права задржавања - ретенције.

Ставом 5. поменуте законске одредбе прописано је да разлучна права стечена извршењем или обезбеђењем за последњих 60 дана пре дана покретања стечајног поступка ради принудног намирења или обезбеђења престају да важе. То даље подразумева да се разлучна права стичу извршењем или обезбеђењем ради принудног намирења или обезбеђења одређеног 60 дана пре покретања стечајног поступка.

Следствено изнетом произилази да је сада важећи Закон о стечајном поступку прихватио решење из члана 117. став 1. ЗППСЛ, прописивањем да се права одвојеног намирења стичу на основу заложног права, права намирења и права задржавања – ретенције. Изричито се у закону не помињу друга разлучна права као основ за стицање права одвојеног намирења.

Закон о стечајном поступку у члану 73. став 3. прописује да се уписи права на одвојено намирење у јавне књиге и регистре могу одобрити и спровести и после покретања стечајног поступка ако су услови за упис наступили пре дана покретања стечајног поступка осим ако овим законом није друкчије одређено. То је нова законска норма која није постојала у ЗППСЛ.

Остварење разлучног права у стечајном поступку

- Пријава потраживања-

Разлучно право остварује се путем пријаве потраживања. Разлучни поверилац у смислу члана 90. став 1. тачка 4. Закона о стечајном поступку у пријави потраживања мора да означи, ствар на којој је стекао разлучно право уколико се ради о обезбеђеном потраживању износ његовог потраживања, које није обезбеђено, ако његово потраживање није у целини обезбеђено. Под обезбеђеним потраживањем сматрају се разлучна права заснована на заложном праву и праву стеченом обезбеђењем и извршењем.

Пријава потраживања подноси се у року за пријаву потраживања, који одређује стечајно веће у решењу о покретању стечајног поступка. Рок за пријаву потраживања из става 1. тачке 6. члана 56. Закона о стечајном поступку не може бити дужи од 60 дана од дана објављивања огласа о покретању стечајног поступка.

У судској пракси појавиле су се дилеме да ли разлучни поверилац треба да поднесе пријаву потраживања обзиром на стечено право одвојеног намирења, а ако треба у ком року је дужан да понесе пријаву потраживања.

Процесни домашај разлучне пријаве потраживања био је као правни проблем истицан и за време важења ЗППСЛ. Појављује се као правни проблем и у сада важећем Закону о стечајном поступку.

Разлучно право остварује се само путем пријаве потраживања. Законодавац прописује обавезу и разлучном повериоцу да пријави своје потраживање. Без разлучне пријаве потраживања као иницијалног акта на основу кога се може остварити разлучно право у стечајном поступку, разлучни поверилац не може да се намири. Губи право на намирење. То про-

изилази из члана 117. Закона о стечајном поступку који прописује решење о главној деоби. Из те законске норме произилази да би разлучни поверилац који није поднео разлучну пријаву потраживања могао да је поднесе стечајном већу у року од 15 дана од дана кад је стечајно веће примило нацрт за главну деобу и да истовремено са разлучном пријавом потраживања поднесе и приговор на нацрт за главну деобу. У пријави и приговору мора да назначи да има право одвојеног намирења – разлучно право на хипотекованој непокретности стечајног дужника која је продата а из које продаје није намирено његово разлучно право. О тако поднетој пријави потраживања и приговору на нацрт за главну деобу стечајно веће би морало да одлучи на рочишту ради одлучивања о приговору и пријави и да потом након мериторног расправљања донесе решење о главној деоби.

У решењу о главној деоби мора да одлучи о разлучној пријави потраживања, приговору на нацрт за главну деобу и утврди постојање или непостојање разлучног права.

Уколико разлучни поверилац пропусти рок од 15 дана од дана када је стечајно веће примило од стечајног управника нацрт за главну деобу о његовом приговору и разлучној пријави потраживања се не може одлучивати. Пропустио је рок и тиме изгубио право на разлучно намирење.

Стечајно веће тако поднету пријаву потраживања и приговор на нацрт за главну деобу одбацује. Одбацује их као недозвољене и као неблаговремене.

При том се указује да стечајни управник нема упориште у закону да намири разлучног повериоца у смислу члана 111. став 9. овог Закона из остварене цене продајом хипотековане непокретности на којој је стечено претпостављено разлучно право уколико разлучни поверилац није поднео и пријаву потраживања. Законски основ за намирење разлучног повериоца који није поднео пријаву потраживања не постоји ни у ситуацији у којој се према пословним евиденцијама стечајног дужника евидентира постојање тог права.

Овакво правно решење за хипотекарног повериоца прописано је и чланом 141. став 4. Закона о извршном поступку.

О сваком праву одлучује се само на основу поднетог захтева. Тај захтев је у стечајном поступку пријава потраживања разлучног повериоца

за намирење из хипотековане непокретности на којој је по отварању поступка стечаја као хипотекарни поверилац стекао својство разлучног повериоца. Повериоца са правом одвојеног намирења.

Свако другачије одлучивање по разлучној пријави потраживања поднетој по протеку поменутог рока, онемогућава доследну примену стечајног закона, чини беспредметним рад органа стечајног поступка до доношења решења о главној деоби.

Намирење разлучних поверилаца

Разлучни повериоци се намирују из вредности остварене продајом ствари на којој имају разлучно право. Вредност те ствари може бити у висини утврђеног разлучног права, већа или мања од потраживања обезбеђеног разлучним правом.

По доношењу закључка стечајног судије и уновчењу стечајне масе (целокупне или дела имовине), продају целокупне имовине и другог дела имовине врши стечајни управник или лице које он овласти. Поступак продаје прописан је чланом 111. Закона. Пре продаје имовине стечајни управник је дужан да разлучним повериоцима који имају обезбеђено потраживање на имовини која се продаје, достави обавештење о намери, плану продаје, начину продаје и роковима продаје. Обавештење се мора доставити у роковима прописаним овом законском нормом и оно мора да садржи све што је прописано у њој. Ставом 5. члана 111. Закона прописано је да када је имовина која се продаје предмет обезбеђења потраживања једног или више разлучних поверилаца, разлучни поверилац може у року од 10 дана од дана пријема обавештења о предложеној продаји да предложи повољнији начин уновчења имовине. Разлучни поверилац предлог подноси стечајном управнику јер он разлучним повериоцима доставља обавештење о продаји и условима продаје.

Разлучни повериоци се намирују из имовине која је била предмет одвојеног намирења – разлучног права на коме је засновано право одвојеног намирења. Намирују се на начин прописан чланом 10. став 111. Закона којом законском одредбом је прописано да ако је имовина била предмет обезбеђења потраживања једног или више разлучних поверилаца, из остварене цене првенствено се намирују трошкови продаје, а из преосталог износа исплаћују се разлучни повериоци чије је потраживање било

обезбеђено продатом имовином у складу са њиховим правом приоритета. Намирење разлучних поверилаца мора бити извршено у року од три дана од дана када је стечајни управник примио средства по основу продаје имовине. Ако после намирења разлучних поверилаца преостану средства целокупан преостали износ улази у стечајну масу и дели се стечајним повериоцима у складу са одредбама које се односе на деобу.

Продаја стечајног дужника или делова стечајног дужника и разлучна права

ЗППСЛ је у члану 129. став 1. прописивао да стечајно веће, може пошто претходно прибави мишљење повериоца и стечајног управника на основу процене, односно спроведеног вештачења одлучити да се дужник као правно лице изложи продаји.

После продаје дужника као правног лица у смислу поменуте законске одредбе, стечајни поступак је у односу на дужника обустављан, али се поступак настављао против стечајне масе коју заступа стечајни управник ради намирења поверилаца (члан 130. став 1. ЗППСЛ).

Ставом 5. члана 130. ЗППСЛ било је прописано да разлучна права остају на снази после продаје дужника као правног лица, да ће то право престати у оној мери у којој ће бити остварено у настављеном стечајном поступку у смислу става 1. поменуте законске норме.

Закон о стечајном поступку је у члану 112. став 1. прописао да предмет продаје може бити стечајни дужник као правно лице или његови делови који престављају функционалну целину уз сагласност одбора поверилаца. Продаја стечајног дужника као правног лица или делова имовине који представљају функционалну целину условљена је сагласношћу одбора поверилаца. Без те изричите сагласности поверилаца не може се одобрити поменута продаја.

Стечајни управник је у смислу члана 112. став 2. Закона дужан да пре него што изложи продају стечајног дужника, као правног лица, односно његове делове изврши на прописан начин процену њихове вредности. Уколико је на делу имовине стечајног дужника, имовини или делу имовине која представља функционалну целину разлучних поверилаца, стечено право одвојеног намирења, неопходно је извршити посебну – одвојену

процену имовине која се уновчава, а на којој је стечено право одвојеног намирења. Таквим практичним и целисходним поступањем избећи ће се евентуални проблеми при намирењу разлучних поверилаца из члана 113. став 3. овог Закона. Законском нормом је прописано да у случају када је стечајни дужник продат као правно лице или када је продат део стечајног дужника, разлучни повериоци који су имали разлучно право на било ком делу имовине имају право приоритета у деоби средстава остварених продајом, према рангу приоритета који су стекли у складу са законом.

У односу на ЗППСЛ и његову норму из члана 130. став 5. сада важећи закон у ставу 4. члана 113. прописује другачију законску норму. Њоме је прописано да за потраживања према стечајном дужнику која су настала до обуставе стечајног поступка ни стечајни дужник ни његов купац не одговарају повериоцима. У смислу поменуте законске норме разлучни повериоци се намирују само из уновчене ствари на коју су имали право одвојеног намирења. Таквим намирењем угашена су њихова разлучна права. Престала су сва даља права намирења из уновчене ствари на којој је постојало право одвојеног намирења. На купца је у смислу члана 111. став 9. Закона исплатом цене имовина пренета без терета. Стога стечајни судија у смислу члана 111. став 9. закона по службеној дужности по исплати куповне цене, мора да донесе решење о брисању уписаног разлучног права у јавној књизи или регистру.

Резиме изнетог упућује на следеће

З А К Љ У Ч К Е

Поступак у коме се намирују хипотекарни повериоци одређује редослед њихова намирења из средстава добијених продајом хипотековане непокретности.

Када се хипотекарни повериоци намирују у међусобној конкуренцији на истом предмету непокретности, редослед по коме се исплаћује њихово потраживање из цене добијене продајом предмета хипотеке одређује се према дану, часу и минуту настајања хипотеке, рачунајући од момента прве уписане хипотеке.

Извршни повериоци су по редоследу намирења које се врши у судском извршном поступку тек пети са запостављеним положајем у од-

носу на приоритетна намирења испред њих прописана Законом о извршном поступку.

Повериоци који се намирују из средстава добијених вансудском продајом непокретности и разлучни повериоци су у знатно бољем правном положају у односу на извршне повериоце јер се намирују после намирења трошкова продаје укључујући ту трошкове и хонорар трећих лица.

Владимир Козар,
судија Трговинског суда у Београду

ИЗВРШЕЊЕ У ПОСТУПКУ ПРИВАТИЗАЦИЈЕ

Увод

Закон о приватизацији[1] садржи посебна правила која имају утицаја на извршни поступак (поступак принудног извршења) који је на општи начин регулисан Законом о извршном поступку[2] и то нарочито када су у питању два врло важна института, и то **отпуст дуга** (као разлог који спречава извршење) и **прекид извршења**, а и у домену извршних исправа (**програм реструктурирања** има **снагу извршне исправе**). Шта више, у законом прописаним случајевима против субјекта приватизације принудно извршење не може се одредити или спровести у року од две године од дана доношења одлуке о реструктурирању.

Дакле, ова два закона су у односу посебног према општем, где први представља *lex specialis, а други lex generalis*, тако да посебне норме Закона о приватизацији, као и његових пратећих уредби, искључују опште норме Закона о извршном поступку, а и неких других општих прописа, као што су Закон о облигационим односима и Закон о привредним друштвима[3]. Наравно уредбама донетим на основу овлашћења из Закона о приватизацији не може се буквално искључити примена наведених закона, јер се уредбама као подзаконским актима, дакле нижим прописима, не могу дерогирати норме закона, као виших правних аката, али се уредбама ближе регулишу начини и услови остваривања појединих права из Закона о приватизацији, те је линија која разграничава материју регулисану уредбама од права о обавеза установљених законима врло танка.

[1] "Службени гласник РС" бр. 38/01, 18/03 и 45/05
[2] "Службени гласник РС", број 125/2004
[3] "Службени гласник РС", број 125/2004

За извршење у поступку приватизације, које је основна тема овог рада, од посебног значаја су **новеле** из Закона о изменама и допунама Закона о приватизацији[4] који је ступио на снагу 8. јуна 2005. године, од којих су неке унете у основни законски текст, док су друге њему придодате.

Поред тога, на основу овлашћења из Закон о приватизацији донето је више уредби, од којих су за поступак принудног извршења најзначајније Уредба о поступку и начину **реструктурирања** субјеката приватизације[5], Уредба о начину и условима **измиривања обавеза** субјекта приватизације према повериоцима[6], као и Уредба о начину и условима измиривања обавеза привредних друштава према повериоцима из средстава остварених од **продаје акција** привредног друштва у власништву Акцијског фонда Републике Србије[7].

Уредбом о поступку и начину реструктурирања субјеката приватизације, која је донета на основу члана 20ђ Закона о приватизацији, ближе се прописује поступак и начин **промена** које се односе на субјект приватизације и његова зависна предузећа које омогућавају продају његовог капитала или имовине, методом јавног тендера или методом јавне аукције (у даљем тексту: **реструктурирање**). [8]

Уредбом о начину и условима измиривања обавеза субјекта приватизације према повериоцима, која је донета на основу члана 41в *Закона о приватизацији*, ближе су уређени начин и услови измиривања обавеза правних лица која су **започела поступак приватизације** као и правних лица која се **реструктурирају** у поступку приватизације. [9]

Уредбом о начину и условима измиривања обавеза привредних друштава према повериоцима из средстава остварених од продаје акција привредног друштва у власништву Акцијског фонда Републике Србије, која је донета на основу чл. 32. и 36. Закона о изменама и допунама Закона о приватизацији, уређују се начин и услови **измиривања обавеза** пре-

[4] "Службени гласник РС", бр. 45 од 31. маја 2005. године
[5] "Службени гласник РС", бр. 52/2005
[6] "Службени гласник РС" бр. 45/2006
[7] "Службени гласник РС", бр. 58/2005
[8] члан 1.
[9] члан 1.

ма повериоцима привредних друштава, код којих је удео акција у укупном броју акција друштва пренетих Акцијском фонду Републике Србије и Републичком фонду за пензијско и инвалидско осигурање једнак или већи од 33,4% и за која Агенција за приватизацију донесе одлуку о продаји тих акција **јавним тендером**. Измиривање обавеза према повериоцима из средстава остварених од продаје акција привредног друштва у власништву наведених фондова врши се **отпуштањем дуга** друштва од стране поверилаца који своја потраживања намирују **из средстава** остварених **од продаје акција** друштва у власништву Акцијског фонда. [10]

1. Реструктурирање у поступку приватизације

Кључни институт из Закон о приватизацији, који има утицаја на извршни поступак јесте **реструктурирање** у поступку приватизације. Норме о реструктурирању груписане су у другом делу закона који носи наслов "Припрема за приватизацију", и то у другом поглављу под насловом "*Реструктурирање у поступку приватизације"* – чл. 19. до 20д. Поред тога, одредбе о реструктурирању садржане су и у другим деловима овог закона који регулишу документацију за приватизацију, продају капитала, и уговор о продаји, а нарочито у новелама од 31. маја 2005. године, које нису инкорпорисане у основни законски текст.

У судској пракси објашњена је суштина института реструктурирања: "... Реструктурирање субјекта приватизације је **могућа**, а **не** и **обавезна фаза** у оквиру поступка приватизације, која претходи поступку продаје капитала или имовине субјекта приватизације. Ради се о врсти **поравнања**, коју верификује Агенција за приватизацију прихватањем **програма реструктурирања** са циљем заштите субјеката приватизације и поверилаца. Реструктурирање омогућава да се **избегне стечај**, да се субјект приватизације стабилизује и оспособи и да се створе услови за спровођење приватизације... "[11]

---

[10] члан 1.

[11] Правно схватање Грађанског одељења Врховног суда Србије, утврђено и верификовано на седници од 22. 12. 2006. године - Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 4/2006, Intermex, Београд

Дефиниција реструктурирања садржана је у члану 19. Закона о приватизацији: Ако Агенција процени да капитал или имовина субјекта приватизације не могу бити продати методом јавног тендера или јавне аукције без претходног реструктурирања, Агенција доноси одлуку о реструктурирању у поступку приватизације, у складу са овим законом (став 1). Реструктурирање у поступку приватизације у смислу овог закона, јесу **промене** које се односе на субјект приватизације и његова зависна предузећа, које омогућавају продају његовог капитала или имовине, а нарочито: 1) **статусне промене**, промене правне форме, промене унутрашње организације и друге организационе промене; 2) **отпис** главнице дуга, припадајуће камате или других потраживања, у целини или делимично; 3) **отпуштање дуга** у целини или делимично ради намиривања поверилаца из средстава остварених од продаје капитала или имовине субјекта приватизације (став 2). У субјектима приватизације у којима је **спроведено** реструктурирање, Агенција продаје капитал, односно имовину, методом **јавног тендера** или **јавне аукције** (став 3).

У судској пракси заузет је став о **правној природи** одлуке о покретању новог реструктурирања субјекта приватизације. Према ставу праксе, одлука Агенције за приватизацију о покретању новог реструктурирања субјекта приватизације **није управни акт** и против ње се не може водити управни спор. [12]

2. Статусне промене субјекта приватизације

Дакле, две основне врсте промена, које чине суштину института реструктурирања, јесу **статусне промене** привредног друштва (субјекта приватизације) и отпуст **дуга** према субјекту приватизације. У оба случаја ове промене утичу на извршни поступак.

Када су у питању статусне промене долази у обзир примена института из члана 37. Закона о извршном поступку који носи наслов "Пренос и прелаз потраживања или обавезе" а гласи: "Извршење се одређује и на предлог и у корист лица које у извршној исправи није означено као извр-

[12] Из решења Врховног суда Србије, У. 3560/06 од 15. 11. 2006. године - Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 4/2006, Intermex, Београд

шни поверилац, ако оно јавном или по закону овереном исправом докаже да је потраживање на њега пренесено или да је на њега на други начин прешло, а ако то није могуће, пренос или прелаз потраживања доказује се правоснажном односно коначном одлуком донесеном у парничном, односно управном и прекршајном поступку. Одредба става 1. овог члана сходно се примењује и **у случају извршења против лица** које у **извршној исправи није означено као дужник**."[13] Другим речима, у случају **статусне промене** привредног друштва (субјекта приватизације) извршење би се могло одредити и против његових **правних следбеника** насталих статусном променом у поступку реструктурирања (спајањем, поделом, припајањем), јер је њихова одговорност солидарна, нпр. одредбе о подели уз припајање из члана 382. став 1. тачка 1. и члана 413. став 2. Закона о привредним друштвима[14], предвиђају солидарну одговорност стицаоца друштва стицаоца.

Наведене одредбе из општих законских прописа о солидарној одговорности учесника статусне промене, односно о преласку обавезе из извршне исправе на правног следбеника, могле би бити дерогиране садржином програма реструктурирања, који према специјалном пропису из члана 23а *Закона о приватизацији* има **снагу извршне исправе** и сматра се **уговором** којим се утврђује висина и начин измиривања потраживања поверилаца која су у њему **утврђена** (став 1), а нарочито одредбом из става 2 овог члана у којој је прописано да ако се по доношењу програма реструктурирања против субјекта приватизације, односно купца капитала покрене поступак пред надлежним органом (што значи и извршни поступак), надлежни орган (што значи и извршни суд) је дужан да у случају кад је потраживање основано, **обавеже** субјект приватизације, односно купца капитала, **на исплату** потраживања на **начин** предвиђен програмом реструктурирања.

3. Отпуштање дуга према субјекту приватизације

У другом случају – када је у питању **отпуштање дуга**, сматрамо да је реч о разлогу за **жалбу** у извршном поступку који спречава извршење, тј. који би у целини или делимично спречили извршење пресуде про-

[13] Исто правило било је предвиђено у члану 23. ранијег Закона о извршном поступку - "Службени лист СРЈ", бр. 28/2000, 73/2000

[14] "Службени гласник РС", бр. 125/2004

тив извршног дужника – субјекта приватизације, коме су повериоци отпустили дуг. Наиме у члану 15. тачка 8. Закона о извршном поступку прописано је да се жалба против решења о извршењу може поднети из разлога који спречавају извршење, а нарочито ако је **потраживање престало** на основу чињенице која је наступила после извршности одлуке или пре тога, али у време кад дужник то није могао да истакне у поступку из ког потиче извршна исправа.

Отпуштање дуга је институт из главе IV *Закона о облигационим односима* по насловом "Престанак обавеза", унутар одељка 3. чији је наслов "Остали начини престанка обавеза".[15] По члану 344. став 1. Закона о облигационим односима, за отпуштање дуга потребан је **споразум** између повериоца и дужника, јер "**обавеза престаје** кад поверилац изјави дужнику да неће тражити њено испуњене и дужник се са тим **сагласи**."

Међутим, суштина отпуштања дуга у смислу члана 19. став 2. тачка 3. *Закона о приватизацији* није престанак повериочевог потраживања, већ се отпуштање дуга у целини или делимично врши ради **намиривања** поверилаца из средстава остварених **од продаје** капитала или имовине субјекта приватизације, дакле из приватизационог прихода. Јер, купац имовине субјекта приватизације уплаћује продајну цену на привремени рачун Агенције за приватизацију по закључењу уговора о продаји те имовине, а поверилац намирује своје потраживање **из продајне цене**, у висини сразмерној његовом потраживању у укупним потраживањима свих поверилаца.[16] Зато је, по нашем мишљењу, Агенција за приватизацију **пасивно легитимисана**, тј. постаје дужник према повериоцима субјекта приватизације, који се ослобађа обавезе.

У прилог ставу да је Агенција за приватизацију **пасивно легитимисана**, тј. да она постаје дужник према повериоцима субјекта приватизације, који се ослобађа обавезе говори и садржина одредбе о **преузимању дуга** у случају **раскида** уговора о продаји капитала, односно имовине, из члана 28. *Уредбе о начину и условима измиривања обавеза субјекта приватизације према повериоцима.* Раскидом уговора о продаји капитала, од-

[15] чл. 344 – 347.

[16] члан 24. ст. 2. и 3. Уредбе о начину и условима измиривања обавеза субјекта приватизације према повериоцима

носно имовине, у смислу члана 41а став 2. Закона о приватизацији, у коме је било предвиђено плаћање продајне цене на рате, Акцијски фонд **преузима дуг** према повериоцима који су **отпустили дуг** према субјекту приватизације, на начин и под условима утврђеним у уговору о намирењу потраживања, односно спецификацији (став 1). Између Акцијског фонда, као преузимаоца, и поверилаца који су отпустили дуг према субјекту приватизације постоји **иста обавеза** која је до тада постојала између Агенције за приватизацију и тих поверилаца (став 2). Преузимање дуга према повериоцима врши се **уговором** између Агенције и Акцијског фонда (став 3).

Дакле, и цитирана одредба из члана 28. ове уредбе доводи до закључка да је након закључења уговора о продаји капитала, односно имовине (који нису раскинути), Агенција за приватизацију **пасивно легитимисана** за исплату потраживања повериоца.

То истовремено доводи до закључка да институт отпуштања дуга у смислу члана 19. став 2. тачка 3. Закона о приватизацији, у суштини одговара **преузимању дуга** из чл. 446 - 448. *Закона о облигационим односима*, чије је основно обележје **промена дужника**. Према члану 446. став 1. преузимање дуга врши се уговором између дужника и преузимаоца, на које је пристао поверилац, на основу члана 448. став 1. преузимањем дуга преузималац ступа на место пређашњег дужника, а овај се ослобађа обавезе.

Када је у питању **отпуштање дуга** у поступку приватизације одступање од наведених општих норми облигационог права састоји се у томе што поверилац са субјектом приватизације закључује уговор о намирењу потраживања, према члану 18. став 1. *Уредбе о начину и условима измиривања обавеза субјекта приватизације према повериоцима.* Дакле, уговор закључује поверилац са дужником (субјектом приватизације), а не дужник са преузимаоцем (са Агенцијом за приватизацију), чија се сагласност и не тражи, већ она постоји по самом закону. Наравно и овде постоји делимичан престанак повериочевог потраживања, јер поверилац намирује своје потраживање из продајне цене, у висини **сразмерној** његовом потраживању у укупним потраживањима свих поверилаца, па је мало вероватно да ће успети да се намири у пуном износу свога потраживања.

С друге стране, институту отпуштања дуга из Закона о облигационим односима више одговара **отпис** главнице дуга, припадајуће камате или других потраживања, у целини или делимично у смислу члана 19.

став 2. тачка 2. *Закона о приватизацији.* Закона о облигационим односима не користи термин **"отпис потраживања"**, већ "отпуштања дуга", али је разлика између ова два закона у погледу наведених института само терминолошке природе. Међутим, очигледно је да је у *Закону о приватизацији* морала бити направљена **суштинска разлика** између **"отпис потраживања"** и "**отпуштање дуга"** јер у првом случају обавеза, односно потраживање дефинитивно престаје, а у другом случају поверилац се **намирује** из средстава остварених **од продаје** капитала или имовине субјекта приватизације, дакле из приватизационог прихода у потпуности или делимично.

4. Обавезно отпуштање дуга од стране државних поверилаца и намирење из средстава остварених од продаје капитала

Како је наведено, суштина отпуштања дуга у смислу члана 19. став 2. тачка 3. *Закона о приватизацији* није престанак повериочевог потраживања, већ се отпуштање дуга у целини или делимично врши ради **намиривања** поверилаца из средстава остварених **од продаје** капитала или имовине субјекта приватизације, дакле из приватизационог прихода.

Закон разликује две врсте поверилаца и то **државне** повериоце и **остале** повериоце, између којих постоји **битна разлика**. Државни повериоци **дужни** су да **отпусте дуг** према субјекту приватизације, и то **у целини** и своје потраживање намире из средстава остварених од продаје капитала или имовине субјекта приватизације, док остали повериоци у истом циљу **могу** да отпусте дуг, али не морају. Дакле, не постоји законска обавеза осталих поверилаца да отпусте дуг према субјекту приватизације.

Према члану 20. *Закона о приватизацији,* у поступку реструктурирања субјекта приватизације, јавно предузеће, Пореска управа, Републички фонд за пензијско и инвалидско осигурање, Републички завод за здравствено осигурање, Републичка дирекција за робне резерве, Фонд за развој Републике Србије и други републички органи и организације (у даљем тексту: **државни поверилац**), **дужни** су да **отпусте дуг** према субјекту приватизације **у целини** и своје потраживање намире из средстава остварених од продаје капитала или имовине субјекта приватизације (став 1). Државним повериоцем сматра се и Агенција за осигурање депозита, санацију, стечај и ликвидацију банака када врши функцију стечајног, односно

ликвидационог управника над банкама у стечају, односно ликвидацији и када управља у име и за рачун Републике Србије потраживањима Републике Србије по основу преузетих ино обавеза.

Сматрамо да се обавезно отпуштање дуга односи се само на потраживања која су доспела до **31. децембра 2004.** године, што на посредан начин произлази из одредбе члана 20г ст. 1. и 3. *Закона о приватизацији* у коме је прописано да поверилац **намирује** своје доспело а неизмирено потраживање **из средстава** остварених од продаје капитала субјекта приватизације... с тим што се доспелим потраживањима сматрају неизмирена потраживања са стањем на дан 31. децембра 2004. године. Такође и чланом 2. тачка 5) *Уредбе о начину и условима измиривања обавеза субјекта приватизације према повериоцима* одређено је на која потраживања се односи **обавезан отпуст** дуга, тако што је прописано да је то **доспела** неизмирена обавеза са стањем на дан 31. 12. 2004. године, обавеза која је доспевала до 31. децембра 2004. године, али је до истека тог рока **репрограмирана** тако што је одређен други рок доспелости после 31. децембра 2004. године, као и обавеза по основу **јавних прихода** која се односи на 2004. годину, односно на раније године, а чија је уплата наложена решењем о утврђивању пореза донетим у 2005. години у поступку пореске контроле.

Сматрамо да државни повериоци у погледу потраживања која су доспела после 31. децембра 2004. године спадају у категорију осталих поверилаца, који тај дуг могу да отпусте, али и не морају.

Како је наведено, по члану 344. став 1. Закона о облигационим односима, за отпуштање дуга потребан је **споразум** између повериоца и дужника, јер "**обавеза престаје** кад поверилац **изјави** дужнику да неће тражити њено испуњење и дужник се са тим **сагласи**. "Члан 20. *Закона о приватизацији* прописује да су државни повериоци **дужни** да **отпусте дуг** према субјекту приватизације, али не предвиђа каква је правна судбина потраживања ако државни поверилац не отпусти дуг, тј. не да изјаву о отпусту дуга у смислу опште норме из члана 344. став 1. Закона о облигационим односима. Сматрамо да у смислу *Закона о приватизацији* отпуштање дуга настаје **по самом закону** (ex lege), чим се стекну остали законом прописани услови који се тичу покретања поступка реструктурирања, па за пуноважност отпуста дуга није потребна изјава државног повериоца.

Шта више, за пуноважност отпуста дуга **није потребна сагласност дужника**, тј. субјекта приватизације. Следи закључак да, за разлику од опште одредбе члану 344. став 1. Закона о облигационим односима према којој је за отпуштање дуга потребан споразум између повериоца и дужника, када је у питању обавезно отпуштање дуга од стране државних поверилаца у поступку реструктурирања **није потребан споразум** између повериоца и дужника, већ отпуштање дуга настаје по самом закону (**ex lege**).

Остали повериоци могу да отпусте дуг према субјекту приватизације, ради намиривања потраживања из средстава остварених од продаје капитала или имовине субјекта приватизације.[17] Ако остали повериоци не отпусте дуг према субјекту приватизације, **услове** и **начин намирења** свог потраживања одређују **у споразуму** са купцем капитала субјекта приватизације.[18]

Закон о приватизацији регулише подношење **пријаве потраживања** државних поверилаца. **Државни поверилац** дужан је да писмено **пријави** своје потраживање у року од 15 дана од дана објављивања одлуке о реструктурирању у дневном листу,[19] а у пријави се мора нарочито назначити назив државног повериоца, правни основ потраживања, као и износ потраживања, и то посебно износ главног потраживања, а посебно износ обрачунате камате.[20]

Одлучивање о пријављеном потраживању такође је уређено истим законом. Ако се субјект приватизације **не сагласи** са **висином** пријављеног потраживања државног повериоца, пријављено потраживање може да **оспори** подношењем приговора **арбитражном већу** у року од осам дана од дана достављања пријаве[21], а ако државни поверилац одбије приговор, **о висини** потраживања државног повериоца **одлучује арбитражно веће**.[22]

[17] члан 20. став 3.
[18] члан 20. став 4.
[19] члан 20а став 1.
[20] члан 20а став 2.
[21] члан 20а став 3.
[22] члан 20а став 4.

У правној теорији истиче се да је у надлежности арбитражног већа да по приговору одлучује **само о оспореној висини** пријављених потраживања, дакле не и основу потраживања.[23]

Састав арбитражног већа и процедура доношења одлуке уређена је чланом 20б. Арбитражно веће има **три члана**, чији **састав** одређују странке тако што једног арбитра предлаже државни поверилац, другог субјект приватизације, а председник већа је представник Привредне коморе Србије. Одлуку о висини потраживања државног повериоца арбитражно веће доноси у року од 15 дана од дана достављања приговора на висину потраживања. На поступак пред арбитражним већем **сходно** се примењују одредбе Закона о парничном поступку.[24] Ако арбитражно веће **не донесе одлуку** о висини потраживања прописаном **у року**, веродостојним и коначним сматрају се подаци о висини потраживања садржани **у програму реструктурирања**, који по члану 23. став 2 сачињава и доноси надлежни **орган субјекта приватизације**, што значи да потраживање тог повериоца **неће бити унето у програм реструктурирања**. Према мишљењу правне теорије, у таквој ситуацији постоји **правни интерес** повериоца као тужиоца да у парничном поступку докаже основаност свог потраживања према субјекту приватизације као дужнику.[25]

Према члану 20г Закона о приватизацији државни поверилац **намирује** своје доспело а неизмирено потраживање **из средстава** остварених од продаје капитала субјекта приватизације, у висини **сразмерној** његовом потраживању у укупним потраживањима свих поверилаца који се намирују из средстава остварених од продаје капитала субјекта (став 1). Потраживање државног повериоца намирује се највише до висине **номиналног** износа потраживања увећаног за припадајуће **камате**, пре расподеле средстава остварених од продаје капитала у складу са чланом 60. овог закона (став 2). Доспелим потраживањима сматрају се неизмирена потраживања са стањем на дан **31. децембра 2004.** године (став 3).

---

[23] Јелена Вилдовић-Живковић, "Приватизација и ток парничног поступка, билтен "Судска пракса трговинских судова" бр. 3/2006, Привредни саветник АД, Београд, стр. 254

[24] "Службени гласник РС", број 125/2004

[25] Јелена Вилдовић-Живковић, наведено дело, стр. 254

Према члану 20д став 1. **отпуштање дуга** државног повериоца делимично или у целини према субјекту приватизације **пуноважно** је у случају да је капитал или имовина субјекта који се реструктурира у поступку приватизације **продат** методом **јавног тендера**. То значи да је отпуштање дуга државног повериоца **ограничено** само на метод продаје путем јавног тендера, те да се не односи на јавну аукцију. Међутим, у члану 2. тачка 1. *Уредбе о начину и условима измиривања обавеза субјекта приватизације према повериоцима* дато је значење израза "субјект приватизације" и то "као правно лице за које је Агенција за приватизацију донела одлуку о реструктурирању, односно одлуку о методу приватизације **јавним тендером** или **јавном аукцијом**", а у тачки 3. истог члана одређено је да "државни поверилац јесте правно лице које је дужно да отпусти дуг према субјекту приватизације у целини и своје потраживање намири из средстава остварених од продаје капитала или имовине субјекта приватизације", дакле **без** наведеног законског **ограничења** у погледу метода продаје. То значи да је уредбом отпуштање дуга државног повериоца **проширено** и на потраживања према субјекту приватизације чија се продаја врши јавном аукцијом. Такав закључак произлази из других одредаба наведене уредбе – нпр. у чл. 3. ст. 1. и 2. тачка 4. прописано је да поверилац **пријављује** своје потраживање на основу јавног позива за пријаву потраживања, који објављује Агенција за приватизацију, а који садржи и обавештење о реструктурирању, односно **методу приватизације** јавним тендером или јавном аукцијом.

Потраживање државног повериоца сматра се измиреним у потпуности ако је измирено **сразмерно** његовом потраживању у укупним потраживањима свих поверилаца који се намирују из средстава остварених од продаје капитала субјекта приватизације, дакле и када је дошло до делимичне исплате уколико средства нису довољна за намирење свих поверилаца у пуном износу.[26]

У субјекту приватизације који се реструктурира у складу са Законом, продаје се целокупан капитал или имовина[27], а средства остварена од продаје капитала у поступку приватизације уплаћују се **на рачун Агенције**, и после измиривања трошкова продаје у поступку приватизације и по-

[26] члан 20д став 1.
[27] члан 25. став 3.

себне накнаде остварене закључењем уговора о продаји капитала, односно имовине (провизија), као и **првенственог намирења поверилаца** субјеката приватизације у којима је спроведено **реструктурирање**, уплаћују се на уплатни рачун буџета Републике Србије.[28]

5. Одлагање мера забране исплате са рачуна субјекта приватизације

Према члану 20в *Закона о приватизацији* ако се субјект приватизације **сагласи** са **висином** пријављеног потраживања државног повериоца, Агенција може да поднесе захтев надлежном органу, односно организацији, за **одлагање** мера **забране исплате са рачуна** субјекта приватизације за неизмирене обавезе за време које не може бити дуже од 18 месеци од дана доношења одлуке о реструктурирању.

Цитирана одредба има утицаја на извршни поступак. Наиме, мере забране исплате са рачуна дужника одређују се у извршном поступку када је у питању спровођење извршења ради наплате новчаног потраживања, а такође и у поступку обезбеђења таквих потраживања.

Према члану 198. Закона о извршном поступку решењем о извршењу **на новчаним средствима** која се воде **на рачуну** извршног дужника, налаже се банкама и другим финансијским организацијама, да новчани износ за који је одређено извршење пренесу са рачуна извршног дужника на рачун извршног повериоца, а за потраживања за која је прописана готовинска исплата, да се тај износ исплати извршном повериоцу у готовом новцу. У поступку спровођења извршења, чланом 199. став 1. прописано је да решење о извршењу суд доставља организацији за принудну наплату која одмах налаже банкама или другим финансијским организацијама код којих се воде рачуни извршног дужника да **обуставе све исплате** са тих рачуна до коначне наплате потраживања.

И у поступку обезбеђења потраживања у члану 285. став 1. тачка 3. Закона о извршном поступку, као једна од врста **претходних мера** предвиђена је забрана исплате новчаних средстава извршног дужника, тј. **забрана** банци да извршном дужнику или трећем лицу, по налогу извр-

[28] члан 41б

шног дужника, **исплати са** његовог **рачуна** новчани износ за који је одређена претходна мера. Износ новчаних средстава извршног дужника на рачуну код банке, за који је одређена забрана исплате, **не може се**, док забрана траје, **пренети** са тог рачуна, осим ради намирења обезбеђеног потраживања.[29]

Такође, као једна од врста **привремених мера** ради обезбеђења новчаног потраживања, у члану 300. став 1. тачка 4. Закона о извршном поступку предвиђен је 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.

Сматрамо да се одредба из цитираног члана 20в *Закона о приватизацији,* која овлашћује Агенцију за приватизацију да поднесе захтев надлежном органу, односно организацији, за **одлагање мера забране исплате** са рачуна субјекта приватизације за неизмирене обавезе за време које не може бити дуже од 18 месеци од дана доношења одлуке о реструктурирању, ако се субјект приватизације **сагласи** са **висином** пријављеног потраживања државног повериоца, односи на све три наведене ситуације блокаде рачуна дужника предвиђене Законом о извршном поступку. У суштини, реч је о својеврсном **одлагању извршења** које је било одређено ради наплате новчаног потраживања **на новчаним средствима** која се воде **на рачуну** извршног дужника, односно одлагању мера обезбеђења, које представља одступање од општих правила о одлагању извршења из чл. 63 - 67. Закона о извршном поступку.

Закон о приватизацији, дакле, **овлашћује** Агенцију за приватизацију да поднесе захтев надлежном органу, односно организацији, за одлагање мера забране исплате са рачуна субјекта приватизације за неизмирене обавезе, али не прописује обавезу извршног суда да таквом захтеву удовољи. Међутим, из циља овог специјалног прописа произлази да је извршни суд у том случају **дужан** да захтев усвоји, тј. да одложи мере забране исплате са рачуна субјекта приватизације, али само када су у питању неизмирене обавезе према конкретном државном повериоцу, у погледу чијег се пријављеног потраживања субјект приватизације сагласио са

[29] члан 286.

висином. Дакле, државни поверилац мора истовремено бити и извршни поверилац који је покренуо извршни поступак према субјекту приватизације, као извршном дужнику.

И у оквиру поступка стечаја, као поступка општег (генералног) извршења, као једна од **мера обезбеђења** ради спречавања промене имовинског положаја стечајног дужника које стечајно веће може изрећи у случају покретања претходног стечајног поступка, на основу члана 47. Закона о стечајном поступку[30] предвиђена је **забрана исплате са рачуна** стечајног дужника без сагласности стечајног судије. Сматрамо да се **одлагање** мера **забране исплате са рачуна** субјекта приватизације из члана 20в *Закона о приватизацији* односи и на наведену меру обезбеђења из претходног стечајног поступка.

6. Програм реструктурирања као извршна исправа и дејство на потраживања осталих поверилаца

Две основне врсте промена, које чине суштину института реструктурирања, јесу **статусне промене** привредног друштва (субјекта приватизације) и отпуст **дуга** према субјекту приватизације, и обе имају одређени утицај на извршни поступак. Међутим, трећа веома битна "промена" која утиче на потраживања свих поверилаца, дакле и државних поверилаца (за које важи режим обавезног отпуста дуга) и осталих поверилаца (који нису дужни да отпусте дуг), а самим тим и на поступак принудног извршења потраживања, за које су повериоци стекли правноснажну пресуду или другу извршну исправу, огледа се у **правном дејству** донетог **програма реструктурирања**.

Закон о приватизацији у чл. 21 - 23а под насловом "Документација за приватизацију" садржи, поред осталог, одредбе о изради програма реструктурирања, садржини, као и о његовој **правној снази**.

Израда програма реструктурирања регулисана је чланом 21. Агенција израђује програм реструктурирања или израду програма поверава субјекту приватизације, односно правном или финансијском саветнику, у складу са прописом из члана 20ђ Закона, који је обавезујући за субјект

[30] "Службени гласник РС" број 84/04

(став 3), а субјект који израђује програм реструктурирања дужан је да пре израде програма сачини свеобухватну анализу пословања субјекта приватизације у року који одреди Агенција (став 4).

Члан 23. предвиђа да програм **реструктурирања** садржи, поред осталог, **начин отплате дугова** (став 1), а доноси га надлежни орган субјекта приватизације (став 2). Програм реструктурирања сматра се донетим када Агенција донесе **одлуку о прихватању** тог програма (став 8). Дакле програм реструктурирања верификује Агенција за приватизацију.

Кључне одредбе о његовом **правном дејству** садржане су у члану 23а *Закона о приватизацији*: **Програм реструктурирања** донет у складу са овим законом има **снагу извршне исправе** и сматра се **уговором** којим се утврђује висина и начин измиривања потраживања поверилаца која су у њему **утврђена**.[31] Ако се по доношењу програма реструктурирања против субјекта приватизације, односно купца капитала покрене поступак пред надлежним органом, надлежни орган је дужан да у случају кад је потраживање основано, **обавеже** субјект приватизације, односно купца капитала, **на исплату** потраживања на **начин** предвиђен програмом реструктурирања.[32]

Дакле, програм реструктурирања представља извршну исправу из члана 30. тачка 3. Закона о извршном поступку. У питању је "друга исправа која је законом одређена као извршна исправа", тј. исправа која је посебним прописом - *Законом о приватизацији* одређена као извршна исправа. У суштини програм реструктурирања има обележја уговора о поравнању, који је на општи начин регулисан одредбама чл. 1089 - 1098. Закона о облигационим односима, а најсличнији је институту **принудног поравнања** из чл. 13. - 52. Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији.[33] Битно је истаћи да програм реструктурирања има снагу извршне исправе само у односу на потраживања поверилаца која су у њему **утврђена**.[34] Имајући у виду одредбе закона о пријављивању и утврђивању потраживања[35] могао би се извести за-

[31] став 1.
[32] став 2.
[33] "Службени лист СФРЈ", бр. 84/89 и "Службени лист СРЈ", бр. 37/93 и 28/96
[34] члан 23а став 1.
[35] члан 20а став 1.

кључак да је реч само о потраживањима **државних поверилаца**, а не и о потраживањима осталих поверилаца.

Истовремено, програм реструктурирања, по нашем мишљењу представља **процесну сметњу** за вођење парнице између истих странака о потраживању које је у њему **утврђено**, и повлачи **одбацивање тужбе** позивом на члан 279. тачка 5. Закона о парничном поступку у коме је прописано да суд по претходном испитивању тужбе доноси решење којим се тужба одбацује ако утврди да је у истој ствари закључено судско поравнање, односно на члан 324. истог закона који предвиђа да "суд у току целог поступка по службеној дужности пази да ли се води парница о захтеву о коме је раније закључено судско поравнање и ако утврди да се парница води о захтеву о коме је закључено судско поравнање, одбациће тужбу."

Међутим, сматрамо да одредба из члана 23а став 2. *Закона о приватизацији* у коме је прописано да "ако се по доношењу програма реструктурирања против субјекта приватизације, односно купца капитала покрене поступак пред надлежним органом, надлежни орган је дужан да у случају кад је потраживање основано, **обавеже** субјект приватизације, односно купца капитала, **на исплату** потраживања на **начин** предвиђен програмом реструктурирања" има још **шире дејство**.

Наиме, уколико би суд на предлог повериоца одредио извршење на основу пресуде или друге извршне исправе ради наплате потраживања које је **утврђено** у програму реструктурирања, тада би постојао разлог за **жалбу** у извршном поступку који спречава извршење, тј. који би у целини или **делимично** спречили извршење пресуде против извршног дужника – субјекта приватизације. Наиме у члану 15. тачка 8. Закона о извршном поступку прописано је да се жалба против решења о извршењу може поднети из разлога који спречавају извршење, а нарочито ако је **потраживање престало** на основу чињенице која је наступила после извршности одлуке или пре тога, али у време кад дужник то није могао да истакне у поступку из ког потиче извршна исправа. Другима речима пресуда не би могла бити извршена противно условима из програма реструктурирања.

Сматрамо да се цитирана одредба из члана 23а став 2. *Закона о приватизацији* односи не само на државне повериоце чија су потраживања утврђена у програму реструктурирања, него и на потраживања која

нису утврђена у програму реструктурирања, и то не само на потраживања државних поверилаца, него и на потраживања **осталих поверилаца**.

У прилог таквом тумачењу говоре и одредбе из чл. 3. и 2. тачка 2. Уредбе о начину и условима измиривања обавеза субјеката приватизације према повериоцима којима је предвиђена и обавеза свих поверилаца (дакле и државних поверилаца и осталих поверилаца) да **пријаве своја потраживања**, поступак по пријави је исти као и по пријави државног повериоца, а чланом 27. уредбе предвиђено је да и поверилац, који **није отпустио дуг** према субјекту приватизације, намирује своје потраживање из продајне цене **равноправно** са повериоцем који је отпустио свој дуг, у складу са уговором који закључује са субјектом приватизације, пре продаје имовине субјекта приватизације.

У правној теорији указано је да се цитираном одредбом члана 27. *Уредбе о начину и условима измиривања обавеза субјеката приватизације према повериоцима* на другачији начин регулише намирење потраживања поверилаца, који нису отпустили дуг према субјекту приватизације, од члана 20. став 4. Закона о приватизацији по коме је донета наведена уредба, па је иста **у противречности** са законом.[36]

У суштини програм реструктурирања има обележја института **принудног поравнања** из чл. 13. - 52. Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији. Наиме, принудно поравнање има **правно дејство према свим повериоцима**, што према ставу правне теорије и судске праксе значи, и према повериоцима који су гласали против поравнања, као и према повериоцима који уопште нису пријавили своја потраживања. Наиме, према члану 40. став 2. овог закона, закључено принудно поравнање има правно дејство и према повериоцима који **нису учествовали у поступку**...

У поступку који се после донетог програма реструктурирања води против субјекта приватизације ради исплате потраживања, суд ће по службеној дужности, ако нађе да постоји његова обавеза, одлуком – пресудом **утврдити његову обавезу** и **обавезати** га на плаћање **у складу са условима** из програма реструктурирања. Реч је о потраживањима свих поверилаца, дакле и осталих поверилаца, а не само државних поверилаца.

[36] Јелена Вилдовић-Живковић, наведено дело, стр. 26. и 262

Извршне исправе које се односе на ова потраживања могу се **извршити** према субјекту приватизације **само под условим**а из програма реструктурирања. То значи да би пресуда којом се усваја тужбени захтев, требало да има два става и то **утврђујући** став у коме се утврђује обавеза туженог субјекта приватизације, и **обавезујући** став којим се субјект приватизације обавезује да тужиоцу – повериоцу исплати утврђену обавезу, али **у складу са условима** из програма реструктурирања (умањену за одређени проценат и са одложеним роковима исплате).

Закон о стечајном поступку не садржи институт принудног поравнања, али у чл. 127. – 139. детаљно уређује **реорганизацију** стечајног дужника. Реорганизација има велику сличност са принудним поравнањем у стечају из Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији. Нови закон у члану 128. предвиђа читав низ мера за реализацију плана реорганизације, а међу њима и **одлагање отплате** дугова или обезбеђивање отплате **у ратама** (тачка 5), **измену** рокова доспелости, каматних стопа или других услова зајма или инструмената обезбеђења (тачка 6), **опрост дугова** у целини или делимично (тачка 7) – што је било карактеристика дејства закљученог принудног поравнања по ранијем закону. Закон о стечајном поступку у члану 133. став 1. пописује да "после усвајања плана реорганизације, сва потраживања и права поверилаца и других лица и обавезе стечајног дужника одређене планом реорганизације **уређују** се **према условима** из плана реорганизације. Усвојени план реорганизације има **снагу извршне исправе** и сматра се новим уговором за измирење потраживања која су у њему наведена".

Дакле, одредба из члана 23а став 2. *Закона о приватизацији* односи се не само на државне повериоце чија су потраживања утврђена у програму реструктурирања, него и на потраживања која **нису утврђена** у програму реструктурирања, и то не само на потраживања државних поверилаца, него и на потраживања **осталих поверилаца**. Такво тумачење заснива се на језичком тумачењу текста цитираног прописа, као и на циљном тумачењу. Јер, ако би се отпуштање дуга односило само на државне повериоце, који своја потраживања наплаћују из средстава добијених продајом капитала и имовине субјекта приватизације, тада би остали повериоци били у повољнијем положају јер би своја потраживања могли да наплате **у већем проценту** од субјекта приватизације, јер би били лишени претензија, односно конкуренције др-

жавних поверилаца, што би довело до **нарушавања** принципа **сразмерног намирења** поверилаца, који увек важи ако потраживања поверилаца превазилазе економске могућности дужника да одговори својим обавезама. А то није циљ закона, већ је намера законодавца била да се **избегне стечај** (у коме се такође остварује принцип сразмерног намирења поверилаца), те да се субјекат приватизације **оспособи** за нормално привредно функционисање и изложи продаји у поступку приватизације, у којем случају би се добила виша, односно повољнија цена.

У судској пракси постоји **супротно мишљење** у погледу правног дејства програма реструктурирања на потраживања осталих поверилаца, тј. када је у питању отпуштање дуга и обавезивање у парници на исплату потраживања на начин предвиђен програмом реструктурирања у поступку приватизације. Такав став заузет је приликом давања одговора на питање какво има дејство одредба става 2. члана 23а. *Закона о приватизацији* на парницу, или се то односи само на потраживања која су доспела до доношења програма реструктурирања, што би и произлазило из наведене законске одредбе. Према датом одговору одредба члана 23а. став 2. *Закона о приватизацији,* према којој је надлежни орган дужан да **обавеже** субјекта приватизације на исплату **на начин** предвиђен програмом **реструктурирања**, односи се на повериоце који су по закону или својевољно пријавили потраживање ради **отпуста дуга** и то само на она потраживања која су **доспела** до 31. децембра 2004. године. На парнице **осталих поверилаца** или на парнице ових поверилаца за потраживања доспела после овог датума се не односи.[37]

7. Забрана одређивања и спровођења извршења према субјекту приватизације у реструктурирању и прекид извршног поступка

Временски ограничена **забрана** одређивања и спровођења извршења према субјекту приватизације у реструктурирању, као и привремени **прекид** извршног поступка, уведени су чланом 31. Закона о изменама и допунама Закона о приватизацији. Против субјекта приватизације, односно над његовом имовином, за који је до дана ступања на снагу овог закона донета одлука о реструктурирању, не може се одредити или спровести

[37] Одговор утврђен на седници Одељења за привредне спорове Вишег трговинског суда од 5. и 25. октобра и 7. и 14. новембра 2006. године

принудно извршење нити било која мера поступка извршења, ради намирења потраживања у року од **годину дана** од дана његовог ступања на снагу (став 1). Ако одлука о реструктурирању субјекта приватизације није донета до дана ступања на снагу овог закона, против субјекта приватизације, односно над његовом имовином, принудно извршење не може се одредити или спровести у року од **две године** од дана доношења одлуке о реструктурирању (став 2). Поступак принудног извршења који је у току **прекида се** (став 3).

Закон, дакле, разликује **две ситуације**, прописујући различито време трајања забране извршења, у зависности од тога да ли је у време ступања на снагу ове новеле, била донета одлука о реструктурирању или не. Забрана извршења против субјекта приватизације, односно над његовом имовином, за кога је до дана ступања на снагу овог закона донета одлука о реструктурирању, трајала је **до 8. јуна 2006. године**, с обзиром да је у члану 37. прописано да овај закон ступа на снагу осмог дана од дана објављивања у "Службеном гласнику Републике Србије", а закон је **објављен** у *"Службени гласник РС", бр. 45 од 31. маја 2005. године* из чега следи да је ступио на снагу 8. јуна 2005. године.

8. Утицај прекида поступка приватизације на застој рокова забране одређивања и спровођења извршења према субјекту приватизације у реструктурирању

У члану 25а став 1. Закона о приватизацији прописано је: "Ако у току спровођења поступка **приватизације** наступе околности које онемогућавају продају капитала, односно имовине субјекта приватизације за које се није знало у време покретања поступка, Агенција може да одреди **прекид поступка** који траје док постоје разлози за прекид, а најдуже 90 дана од дана доношења одлуке о прекиду. Док траје прекид поступка **престају да теку** прописани рокови."

У актуелној судској пракси заузет је став о утицају прекида поступка приватизације на **ток**, односно **застој рокова** забране одређивања и спровођења извршења према субјекту приватизације у реструктурирању из члана 31. Закона о изменама и допунама Закона о приватизацији, и то у правном схватању Грађанског одељења Врховног суда Србије, утврђено

од 22. 12. 2006. године под насловом "Прекид поступка приватизације према субјекту приватизације у реструктурирању, као извршном дужнику и поступак извршења", које гласи:

"Одлуком Агенције за приватизацију о прекиду поступка приватизације донетом у току поступка реструктурирања, **прекидају се** и законом прописани **рокови забране** одређивања или спровођења **принудног извршења** и било које мере поступка извршења ради намирења потраживања субјекта приватизације за све време док прекид траје а најдуже до истека рока од 90 дана."[38]

Термин – **прекид** који је коришћен у сентенци наведеног правног схватања ("прекидају се и законом прописани рокови забране одређивања или спровођења принудног извршења док прекид траје а најдуже до истека рока од 90 дана"), асоцира да би рокови почели да **теку изнова**, (слично као код дејства прекида застарелости потраживања из члана 392. Закона о облигационим односима), што, по нашем мишљењу, није био циљ законодавца из новелираног члана 25а став 1. Закона о приватизацији.

Зато, сматрамо да је за означавање процесне ситуације из цитираног члана примеренији термин **застој** (слично застоју застаревања из члана 384. *Закона о облигационим односима*), јер прописани рокови престају да теку (Закон о приватизацији користи термин - "**престају да теку** прописани рокови"), па би законски рокови, укључујући и **рокове** трајања **забране** одређивања и спровођења **извршења** и било којих мера поступка извршења ради намирења потраживања према субјекту приватизације у реструктурирању, **наставили да теку** кад престане тај узрок застоја (дакле, у случају прекида поступка приватизације - кад престану разлози за прекид, а најдуже 90 дана од дана доношења одлуке о прекиду), што даље значи да би се време које је истекло пре застоја, односно заустављања тока овог рока, **рачунало** у законом одређени рок трајања забране одређивања и спровођења извршења.

Према томе, прекида се поступак приватизације, а као једна од последица прекида поступка приватизације наступа **застој** тока законских

[38] Правно схватање Грађанског одељења Врховног суда Србије, утврђено и верификовано на седници од 22. 12. 2006. године - Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 4/2006, Intermex, Београд

рокова, дакле и **рокова** трајања **забране** одређивања и спровођења **извршења** и било којих мера поступка извршења ради намирења потраживања према субјекту приватизације у реструктурирању из члана 31. ст. 1. и 2. Закона о изменама и допунама Закона о приватизацији – ако је **донета одлука** о реструктурирању - **рока од годину дана** који се рачуна од дана ступања на снагу овог закона – (члан 31. став 1), а уколико одлука о реструктурирању субјекта приватизације **није донета** до дана ступања на снагу овог закона - **рока од две године** од дана доношења одлуке о реструктурирању (члан 31. став 2), што значи да би наведени законски рокови **наставили да теку** кад престане тај узрок застоја, тј. кад престану разлози за прекид поступка приватизације, а најдуже 90 дана од дана доношења одлуке о прекиду, а **време** које је истекло пре застоја, односно заустављања тока наведених рокова, **рачунало** би се у законом одређени рок трајања забране одређивања и спровођења извршења против субјекта приватизације, односно над његовом имовином.

Наравно, када је у питању рок **од годину дана** из члана 31. став 1. Закона о изменама и допунама Закона о приватизацији који се односи на субјекте приватизације за које је у време ступања на снагу ове законске новеле већ **донета одлука** о реструктурирању, а који се рачуна од његовог ступања на снагу, питање застоја не може се више поставити, јер је **забрана** одређивања и спровођења **извршења** трајала до 8. јуна 2006. године. После тога датума не може доћи до "прекида", односно застоја - "**престанка тока"** овог рока у смислу новелираног члана 25а став 1. Закона о приватизацији, јер рок који је већ протекао не може се "прекидати", нити може престати да тече као последица одлуке Агенције о прекиду поступка приватизације, која би била донета после његовог истека. Зато је сада од практичног значаја само питање застоја **двогодишњег рока** из члана 31. став 2, који се односи на субјекте приватизације за које је одлука о реструктурирању донета после ступања на снагу овог закона.

9. Нова одлука о реструктурирању као разлог који спречава наставак прекинутог поступка и спровођење новог извршења

У поступку решавања спорног правног питања по члану 176. Закона о парничном поступку заузет је став о примени одредаба о привременој забрани и прекиду извршења из члана 31. Закона о изменама и допу-

нама Закона о приватизацији у извршном поступку, када је и донета **нова одлука о реструктурирању**.

Наиме, у члану 20. тачка 2. Уредбе о поступку и начину реструктурирања субјеката приватизације прописано је да ако у обављању послова контроле спровођења реструктурирања наступе околности из којих произлази да спровођење програма реструктурирања није могуће, делимично или у целини, Агенција може да покрене **ново реструктурирање**. Као спорно поставило се питање утицаја нове одлуке о реструктурирању на ток рокова привремене забране или прекида извршења из члана 31. *Закона о изменама и допунама закона о приватизацији*.

Према правном схватању Грађанског одељења Врховног суда Србије утврђено на седници од 7. новембра 2006. године "нова одлука Агенције за приватизацију Републике Србије о реструктурирању истог субјекта приватизације - извршног дужника има правна дејства раније донете одлуке о његовом реструктурирању, и **спречава наставак** прекинутог **поступка** и **спровођења новог извршења**."[39]

10. Разлика између реструктурирања и приватизације у погледу прекида извршног поступка

У судској пракси прави се **разлика** између поступка **реструктурирања** и поступка **приватизације** извршног дужника, и то у погледу могућности прекида извршног поступка према субјекту приватизације.

Према ставу судске праксе, поступак приватизације **није** у правом смислу **изједначен** са поступком реструктурирања, јер приватизација значи промену друштвеног односно државног капитала, који се спроводи по одређеном поступку и одређеним методама прописаним Законом о приватизацији, а **реструктурирање** представља "претходни" поступак у оквиру поступка приватизације који се спроводи само у случајевима предвиђеним чланом 19. Закона о приватизацији. Започети поступак приватизације методом јавне аукције **без** покретања **реструктурирања** субјекта прива-

[39] Правно схватање Грађанског одељења Врховног суда Србије утврђено на седници од 7. новембра 2006. године - Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 3/2006, Intermex, Београд

тизације (овде извршног дужника) не пружа правну могућност за **прекид** извршног поступка против истог, а на основу правоснажне и извршне одлуке суда (пресуде, решења, поравнања).[40]

Изложени став судске праксе настао је у примени одредбе из члана 20. став 4. Закона о приватизацији[41] која је предвиђала да повериоци не могу предузимати радње ради принудне наплате својих доспелих потраживања, подразумевала је **прекид** само поступка **спровођења** извршења, и то само када су у питању **новчана** потраживања[42], док се прекид није односио у случају када су предмет извршења **неновчане** обавезе дужника над којим је покренут поступак реструктурирања[43]. Цитирани члан 20. став 4. измењен је последњом законском новелом – тј. Законом о изменама и допунама Закона о приватизацији[44], који у члану 31. регулише утицај поступка реструктурирања на ток извршног поступка, **не правећи**, при томе, **разлику** да ли је у питању наплата новчаног потраживања или је у питању неновчано потраживање. Друга новина је да се прекида поступак извршења, а не само поступак спровођења извршења, односно постоји забрана одређивања извршења **у року** од две године од дана доношења одлуке о реструктурирању, што је трећа новина у односу на члан 20. став 4. основног законског текста, који није садржао временско ограничење, већ се прекид спровођења извршења односио на цео ток спровођења поступка реструктурирања.

Битна **заједничка особина** обе верзије Закона о приватизацији јесте да на извршни поступак према субјекту приватизације **утиче** само **реструктурирање**, а не и поступак приватизације извршног дужника, који се спроводи без претходног реструктурирања. То значи да изложени став судске праксе који је настао у примени члана 20. став 4. основног законског текста, није изгубио актуелност доношењем Закона о изменама и допунама Закона о приватизацији, који у члану 31. на сличан начин регулише ову материју.

---

[40] Из решења Вишег трговинског суда у Београду, Пж. 4299/05 од 16. 5. 2005 - Правни Информатор, бр. 6/2005, Intermex, Београд

[41] "Службени гласник Републике Србије", бр. 38/2001 и 18/2003

[42] такво тумачење прихваћено је у тач. 1. и 2. правног мишљења усвојеног на седници Грађанског одељења Врховног суда Србије од 30. јуна 2003. године)

[43] тачка 3. истог правног мишљења

[44] "Службени гласник РС", бр. 45 од 31. маја 2005. године

11. Наставак поступка извршења прекинутог због реструктурирања субјекта приватизације на предлог странке, а не по службеној дужности

У судској пракси заузет је став о **наставку** поступка извршења прекинутог због реструктурирања субјекта приватизације **на предлог странке**, а не по службеној дужности, приликом одговора на питање да ли се поступак извршења који је прекинут у смислу члана 31. *Закона о изменама и допунама Закона о приватизацији*, наставља по службеној дужности, по протеку годину дана односно две године од дана ступања на снагу наведеног закона.

Према датом одговору, решење којим се поступак извршења **прекида** због тога што су наступили услови из члана 31. Закона о изменама и допунама Закона о приватизацији ("Службени гласник РС" бр. 45/05), доноси се на основу члана 214. тачка 7. Закона о парничном поступку. Чланом 217. Закона о парничном поступку је предвиђено на који начин и под којим условима поступак може да се **настави**. Став 1. овог члана предвиђа активности наследника стараоца заоставштине новог законског заступника, стечајног управника или правних следбеника или супротне стране у ком случају суд напред наведена лица позива да то учине. Ако је поступак прекинут из разлога што је суд одлучио да не решава сам о претходном питању поступак се наставља кад се правноснажно заврши поступак који је био разлог за прекид, или кад суд нађе да више не постоје разлози због чега се чека његов завршетак - члан 217. став 2. Закона о парничном поступку. У свим осталим случајевима предвиђено је да ће се прекинути поступак наставити **на предлог странке** чим **престану разлози** прекида. Из напред наведеног произлази одговор на постављено питање да се поступци извршења који су прекинути из разлога предвиђених у члану 31. Закона о изменама и допунама Закона о приватизацији настављају **на предлог странке**, а не по службеној дужности. [45]

[45] Одговор утврђен на седници Одељења за привредне спорове Вишег трговинског суда од 5. и 25. октобра и 7. и 14. новембра 2006. године

12. Обавеза предаје ускладиштене робе Републичкој дирекцији за робне резерве као јавни приход и отпуст дуга

У судској пракси објашњена је правна природа обавезе предаје, односно повраћаја ускладиштене робе Републичкој дирекцији за робне резерве у својству оставодавца, као јавног прихода, у контексту правила о **отпусту дуга** у поступку приватизације. Указано је на однос између општих одредаба *Закона о облигационим односима* које регулишу **уговор о складиштењу** и специјалних прописа који дефинишу **јавне приходе** на које се односи обавезан отпуст дуга.

Према ставу праксе, обавезом по основу јавних прихода субјеката приватизације који се приватизују методом **јавне аукције** и методом **јавног тендера**, сматрају и обавезе према Републичкој дирекцији за робне резерве, што значи да се и **обавеза предаје** ускладиштене робе из уговора о ускладиштењу, закљученог између Републичке дирекције за робне резерве, као оставодавца и туженог као складиштара, која је доспела до краја 2001. године, сматра јавним приходом, уколико је тужени приватизован методом јавне аукције, па оставодавац **нема право да тражи предају робе** од складиштара, већ се обавеза измирује по окончању поступка приватизације из средстава остварених у поступку приватизације, пре расподеле тих средстава, у складу са чланом 60. Закона о приватизацији, а ако је остварена продајна цена мања од обавеза, појединачне обавезе према органима, односно организацијама чији се приходи измирују, надокнађују се **сразмерно** уделу који те обавезе имају у укупном износу обавеза које се надокнађују, а вишак обавеза се отписује. [46]

Дакле разлика између става првостепеног суда и другостепеног суда огледа се у томе што је првостепени суд закључио да се обавеза складиштара, над којим је спроведен поступак приватизације, да **преда**, односно **врати робу** Републичкој дирекцији за робне резерве, као складиштару заснива на одредби из члана 730. став 1. Закона о облигационим односима, те да не представља **јавни приход** на који се односи обавезан отпуст дуга, у смислу прописа о приватизацији.

Потребно је напоменути да је изложени став судске праксе настао у примени Уредбе о начину измиривања јавних прихода доспелих за пла-

[46] Из решења Врховног суда Србије Прев. 439/05 од 22. фебруара 2006. године

ћање до краја 2001. године за субјекте који се приватизују методом јавне аукције и методом јавног тендера[47], која је престала да важи даном ступања на снагу Уредбе о начину и условима измиривања обавеза субјекта приватизације према повериоцима.[48] Међутим и нова уредба у суштини на сличан начин регулише обавезан отпуст дуга када је у питању Републичка дирекција за робне резерве, као државни поверилац[49], с тим што је као **доспелост** обавеза на које се односи обавезан отпуст дуга, одређен **31. децембар 2004**. године, укључујући и обавезе које су доспевале до 31. децембра 2004. године, али су до истека тог рока репрограмиране тако што је одређен други рок доспелости после 31. децембра 2004. године[50]. То значи да изложени став судске праксе који је настао у примени раније уредбе, није изгубио актуелност, већ је, напротив, проширен и на обавезе које су доспеле касније - до 31. децембра 2004. године.

13. Утицај окончаног поступка реструктурирања на постојање поремећаја у пословању послодавца, као основа за одлагање исплате разлике у зарадама

У судској пракси заузет је став о **утицају** окончаног поступка реструктурирања на постојање **поремећаја у пословању** послодавца, као основа за одлагање исплате разлике у зарадама, у смислу радно-правних прописа.

Према ставу праксе, не може се сматрати да још увек постоји **поремећај у пословању** послодавца код кога је поступак реструктурирања **окончан** продајом капитала, односно имовине методом јавног тендера или методом јавне аукције, који би одложио исплату утужених потраживања. Основаност потраживања утужених **разлика у зарадама** запослених зависи од околности да ли су запослени **пријавили** ова своја потраживања у спроведеном поступку реструктурирања послодавца, те на који начин је **уређена отплата дуга** у складу са програмом реструктурирања, у смислу члана 13. Уредбе о поступку и начину реструктурирања субјека-

[47] "Службени гласник РС" бр. 91/02
[48] "Службени гласник РС" бр. 45/2006
[49] члан 2. тачка 3.
[50] члан 2. тачка 5.

та приватизације, као и да ли у погледу ових потраживања постоји **споразум** са купцем капитала субјеката приватизације.

У образложењу изложеног става наведено је да је у првостепеном поступку утврђено да је код туженог у спорном периоду од јуна месеца 1998. године до децембра месеца 2000. године постојао **поремећај у пословању**, који и даље **траје**, због чега тужени није био у могућности да запосленима исплаћује зараде обрачунате према цени рада за најједноставнији рад утврђеној *Посебним колективним уговором за хемију и неметал*е, већ по цени рада **нижој** од ове цене, услед чега су настале **разлике** у исплати зарада. Полазећи од овако утврђеног чињеничног стања првостепени суд налази да је **тужбени захтев** тужилаца **неоснован** из разлога што још увек **није престао поремећај** у пословању туженог да би утужене разлике доспеле за исплату. По оцени другостепеног суда, овакав закључак првостепеног суда за сада се не може прихватити као правилан, будући да је првостепени суд пропустио да утврди све релевантне чињенице неопходне за правилну примену материјалног права. Наиме, списи овог предмета, као и жалбени наводи, указују на могућност да је тужени након спровођења поступка реструктурирања **приватизован**, због чега је неопходно у поновном поступку разјаснити да ли је до **реструктурирања** и продаје туженог дошло, те какав то **правни значај** има у односу на потраживање утужених разлика у зарадама. Стога ће првостепени суд у поновном поступку утврдити да ли је код туженог спроведен поступак реструктурирања, те у ту сврху извршити увид у одлуку о реструктурирању, као и у **програм реструктурирања**, те ако је реструктурирање окончано продајом капитала, утврдити да ли су тужиоци **пријавили** своја потраживања утужена у овом спору у наведеном поступку реструктурирања, као и на који начин је **уређена отплата дуга** у складу са програмом реструктурирања, у смислу члана 13. Уредбе о поступку и начину реструктурирања субјеката приватизације *("Службени гласник РС", бр. 52/2005)*. Тек након утврђења наведених релевантних чињеница првостепени суд ће уз правилну примену материјалног права извести правилан закључак о основаности утужених потраживања, имајући при том у виду да се поступак реструктурирања код правних субјеката спроводи управо ради продаје капитала, односно имовине методом јавног тендера или методом јавне аукције, у смислу члана 22. наведене уредбе, због чега се **не може сматрати** да код туженог у датом случају **још увек постоји поремећај** у пословању који би одложио исплату утужених потраживања. За случај да код туженог није спроведен наведени поступак ре-

структурирања и продаје капитала, односно имовине, на туженом је **терет доказивања** у погледу **постојања поремећаја** у пословању који би одложио доспелост утужених потраживања. При том вештак одговарајуће струке не може дати валидно мишљење без одговарајућег објективно и стручно датог налаза о пословању туженог све до момента пресуђења. При одлучивању о основаности тужбених захтева првостепени суд ће имати такође у виду и одредбу члана 20. став 4. Закона о приватизацији (*"Службени гласник РС" бр. 38/2001, 18/2003, 45/2005*) којом је уређено да ако остали повериоци **не отпусте дуг** према субјекту приватизације, услове и начин намирења свог потраживања одређују у **споразуму** са купцем капитала субјекта приватизације, због чега ће у поновном поступку утврдити није ли до наведеног споразума са купцем капитала туженог дошло. [51]

14. Закључак

Кључни институт из Закона о приватизацији, који има утицаја на извршни поступак јесте **реструктурирање** у поступку приватизације.

Реструктурирање субјекта приватизације је **могућа**, а **не** и **обавезна фаза** у оквиру поступка приватизације, која претходи поступку продаје капитала или имовине субјекта приватизације. Ради се о врсти **поравнања**, коју верификује Агенција за приватизацију прихватањем **програма реструктурирања** са циљем заштите субјеката приватизације и поверилаца.

Одлука Агенције за приватизацију о покретању новог реструктурирања субјекта приватизације **није управни акт** и против ње се не може водити управни спор.

Дакле, две основне врсте промена, које чине суштину института реструктурирања, јесу **статусне промене** привредног друштва (субјекта приватизације) и отпуст **дуга** према субјекту приватизације. У оба случаја ове промене утичу на извршни поступак.

У случају **статусне промене** субјекта приватизације извршење би се могло одредити и против његових **правних следбеника** насталих статусном променом у поступку реструктурирања (спајањем, поделом, припајањем), јер

[51] Из пресуде Општинског суда у Краљеву И П. бр. 1077/01 од 11. 9. 2006, решења Окружног суда у Краљеву Гж. бр. 1913/06 од 8. 2. 2007. године - Билтен судске праксе Окружног суда у Краљеву, бр. 1/2007, Intermex, Београд

је њихова одговорност солидарна и то на основу правила из члана 37. Закона о извршном поступку о прелазу обавезе, (**случај извршења против лица** које у **извршној исправи није означено као дужник).**

Одредбе из општих законских прописа о солидарној одговорности учесника статусне промене, односно о преласку обавезе из извршне исправе на правног следбеника, могле би бити дерогиране садржином програма реструктурирања, који према специјалном пропису из члана 23а став 2. *Закона о приватизацији,* а у којим је прописано да ако се по доношењу програма реструктурирања против субјекта приватизације, односно купца капитала покрене поступак пред надлежним органом (што значи и извршни поступак), надлежни орган (што значи и извршни суд) је дужан да у случају кад је потраживање основано, **обавеже** субјект приватизације, односно купца капитала, **на исплату** потраживања на **начин** предвиђен програмом реструктурирања.

Када је у питању **отпуштање дуга** реч је о разлогу за **жалбу** у извршном поступку који спречава извршење, тј. који би у целини или делимично спречили извршење пресуде против извршног дужника – субјекта приватизације, коме су повериоци отпустили дуг – разлог из члана 15. тачка 8. Закона о извршном поступку.

Суштина отпуштања дуга у смислу члана 19. став 2. тачка 3. *Закона о приватизацији* није престанак повериочевог потраживања, већ се отпуштање дуга у целини или делимично врши ради **намиривања** поверилаца из средстава остварених **од продаје** капитала или имовине субјекта приватизације, дакле из приватизационог прихода.

Агенција за приватизацију је **пасивно легитимисана**, тј. постаје дужник према повериоцима субјекта приватизације, који се ослобађа обавезе.

Закон разликује две врсте поверилаца и то **државне** повериоце и **остале** повериоце, између којих постоји **битна разлика**. Државни повериоци **дужни** су да **отпусте дуг** према субјекту приватизације, и то **у целини** и своје потраживање намире из средстава остварених од продаје капитала или имовине субјекта приватизације, док остали повериоци у истом циљу **могу** да отпусте дуг, али не морају.

Обавезно отпуштање дуга односи се само на потраживања која су доспела до **31. децембра 2004.** године. Државни повериоци у погледу по-

траживања која су доспела после 31. децембра 2004. године спадају у категорију осталих поверилаца, који тај дуг могу да отпусте, али и не морају.

У смислу *Закона о приватизацији* отпуштање дуга настаје **по самом закону** (ex lege), чим се стекну остали законом прописани услови који се тичу покретања поступка реструктурирања, па за пуноважност отпуста дуга није потребна изјава државног повериоца.

Одлагање мера забране исплате са рачуна субјекта приватизације има утицаја на извршни поступак, јер се мере забране исплате са рачуна дужника одређују у извршном поступку када је у питању спровођење извршења ради наплате новчаног потраживања, а такође и у поступку обезбеђења таквих потраживања. У суштини, реч је о својеврсном **одлагању извршења** које је било одређено ради наплате новчаног потраживања **на новчаним средствима** која се воде **на рачуну** извршног дужника, односно одлагању мера обезбеђења, које представља одступање од општих правила о одлагању извршења из чл. 63 - 67. Закона о извршном поступку.

И у оквиру поступка стечаја, као поступка општег (генералног) извршења, као једна од **мера обезбеђења** ради спречавања промене имовинског положаја стечајног дужника које стечајно веће може изрећи у случају покретања претходног стечајног поступка, предвиђена је **забрана исплате са рачуна** стечајног дужника без сагласности стечајног судије. Сматрамо да се **одлагање** мера **забране исплате са рачуна** субјекта приватизације из чл. 20в *Закона о приватизацији* односи и на наведену меру обезбеђења из претходног стечајног поступка.

Трећа веома битна "промена" која утиче на потраживања свих поверилаца, дакле и државних поверилаца (за које важи режим обавезног отпуста дуга) и осталих поверилаца (који нису дужни да отпусте дуг), а самим тим и на поступак принудног извршења потраживања, за које су повериоци стекли правноснажну пресуду или другу извршну исправу, огледа се у **правном дејству** донетог **програма реструктурирања**: Програм реструктурирања донет у складу са овим законом има **снагу извршне исправе** и сматра се **уговором** којим се утврђује висина и начин измиривања потраживања поверилаца која су у њему **утврђена.** Ако се по доношењу програма реструктурирања против субјекта приватизације, односно купца капитала покрене поступак пред надлежним органом, надлежни орган је дужан да у случају кад је потраживање основано, **обавеже** субјект

приватизације, односно купца капитала, **на исплату** потраживања на **начин** предвиђен програмом реструктурирања. Сматрамо да се наведено правило односи не само на државне повериоце чија су потраживања утврђена у програму реструктурирања, него и на потраживања која **нису утврђена** у програму реструктурирања, и то не само на потраживања државних поверилаца, него и на потраживања **осталих поверилаца**.

Временски ограничена **забрана** одређивања и спровођења извршења према субјекту приватизације у реструктурирању, као и привремени **прекид** извршног поступка, уведени су чланом 31. Закона о изменама и допунама Закона о приватизацији, и односе се на сва потраживања, како новчана, тако и неновчана.

Одлуком Агенције за приватизацију о прекиду поступка приватизације донетом у току поступка реструктурирања, **прекидају се** и законом прописани **рокови забране** одређивања или спровођења **принудног извршења** и било које мере поступка извршења ради намирења потраживања субјекта приватизације за све време док прекид траје а најдуже до истека рока од 90 дана.

Нова одлука Агенције за приватизацију Републике Србије о реструктурирању истог субјекта приватизације - извршног дужника има правна дејства раније донете одлуке о његовом реструктурирању, и **спречава наставак** прекинутог **поступка** и **спровођења новог извршења**.

Започети поступак приватизације методом јавне аукције **без** покретања **реструктурирања** субјекта приватизације (извршног дужника) не пружа правну могућност за **прекид** извршног поступка против истог, а на основу правоснажне и извршне одлуке суда (пресуде, решења, поравнања).

Поступци извршења који су прекинути из разлога предвиђених у члану 31. Закона о изменама и допунама Закона о приватизацији настављају се, по истеку прописаних рокова, **на предлог странке**, а не по службеној дужности.

Не може се сматрати да још увек постоји **поремећај у пословању** послодавца код кога је поступак реструктурирања **окончан** продајом капитала, односно имовине методом јавног тендера или методом јавне аукције, који би одложио исплату утужених потраживања **разлика у зарадама** запослених, у складу са програмом реструктурирања.

Младен Николић,
судија Трговинског суда у Београду

СПОРНА ПИТАЊА У ПРИМЕНИ НОВОГ ЗАКОНА О ИЗВРШНОМ ПОСТУПКУ - СКРАЋЕНИ ИЗВРШНИ ПОСТУПАК

Одредбе чл. 252.-259. Закона о извршном поступку (Сл. гл. РС 125/04 који је ступио на снагу 23. 02. 2005. г. – у даљем тексту ЗИП) уређују поступак дозволе, спровођења извршења те поступања по правним лековима у тзв. скраћеном извршном поступку.

У намери да омогући брз и ефикасан начин наплате доспелог новчаног потраживања извршног повериоца који поседује веродостојну исправу јаче доказне снаге у односу на поједине веродостојне исправе које служе као основ за дозволу извршења на основу "обичне" веродостојне исправе (види чл. 36. ЗИП), законодавац је у делу V ЗИП-а уврстио одредбе које регулишу тзв. скраћени извршни поступак. Обзиром да је циљ законодавца да омогући наплату доспелог новчаног потраживања у оквиру извршног поступка, при чему се у оквиру овог поступка у највећем броју случајева мериторно одлучује о основаности новчаног потраживања извршног повериоца (без вођења парничног поступка) по нашем мишљењу примеренији назив овог поступка био би "скраћени поступак ради наплате доспелог новчаног потраживања". Наведено и из разлога јер се у оквиру поступка који се спроводи по правилима извршења у трговинским и са трговинским повезаним стварима, оцењује квалитет веродостојне исправе, тиме и испуњеност услова за дозволу извршења, али и што је најзначајније и основаност приговора извршног дужника односно квалитет доказа - исправа које је извршни дужник дужан да поднесе уз приговор. Под условом да веће састављено од три судије првостепеног суда одбије или одбаци приговор извршног дужника, те да одлуку већа првостепеног суда потврди другостепени суд (одлучујући о жалби извршног дужника) цео по-

ступак наплате новчаног потраживања спроводи се у оквиру извршног поступка. За разлику од наведеног, када је у питању извршење на основу веродостојне исправе, у том поступку, благовремен, дозвољен и образложен приговор извршног дужника којим оспорава потраживање засновано на веродостојној исправи има за последицу да се о основаности новчаног потраживања распавља у парничном поступку, као поводом приговора на издати платни налог.

Може се приметити да је у суштини реч о тзв. документованом поступку у коме извршни поверилац веродостојном исправом одређене доказне снаге (несумњиво) доказује постојање, висину и доспелост свог новчаног потраживања према извршном дужнику, али извршни дужник уколико изјављује приговор дужан је да основаност свог приговора (разлоге) поткрепи писменим доказима које закон таксативно набраја.

У овом реферату изнећемо неколико спорних питања која су се у поступању, пре свега трговинских али и судова опште надлежности појавила као спорна и покушати да поводом тих питања укажемо на решења (одговоре) која би водила правилној примени одредби ЗИП-а које регулишу скраћени извршни поступак.

СВОЈСТВО СТРАНАКА – СТВАРНА НАДЛЕЖНОСТ

По правилу обе странке у скраћеном извршном поступку су правна лица (углавном привредна друштва) и предузетници, те у случају да је извршни поверилац предложио као средство извршења било које решење прописано чл. 42. ст. 2. ЗИП, осим продаје непокретности, за поступање по предлогу биће стварно надлежан Трговински суд. Ово из разлога јер су испуњени услови из чл. 15. ст. 2. тач. в Закона о судовима, чије се одредбе још примењују када је у питању стварна надлежност и једино су меродавне приликом оцене стварне надлежности. Само у случају да извршни поверилац (када су обе странке правна лица и / или предузетници) предложи као средство извршења продају непокретности или у случају да је извршни дужник физичко лице (али само ради новчаног потраживања из уговора о комерцијалном кредиту) за поступање би у том случају био надлежан суд опште надлежности. Из наведеног произилази и закључак да физичка лица нису према одредби чл. 252. ЗИП активно легитимисана за вођење ове врсте поступка.

На овом месту треба истаћи да одредбе ЗИП које се примењују и које регулишу извршење у трговинским и са трговинским повезаним стварима (тиме и у скраћеном извршном поступку) имају за циљ да уреде процедуру код ове врсте извршења, а не да регулишу ствану надлежност која је уређена Законом о судовима и законом о уређењу судова (када почну да се примењују одредбе овог Закона). Имајући наведено у виду погрешно је извлачити закључак да је због чињенице да ЗИП користи термин "трговинске" ствари (чл. 242) или у чл. 245. "говори" о надлежности Трговинског суда када су у питању извршења на акцијама или уделима у Д. О. О., да се на тај начин одредбама ЗИП-а уређује и стварна надлежност. ЗИП прописује правила поступања у трговинским и са трговинским повезаним стварима, како пред трговинским тако и пред судом опште надлежности, док се стварна надлежност цени према одредбама Закона о судовима (у овом тренутку). Сам наслов поменуте одредбе чл. 245. ЗИП-а јесте "месна надлежност" и прописује месну надлежност суда у случају извршења на акцијама или уделима и то према подручју суда на коме се води регистар у коме је уписано привредно друштво чије акције или удео поседује извршни дужник. Грешка је законодавца што је уопште у одредбу чл. 245. испред речи суд унео израз "Трговински".

Из горе наведених разлога нема места стварној надлежности Трговинског суда у случају када је предлог за извршење поднет од стране физичког лица као извршног повериоца против физичког лица као извршног дужника, на основу извршне исправе суда опште надлежности, а средство извршења јесте продаја акција или удела у Д. О. О. У овом случају нису испуњени ни субјективни, ни објективни критеријум из чл. 15. Закона о судовима јер су странке физичка лица а продаја акција или удела у извршном поступка ради наплате новчаног потраживања није спор између два лица који се тиче статусних питања. Извршни поступак је неспоран (ванпарнични) поступак по својој природи и акције или удео који се продаје и које одражавају удео у капиталу А. Д. или Д. О. О. које поседује физичко лице (извршни дужник) јесте начин да извршни поверилац наплати своје новчано потраживање. Између ова два лица у извршном поступку нема спора о акцијама или уделима и у том смислу нема статусног спора.

Изложено, у вези извршења на акцијама и уделима, у неколико одступа од основне теме реферата, али смо мишљења да због значаја питања

и одлука које се поводом овог питања појављују, треба изнети и наведено мишљење. Када су у питању средства извршења ради наплате новчаног потраживања, само је продаја непокретности као средство извршења одлучна за стварну надлежност суда (извршења непокретности за сада увек спроводи суд опште надлежности), а не и друга средства, па тиме ни продаја акција или удела.

УРЕДНОСТ И САДРЖИНА ПРЕДЛОГА

Предлог за извршење у скраћеном извршном поступку треба да садржи све елементе из чл. 49. ст. 1. ЗИП (као и прилоге из ст. 2. наведене одредбе), а све у вези чл. 243. ЗИП. Специфичност која постоји за ову врсту поступка јесте да је извршни поверилац дужан да у предлогу изричито назначи да захтева спровођење скраћеног извршног поступка (чл. 254. ст. 1. ЗИП). Последица, у случају да извршни поверилац изричито не назначи да захтева спровођење скраћеног извршног поступка, а уз предлог приложи веродостојну исправу која може бити основ за скраћени извршни поступак јесте да ће суд дозволити извршење, али као извршење на основу веродостојне исправе према свим правилима из чл. 36. ЗИП-а и последицама из чл. 21. ЗИП-а. Погрешно поступају судови који издају налог извршном повериоцу да уреди предлог за извршење, тако што ће захтевати спровођење скраћеног извршног поступка, у ситуацији када је приложена веродостојна исправа која може бити основ за спровођење скраћеног извршног поступка, а у предлогу извршни поверилац није изричито захтевао спровођење скраћеног извршног поступка. Диспозиција је извршног повериоца да и у ситуацији када поседује веродостојну исправу која може бити основ за спровођење скраћеног извршног поступка, да ли ће изричито захтевати ову врсту поступка или не.

Уколико извршни поверилац у предлогу изричито захтева спровођење скраћеног извршног поступка, а приложена веродостојна исправа по свом квалитету није таква да може бити основ за спровођење скраћеног извршног поступка, (него само за "класични" извршни поступак на основу веродостојне исправе) суд ће такав предлог одбити као неоснован. Неће бити правилна одлука суда уколико у наведеној ситуацији дозволи извршење на основу веродостојне исправе према правилима из чл. 36. и 21.

ЗИП, а ово из разлога јер суд треба да се креће у оквиру диспозитивних радњи странке.

Треба указати да је извршни поверилац који предлаже спровођење извршења у скраћеном извршном поступку слободан да предложи као средство извршења било које од таксативно предвиђених средстава извршења из чл. 42. ст. 2. ЗИП, ово из разлога јер је обавезна садржина сваког предлога за извршење, па тиме и предлога за извршење у скраћеном поступку назначавање средства извршења, а у смислу одредбе чл. 49. ст. 1. ЗИП. Реч је о диспозитивној радњи извршног повериоца, у смислу избора средства извршења.

КРУГ ВЕРОДОСТОЈНИХ ИСПРАВА КАО ОСНОВ ЗА СПРОВОЂЕЊЕ СКРАЋЕНОГ ИЗВРШНОГ ПОСТУПКА

Још једно питање које се као спорно наметнуло из овог дела Закона односи се на 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. ЗИП за скраћени извршни поступак предвидео доспелу безусловну банкарску гаранцију и доспели безусловни актедитив, 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 чл. 257. ст. 1., 2. и 3. ЗИП.

Одредба чл. 254. ст. 2. ЗИП упућује на то да су средства плаћања основ за сровођење скраћеног извршног поступка и тиме сужава круг веродостојних исправа за ову врсту поступка.

То што Закон у чл. 256. ст. 2. и чл. 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 које 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 странке и у скраћеном извршном поступку треба да имају 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).

Када су у питању веродостојне исправе из чл. 253. ст. 1. тач. 1., 2., 3., 4. и 5. може се уочити да је реч о веродостојним исправама које је издао сам извршни дужник. Наведено, овим веродостојним исправама даје посебан квалитет у смислу доказивања постојања, износа и доспелости потраживања и то посебно у односу на оне веродостојне исправе (види чл. 36. ст. 2. тач. 3.,. 4. и ст. 3. ЗИП) које је издао извршни поверилац.

Осим наведеног, врсте приговора које иначе дужник из менице или чека може да истиче према повериоцу из наведених хартија од вредности у случају када се води парнични поступак су везани за саме хартије од вредности, односно лични однос повериоца и дужника и у многоме се подударају са приговорима из чл. 256. ст. 2. ЗИП. Слично важи и за приговоре које банка и дужник може да истиче према повериоцу из доспеле безусловне банкарске гаранције односно доспелог безусловног акредитива. Обавеза банке код наведених банкарских послова независна је од обавезе дужника из посла поводом кога је акредитив отворен, односно издата гаранција. Ове чињенице оправдавају разлоге због којих су наведене исправе уврштене у круг веродостојних исправа на основу којих се може спровести скраћени извршни поступак.

Питање: Да ли се применом цитиране уводне одредбе ст. 1. чл. 253. ЗИП, дејство наведене законске одредбе може проширити и на неку од веродостојних исправа из чл. 36. ст. 2. тач. 3. и 4. ЗИП (фактура, извод из пословних књига за цену комуналних услуга и сл…), те ст. 3. истог члана (обрачун камате) посебно у случају ако је извршни дужник акцептирао наведене исправе, је питање које треба да реши законодавац евентуалним изменама Закона. Обзиром да се поједине веродостојне исправе из чл. 36. ст. 2. и чл. 253. ст. 1. ЗИП подударају (меница и чек, обвезнице и др. хартије од вредности…, оверена изјава извршног дужника којом овлашћује извршног повериоца на пренос новчаних средстава, јавна исправа која конституише извршну новчану обавезу) треба размислити (размотрити) да ли приликом будућих промена ЗИП-а цео поступак извршења на основу веродостојне исправе треба објединити и регулисати као скраћени извршни поступак. Уколико би се тако нешто урадило, онда треба прописати додатне услове које треба да испуне одређене веродостојне исправе (доказ о пријему фактуре од стране извршног дужника, сагласност извршног дужника на обрачун камате). Такође постоји могућност да се одре-

ђивање извршења на основу веродостојних исправа из чл. 36. ст. 2. тач. 3., 4., 5., 6. и 7. и ст. 3. ЗИП пренесе у надлежност јавног бележника, када његова делатност коначно буде уређена Законом.

По нашој оцени, за сада у примени одредбе из чл. 253. ст. 1. ЗИП судови у погледу круга веродостојних исправа треба да буду рестриктивнији имајући пре свега у виду разлоге због којих се решење о извршењу у скраћеном извршном поступку може побијати, те то треба да буду веродостојне исправе из тачке 1-7 ст. 1. у вези ст. 2. чл. 253. ЗИП-а.

Судска пракса кроз одлуке другостепених судова (првенствено Вишег трговинског суда) се изјаснила у прилог наведеног мишљења и то првенствено да фактура као приватна исправа коју издаје извршни поверилац не спада у круг веродостојних исправа подобних за спровођење скраћеног извршног поступка. Исто важи за извод из пословних књига извршног повериоца, те обрачун камате.

ЗИП у чл. 253. ст. 3. изричито искључује као могућност да се скраћени извршни поступак спроведе на основу стране (веродостојне) исправе.

РАЗЛОЗИ ЗА ПРИГОВОР ИЗВРШНОГ ДУЖНИКА

Разлози које у приговору извршни дужник у скраћеном извршном поступку може основано истицати су ограничени и таксативно набројани у одредби чл. 256. ст. 2. тач. 1., 2. и 3. ЗИП. Извршни дужник је у обавези да за разлоге које истиче у приговору поднесе и таксативно предвиђене доказе у чл. 257. ст. 1. ЗИП.

Поставља се питање поступања судова (веће првостепеног суда) по приговору у коме извршни дужник изјављује приговор из разлога прописаних чл. 256. ст. 2. тач. 1., 2 и 3 ЗИП-а, а уз приговор не подноси доказе које предвиђа одредба чл. 257. ст. 1. ЗИП. Да ли такав приговор веће треба да одбаци или одбије? Мишљења смо, да у наведеној ситуацији веће о приговору треба да одлучи тако што ће приговор одбити, под условом да је исти дозвољен и изјављен од овлашћеног лица у законом прописаном року, те уредан као и сваки поднесак у смислу чл. 100. ЗПП у вези чл. 27. ЗИП. Терет доказивања да је приговор основан јесте на извршном дужнику те ће као последица неподношења доказа из чл. 257. ст. 1. тач. 1., 2. и 3. ЗИП бити недовољна само тврдња извршног дужника да су основани

и да постоје разлози из чл. 256. ст. 2. тач. 1., 2. и 3. ЗИП. Када поднесак – приговор у наведеном случају садржи све што је потребно да би се по истом као правном леку могло поступати, то нема основа да се приговор без поднетих доказа одбаци, него веће такав приговор треба да одбије.

Као спорно поставља се и питање, да ли извршни дужник основано може изјавити приговор и из неких других разлога осим оних таксативно набројаних у чл. 256. ст. 2. ЗИП. Мишљења смо, да може и то посебно може бити приговор, да је судија првостепеног суда дозволио извршење у скраћеном извршном поступку на основу веродостојне исправе која не испуњава услове из чл. 253. ст. 1. ЗИП-а или да је извршење дозвољено на предлог лица које није активно легитимисано за вођење ове врсте поступка. У случају да судија првостепеног суда заиста дозволи извршење на основу веродостојне исправе која нема квалитет из чл. 253. ст. 1. ЗИП-а, наведени приговор извршног дужника би свакако био основан, те би веће првостепеног суда морало такав приговор да усвоји, укине решење о извршењу у делу у коме је извршење одређено, те да се поступак настави у парници као поводом приговора на платни налог. Иако овај разлог за приговор није предвиђен одредбом чл. 256. ст. 2. ЗИП, његова дозвољеност произилази из садржине одредба чл. 253. ст. 1. којом је прописано, да се скраћени извршни поступак **може** спровести на основу веродостојне исправе којом се несумњиво …., што даље значи да веће првостепеног суда испитујући правилност решења о извршењу поводом приговора извршног дужника изјављеног из наведеног разлога мора усвојити приговор и на тај начин спречити даље спровођење извршења, а обзиром да веродостојна исправа као основ дозвољеног извршења нема одговарајући квалитет.

Такође је као основан разлог за приговор извршног дужника, случај када суд дозволи извршење у скраћеном извршном поступку на предлог извршног повериоца – физичког лица.

Као посебно питање поставља се могућност изјављивања приговора из разлога застарелости потраживања из веродостојне исправе. Приговор застарелости којим се може "бранити" сваки дужник према свом повериоцу, треба бити дозвољен и извршном дужнику у скраћеном извршном поступку. Имајући у виду сврху скраћеног извршног поступка тј. да се о потраживању ако су испуњени законом прописани услови одлучи у извршном поступку, мишљења смо да веће у ситуацији када из приложене ве-

родостојне исправе (имајући у виду доспелост) те навода из приговора очигледно произилази неоснованост приговора застарелости, треба да узме у разматрање овакав приговор и одбије га. Такође треба да узме у разматрање и приговор застарелости, а за који да би се правилно одлучило о његовој основаности, би требало извести додатне доказе. Зато ће у овој ситуацији веће приговор усвојити и укинути решење о извршењу у делу у коме је одређено извршење, те предмет доставити парничном суду на даљи поступак.

ПОСЛЕДИЦЕ ОДБИЈАЊА ИЛИ ОДБАЧАЈА ПРИГОВОРА ОД СТРАНЕ ВЕЋА ПРВОСТЕПЕНОГ СУДА

У ситуацији када веће првостепеног суда одбије или одбаци приговор извршног дужника законско право је да извршни дужник може жалбом "нападати" одлуку већа првостепеног суда. Даља законска последица је да изјављена жалба од стране извршног дужника не задржава спровођење извршења, што је прописано у циљу остварења сврхе скраћеног извршног поступка (брза наплата новчаног потраживања).

У зависности од тога које средство извршења је предложио извршни поверилац, зависи и даље поступање првостепеног суда. Уколико је извршење предложено на новчаним средствима на рачуну извршног дужника код банке, нема препрека да се решење о извршењу достави НБС – Одсеку за принудну наплату ради спровођења извршења, а списи предмета другостепеном суду ради одлучивања о жалби извршног дужника. Када је у питању извршење на покретним стварима, на акцијама или уделу у Д. О. О., нема препрека да првостепени суд спроведе извршне радње пописа и одузимања покретних ствари, односно пленидбе акција или удела (на тај начин извршни поверилац стиче заложно право), те потом достави списе предмета другостепеном суду на одлучивање по жалби извршног дужника. Ако је предложено извршење на непокретности извршног дужника, због специфичности спровођења извршења овим средством извршења (више фаза у поступку), након спроведене забележбе решења о извршењу у јавној књизи (то је веома значајан моменат због последица прописаних чл. 102. ЗИП) списе треба доставити другостепеном суду на одлуку по жалби.

Првостепени и другостепени суд морају обратити пажњу на поштовање изузетно кратких рокова које прописује ЗИП приликом поступања како по приговору, тако и по жалби.

Посебна специфичност у одлучивању другостепеног суда поводом жалбе извршног дужника јесте у томе да само у случају када је веће првостепеног суда одбацило приговор извршног дужника може такво решење укинути и предмет вратити на поновни поступак, ради одлучивања о приговору. Ако је приговор извршног дужника одбијен, другостепени суд такву одлуку већа првостепеног суда може потврдити или укинути. Уколико је одлуку већа поводом жалбе извршног дужника укинуо, другостепени суд ставља ван снаге решење првостепеног суда у делу у коме је одређено извршење и предмет доставља надлежном парничном суду на даљи поступак који се води као поводом приговора на платни налог.

Уколико је извршење спроведено пре одлуке другостепеног суда којом је укинута одлука већа првостепеног суда, а којом је приговор извршног дужника одбијен, извршни дужник има право да поднесе предлог за противизвршење из разлога прописаних одредбом чл. 59. ст. 1. тач. 3. ЗИП, обзиром да је одлуком другостепеног суда решење о извршењу (део којим је одређено извршење) правноснажно стављено ван снаге (и на тај начин фактички укинуто). Део решења првостепеног суда којим је извршном дужнику наложена исплата новчаног износа као потраживање извршног повериоца је по својој природи издати платни налог чију основаност тек треба проверити у парничном поступку поводом изјављеног приговора. У зависности од исхода тог поступка извршни поверилац може стећи извршну исправу и захтевати ново извршење.

Невен Вукашиновић,
судија Вишег трговинског суда

СПОРНА ПИТАЊА ВЕЗАНА ЗА ПРАКТИЧНУ ПРИМЕНУ ОДРЕДБЕ ЧЛАНА 346. ЗАКОНА О ПРИВРЕДНИМ ДРУШТВИМА

Одредба члана 346 Закона о привредним друштвима (ЗОПД) не представља новину у нашем привредном законодавству. Претходни Закон о предузећима (ЗОП) имао је сличну одредбу у члану 314 ст. 3, међутим док цитирана одредба из ЗОП-а у примени није била спорна, у случају примене чл. 436 ЗОПД постоје бројне недоумице.

Имајући у виду да се цитирана одредба ЗОП-а налазила у одељку ЛИКВИДАЦИЈА АКЦИОНАРСКОГ ДРУШТВА и да је у одредби чл. 314 ст. 3 ЗОП-а било јасно прописано **да предлог за престанак а. д. ликвидацијом може поднети суду и сваки акционар који има или представља најмање десетину основног капитала**, није било спорно да поступак ликвидације а. д. спроводи суд у ванпарничном поступку по Закону о принудном поравнању, стечају и ликвидацији (ЗППСЛ), сходно одредби чл. 314 ст. 2 ЗОП-а. Уколико би мањински акционари успели да на скупштини предузећа исходују одлуку о престанку друштва ликвидацијом, а да при том скупштина друштва не усвоји њихов предлог у погледу личности ликвидационог управника, остајала би им могућност, сходно одредби чл. 318 ЗОП да поднесу тужбу за резрешење именованог ликвидатора и именовање ликвидатора кога они предложе према чл. 314 ст. 6 ЗОП-а. Разлози за ликвидацију друштва су били лимитирани одредбом чл. 100 ст. 1 тач. 1 до 6 ЗОП-а, при чему је било препуштено оцени суда у случају поднетог предлога сходно одредби чл. 314 ст. 3 ЗОП-а да утврди да ли су се стекли услови из чл. 100 ст. 1 тач. 2 ЗОП-а за покретање поступка ликвидације при чему се као могућност појавио и разлог злоупотреба права већине у управљању друштвом, односно немогућност функционисања

друштва због поделе гласова акционара, при чему ни једна страна не би имала већину. Правна теорија је стога нашла да и овакво законско решење представља једно крајње средство заштите мањинских акционара.

Новина одредбе чл. 346 ЗОПД-а је да се иста експлицитно представља као средство заштите мањинских акционара, јер и ако се налази у одељку ПРЕСТАНАК ДРУШТВА И ДРУГЕ МЕРЕ СУДА, наслов одредбе је **Престанак друштва и друге мере суда по захтеву мањинских акционара,** па поред истог и садржина одредбе указује да би требала да представља најделотворнију заштиту мањинских акционара од самовоље, злоупотребе и мајоризације у одлучивању већинских акционара у доношењу свих битних одлука везаних за управљање односно пословање привредним друштвима.

Међутим у практичној примени цитиране одредбе појавила су се различита спорна питања на која пракса још није дала одговарајуће одговоре или дати одговори не разрешавају постојеће дилеме у примени исте. Код таквог стања ствари заштита интереса мањинских акционара кроз примену могућности утврђене цитираном одредбом Закона о привредним друштвима и након две и по године важења овог закона у пракси се не појављује, осим у неким парцијалним облицима.

Постојећа привредна реалност нам указује на често постојање сукоба интереса мањинских и већинских акционара или уделничара у привредним друштвима. У таквој ситуацији одсуство позивања странака на одредбу чл. 346 ЗОПД-а доказује недовољно опредељен став судске праксе за проблеме који се указују при примени ове одредбе као и одсуство озбиљније разраде овог института у правној теорији, па је циљ овог реферата да спорна питања у примени овог члана дефинише и да покуша да на иста да задовољавајући одговор за који, аутор реферата сматра да мора бити пре свега у функцији заштите мањинских акционара, као и уделничара сходно одредби чл. 183 ЗОПД-а.

Досадашња судска пракса кроз велики број спорова везаних за узајамне сукобе чланова друштва поводом оспоравања различитих одлука већинских акционара или уделничара друштва указује да је од демократских принципа у управљању привредним друштвима преостало само то да се одлуке у органима друштва доносе у већини случајева прегласавањем,

при чему се најчешће мањина позива да донета одлука није у функцији економског развоја и бољег тржишног постављења привредног друштва.

Исто значи наметање одлука у управљању друштвом од стране већинског власника које одлуке су већ на први поглед, у највећем броју случајева у функцији заштите његових личних интереса, који интереси имају предност над интересима самог привредног друштва и ако већински акционари или уделничари својски настоје да те своје прикривене личне интересе прикажу као интерес друштва. Одредбом чл. 2 Закона о привредним друштвима је дефинисан појам привредног друштва као основни привредни субјект који се оснива ради стицања добити, из чега произилази да је циљна функција оснивања привредног друштва профит. У таквој ситуацији само по себи је јасно да је једина побуда оснивача друштва за улагањем својих материјалних средстава у било који облик привредног друштва стицање добити, док је делатност привредног друштва само у функцији превасходно економског интереса оснивача друштва да та добит, односно профит буде по мугућности што већи. Тај свој економски интерес, упрошћено говорећи, оснивачи могу остварити било посредно, било непосредно.

Непосредно остварење интереса оснивача, реализује се кроз успешно тржишно пословање друштва и материјализацију истог кроз одговарајућу добит друштва која преостаје после подмирења свих трошкова пословања друштва, а коју добит потом оснивачи расподељују сходно правилима која су утврдили у уговору у оснивању друштва, било путем расподеле кроз учешће у добити друштва, било кроз припадајућу дивиденду.

Посредно остварење интереса оснивача друштва реализује се кроз повећање тржишне цене капитала привредног друштва, која би по правилу требала да буде резултат успешног пословања друштва, у којој ситуацији оснивач продајом свог удела односно акција остварује свој економски интерес због ког се упустио било у оснивање друштва, било на други начин стицања власништва на капиталу друштва.

Како оснивачи своја права на управљање друштвом остварују кроз одлучивање на скупштини друштва, показује се приоритетним за већинског власника капитала друштва да кроз избор чланова Управног одбора наметне своју менаџерску екипу која ће заступати и водити послове друштва. У нормалној ситуацији то је сасвим прихватљива тежња лица која су уложила највећа средства у друштво да избором квалитетног по-

словодства умање свој ризик од евентуалног лошег пословања друштва и самим тим спречавања губитака на уложеним средствима у друштво. Таквом легитимном захтеву већинског власника капитала за избор свог пословодног тима у друштво сигурно се ни мањински власници капитала не би противили, јер се у таквој ситуацији интереси мањинских и већинских власника капитала подударају. Способна пословодна структура друштва успешним пословањем друштва реализује подједнако како интересе већинског, тако и мањинског капитала, остварењем добити у пословању друштва у чијој расподели сви чланови друштва по правилу равноправно учествују, већ према висини уложених средстава.

Међутим привредна пракса показује и суптилније методе реализације економског интереса оснивача за остварењем добити из права власништва на капиталу друштва. Тај интерес се најчешће реализује кроз различите комерцијалне послове привредног друштва, кроз које послове оснивач друштва паразитски извлачи капитал из друштва и уопште није заинтересован за дивиденду. У таквој ситуацији већински власник искључиво делује у свом личном интересу, противно интересу друштва као самосталног привредног субјекта.

Такве случајеве је у поступању по различитим предметима, широко постављеног спектра тужбених захтева, од најчешће постављених захтева за побијањем одлука скупштине друштва, утврђења ништавом регистрације друштва, искључења члана друштва и слично тешко препознати, а још теже правно дефинисати. Међутим управо од тога зависи и утврђење битне чињенице да ли друштво послује у складу са утврђеним циљем свог оснивања-обављање привредне делатности ради остварења адекватне добити за чланове друштва у сразмери са уложеним средствима у друштво.

Када се кроз анализу пословања привредног друштва сагледа да пословање није у функцији остварења економског интереса свих власника капитала, већ само интереса појединаца који могу бити препознати било као интерес већинског власника капитала, било интерес техноменаџерске структуре друштва која пословање капиталом друштва користи ради задовољавања својих сопствених материјалних интереса на штету интереса власника капитала, а на различите начине опструише вољу власника капитала за сменом пословодства. У таквим ситуацијама постоји основ за примену **чл. 346 ЗОПД-а** којим је прописано:

(1) По захтеву мањинских акционара који у акционарском друштву поседују најмање 20% акција основног капитала друштва надлежни суд може наложити престанак друштва или друге мере ако: 1) чланови управног одбора друштва не могу да воде послове друштва, било због поделе или других разлога, а акционари друштва не могу да прекину блокаду, тако да се послови друштва не могу више водити у интересу акционара друштва; 2) су акционари блокирани у одлучивању и на најмање две узастопне годишње скупштине не успеју да изаберу чланове управног одбора друштва, тако да се послови друштва не могу водити у интересу друштва; 3) чланови управног одбора друштва, као и чланови других органа друштва делују противзаконито, непоштено или преварно према акционарима који подносе такав захтев; 4) се имовина друштва расипа и умањује.

(2) По поднетом захтеву из става 1. овог члана суд може да покрене поступак престанка друштва или ако се ради о отклоњивом основу оставити рок до годину дана за отклањање неправилности.

(3) Ако се у року из става 2. овог члана не отклоне неправилности, покреће се поступак престанка друштва ликвидацијом у складу са овим законом, када суд има овлашћење да одреди и ликвидационог управника.

(4) Ако суд не покрене поступак престанка друштва може наложити једну или више мера, а нарочито: 1) разрешење било ког члана управног одбора или извршног одбора; 2) избор члана управног одбора или извршног одбора друштва; 3) именовање привременог заступника друштва; 4) ревизију рачуноводствених извештаја друштва и попис имовине друштва; 5) плаћање дивиденде; 6) куповину акција мањинских акционара који су поднели захтев за куповину од стране друштва по вредности утврђеној од стране суда на основу налаза независног процењивача; 7) накнаду штете било ком лицу коме је проузрокована.

(5) Захтев мањинских акционара из става 1. овог члана подноси се против акционарског друштва.

Основно питање које се поставља код примене цитиране одредбе ЗОПД-а да ли по захтеву мањинских акционара суд поступа у парничном

или ванпарничном поступку. За сада је преовлађујуће мишљење да по захтеву мањинских акционара поднетом по чл. 346 ЗОПД-а суд поступа у парничном поступку.

Присталице тог става исти утемељују у чињеници да је испитивање испуњености услова из ст. 1 цитираног члана могуће спровести једино у контрадикторном поступку имајући у виду правни домет судске одлуке којом се практично у случају усвајања захтева одређује престанак друштва. Поред наведеног сматрају да у свим случајевима кад закон указује на подношење захтева, да се у тим случајевима ради о тужбеном захтеву. Надаље, позивајући се на упоредно право, сматрају да се у примени овог члана ради о тзв. ликвидационој тужби.

Није спорно да по једно привредно друштво најтежу одлуку представља одлука о престанку друштва у случају да се не ради о императивним разлозима прописаним законом у чл. 80 и 182 чл. односно чл. 345 ЗОПД-а. Није спорно да одлука о престанку друштва сходно одредби чл. 346 ЗОПД-а треба да представља крајњу меру суда у случају када једно друштво које функционише на тржишту, остварује резултате који покривају трошкове, располаже знатном имовином и запошљава већи број радника треба да ликвидирамо из разлога утврђених у одредби чл. 346 ст. 1 тач. 1 до 4 ЗОПД-а.

У таквој ситуацији рационални разлози упућују да треба да се омогући и супротној страни-већинским акционарима или уделничарима да изнесу контра аргументацију у прилог оспоравања навода и документације подносиоца захтева-тужбе да су се стекли услови да се одреди престанак друштва.

У погледу тумачења која полазе од тога да се у случајевима кад се законодавац позива на подношење захтева, да исто значи подношење тужбе, ситуација је мало компликованија. Наиме, у одредбама ЗОПД-а, реч захтев се користи у правно различитим ситуацијама. Најчешће се у тексту Закона користи у основном значењу као у смислу писменог обраћања члана друштва неком органу привредног друштва ради исхођења неког права за то лице или предузимања неке радње од стране органа друштва.

Надаље законодавац у тексту Закона истовремено употребљава реч захтев у смислу обраћања одређених лица-чланова друштва суду да у

ванпарничном поступку утврди постојање неке чињенице или права подносиоца захтева или обавеже орган друштва на предузимање неке радње.

Ти случајеви су процена вредности неновчаних улога чл. 14 ст. 3 и 4, захтев за издавање налога за поступање чл. 43 ст. 3, постављање привременог заступника за сазивање ванредне седнице скупштине д. о. о. чл. 139 ст. 7 у вези чл. 3 и 4 и чл. 159, приступ актима д. о. о. чл. 175, продужење рока за одржавање скупштине акционара чл. 198 ст. 4, позивање уписника акција да преузму своје уплате чл. 200 ст. 3, редовна и ванредна скупштина а. д. по налогу суда чл. 278, уврштавање две тачке у дневни ред скупштине чл. 284 ст. 6, именовање стручног повереника по захтеву акционара чл. 334 ст. 2, налог за забележбу преноса акција Централном регистру чл. 334 ст. 8, налог за сазивање скупштине по налазу стручног повереника чл. 336 ст. 5, налог за приступ актима а. д., чл. 344 ст. 1, именовање ликвидационог управника чл. 353 ст. 3, захтев за процену вредности акција чл. 444 ст. 8, поступање по захтеву несагласног акционара чл. 449 ЗОПД-а.

У ЗОПД-а реч захтев ни у једном случају није употребљена у случајевима када неко лице заштиту свога права може да оствари обраћањем суду подношењем тужбе, као што је случај са подношењем индивидуалне тужбе из чл. 40, деривативне тужбе из чл. 41 или истовремено подношење деривативне и индивидуалне тужбе из чл. 42, тужбе за престанак ортачког друштва из чл. 83, тужбе за искључење члана друштва из чл. 179 ст. 3, тужбе за побијање одлука скупштине акционара из чл. 302 и 306 и тужбе несагласног акционара из чл. 444 ст. 9 ЗОПД-а.

У таквој ситуацији очигледно се испоставља у најмању руку дискутабилним закључак да се у случају примене одредбе чл. 346 ЗОПД-а ради о тзв. ликвидационој тужби. Ово посебно имајући у виду да је у сличној ситуацији када се ради о престанку ортачког друштва у чл. 83 ЗОПД-а у тексту закона употребљена реч тужба, па нема логике да у случају престанка акционарског друштва, односно друштва са ограниченом одговорношћу по захтеву мањинских акционара, односно уделничара законодавац употреби реч **захтев** коју у ЗОПД-а без изузетка употребљава у смислу поступања у ванпарничном поступку. То указује да се у случају захтева из чл. 346 ради или о редакцијској грешци или о намери законодавца у пружању заштите мањинским акционарима и омогући брзу и ефикасну заштиту кроз ванпар-

нични поступак, као и у свим осталим случајевима предвиђеним у ЗОПД-а кад се поступа по правилима ванпарничног поступка.

Поред наведеног, на исто указује и одредба чл. 46 ст. 2 ЗОПД-а којом је прописано: **У случајевима утврђеним овим законом или ако то произлази из овог закона надлежни суд одлучује у ванпарничном поступку.**

Ако се прихвати да суд по захтеву из чл. 346 ЗОПД-а поступа у парничном поступку, поставља се питање како би требао да гласи тужбени захтев и правна природа тог захтева.

Наиме, да ли одлучујући по тужби поднетој у смислу чл. 346 ЗОПД-а суд испитује да ли су се стекли услови из чл. 346 ст. 1 тач. 1 до 4 ЗОПД-а и уколико се стекао неки од прописаних услова својом пресудом: **Утврђује се да су се стекли услови за престанак акционарског друштва, због тога што чланови управног одбора друштва не могу да воде послове друштва због поделе, а акционари друштва не могу да прекину блокаду, тако да се послови друштва не могу више водити у интересу акционара друштва итд...** у којој ситуацији би након такве одлуке суда Скупштина друштва донела одлуку о престанку друштва и покретању поступка ликвидације коју би спровела сагласно одредбама ЗОПД-а.

Али, имајући у виду да садржина ст. 1 цитираног члана указује **да надлежни суд може наложити престанак друштва,** из истог произилази да уколико се ради о парничном поступку, у том случају би морао бити постављен конститутиван захтев: **Одређује се престанак привредног друштва...,** па би у случају да суд нађе да су се стекли услови за престанак друштва усвојио тужбени захтев, након чега би се спровела ликвидација друштва такође по одредбама ЗОПД-а.

Међутим, предтходно изнето може да објасни поступање суда по поднетој, рецимо конститутивној тужби сходно чл. 346 ЗОПД-а, када се ради о ставу 1 исте одредбе. Али, парнични поступак је потпуно неподесан за примену става 2 цитиране одредбе. Који би то институт парничног поступка требало применити, да уколико суд у поступању по тужби и извођењу доказа у правцу постојања или непостојања услова одређених у ст. 1 чл. 346 ЗОПД-а, нађе да се ради о отклоњивом основу.

Којом одлуком ће парнични суд оставити рок до годину дана за отклањање неправилности и при том одредити неку од мера из ст. 4 истог члана?

Парнични суд сходно одредби чл. 3 ст. 1 ЗПП-а одлучује у границама захтева који су стављени у поступку. У конкретној ситуацији мањински акционари у случају подношења тужбе не могу истом обухватити и евентуални захтев из ст. 2 и 4 цитиране одредбе, јер је према истој законској одредби предмет оцене суда, да ли ће одредити покретање поступка престанка друштва или поступити сходно ст. 2 тог члана. Није проблем да у случају из ст. 2 цитиране одредбе суд одреди или прекид или застој парничног поступка, проблем је у томе што би суд по службеној дужности уколико нађе да се ради о отклоњивом недостатку морао да одреди неку од мера из ст. 4 исте одредбе и одреди рок за отклањање неправилности. При том спорно је и поступање суда након протека одређеног рока, да ли поступа по службеној дужности у утврђивању да ли је дошло до отклањања неправилности у функционисању друштва или није дошло, када поступа у смислу ст. 3 истог члана. Код оваквог стања ствари очигледно је одредбу чл. 346 ЗОПД-а није могуће применити онако како она гласи, кроз постављање било каквог тужбеног захтева.

Ове дилеме сигурно постоје и код мањинских акционара, па управо и због тога можемо констатовати потпуно одсуство оваквих тужби из досадашње судске праксе према сазнању аутора овог текста. У дилеми како да поставе тужбени захтев, мањински акционари, како је то досадашња судска пракса уочила, селективно су примењивали један део цитиране одредбе, опредељујући се само за захтев суду за одређивање мера из члана 346 ст. 4 ЗОПД-а, позивајући се на разлоге побројане у ставу 1 истог члана, у тачки од 1 до 4. У таквим ситуацијама првостепени судови правилно тумачећи правну природу мера предвиђених у члану 346 ЗОПД-а, у готово свим случајевима, одбијали су захтеве, са образложењем да захтев за одређивањем мера побројаних у ст. 4 спорне одредбе не може егзистирати самостално без постављеног захтева за престанком друштва, при чему се из датих образложења може уочити и да су првостепени судови били у дилеми да ли се такав захтев решава у парничном или ванпарничном поступку.

Виши трговински суд је у свим таквим ситуацијама, осим једног случаја стао на становиште да се захтев за одређивање мера из ст. 4 члана

346 ЗОПД-а не може поставити самостално без поднетог захтева за престанком друштва, при чему се није изјашњавао како се подноси тај захтев. Међутим и ту се поставља питање оправданости таквог става, што је довело и до различитог тумачења ове одредбе. Наиме, одредбом чл. 346 ст. 1 ЗОПД прописано је да суд може наложити престанак друштва **или** друге мере.. У таквој ситуацији се сматрало да захтев за одређивањем мере није повезан са захтевом за престанак друштва. Али, сматрам да је у циљу правилног разрешења овог питања потребно сагледати законску норму у целини. Из става 2 исте одредбе произилази да суд поступајући по захтеву из ст. 1 може да покрене поступак престанка друштва или ако се ради о отклоњивом основу оставити рок до годину дана за отклањање неправилности, при чему је у ставу 4 прописано да ако суд не покрене поступак престанка друштва може одредити једну или више од побројаних мера у тач. 1 до 7 истог става. Код тако срочене одредбе сматрам да јасно произилази да предлагање мера из ст. 4 чл. 346 ЗОПД-а није у диспозицији подносиоца захтева за престанак друштва, па самим тим предлог за одређивање мера из ст. 4 не може да егзистира самостално без подношења захтева за престанак друштва.

Имајући у виду напред изнето сматрам за потребно да укажем да је по мом мишљењу много прихватљивији став да се по захтеву мањинских акционара из чл. 346 ЗОПД-а поступа у ванпарничном поступку. Да поновим, на то указује чињеница да је у свим случајевима кад је у ЗОПД-а употребљена реч захтев у смислу обраћања неког лица - члана друштва или друштва суду указано да се поступа у ванпарничном поступку. На исто указују и цитарана одредба чл. 46 ст. 2 ЗОПД-а, као и одредба чл. 83 истог, где је у идентичној ситуацији у случају захтева за престанком ортачког друштва наведено да се подноси тужба, што у случају чл. 346 ЗОПД-а не стоји. Надаље и поред неспорно јаких разлога да се о испуњености услова за престанак друштва расправља у контрадикторном поступку, ЗОПД-а се и у другим случајевима у разрешењу спорних ситуација у функционисању привредног друштва определио за поступање у ванпарничном поступку. При томе су за поједина поступања суда одређени веома кратки рокови, из чега произилази да је основна побуда законодавца за таква решења била у постављеном циљу да се све спорне ситуације у којима се привредно друштво у свом функционисању може наћи, разреше на брз и ефикасан начин који се манифестује кроз брзо и ефикасно поступање суда у кратким роковима у којима суд само цени валидност поднете

документације од стране подносиоца захтева и по правилу одмах доноси одлуку, којом разрешава спорну ситуацију и тако отклања проблеме у функционисању друштва.

У описаној ситуацији сматрам правно утемељенијим и у складу са прокламованом брзином и ефикасношћу у разрешавању спорних ситуација везаних за примену чл. 346 ЗОПД-а примеренијим да се поступа у ванпарничном поступку, које поступање треба посматрати на специфичан начин као и у свим другим случајевима прописаним у том закону, што ће рећи да општи део Закона о ванпарничном поступку представља оквир у коме ће првостепени суд поступати у оцени испуњености одређених услова прописаних ЗОПД-а да би се донела правилна и законита одлука, при чему првостепени суд у решавању проблема у функционисању друштва сходно цитираној одредби закона има на располагању читаву лепезу мера које би требале да покрију сваку спорну ситуацији.

То практично значи да мањински акционари или уделничари сходно чл. 346 ЗОПД-а подносе суду захтев за престанак привредног друштва чији су чланови у ком захтеву се позивају на наступање неког или више основа за престанак друштва из ст. 1 тач. 1 до 4 цитиране одредбе.

Предлог треба да документују одговарајућом документацијом из које се може сагледати наступање неког од основа прописаних у ст. 1 цитиране одредбе, као и доказе да су легитимисани за подношење захтева. Пожељно би било и да подносиоци захтева поднесу доказ да су се обраћали Управном одбору друштва сагласно чл. 284 ст. 3 и 4 да се питање престанка друштва из основа прописаних чл. 346 уврсти у дневни ред јер је у разрешавању проблема у управљању друштвом ипак приоритетно да се покушало да се ти проблеми разреше у оквиру друштва, а разлози због којих се у истом није успело помогло би суду у одлучивању око оцене да ли су се стекли услови за престанак друштва или у опредељењу за избор неке од мера из ст. 4, као и дужину рока за отклањање неправилности. У случају да подносиоци не располажу пословном документацијом друштва која указује да се стекао неки од прописаних основа за престанак друштва, пожељно би било да поднесу доказ да су безуспешно покушали сходно чл. 344 ЗОПД-а да остваре приступ документацији друштва, што би такође указивало на однос пословодства према интересима мањинских акционара.

Приликом позивања на основ за престанак друштва из тачке 1 валидни би били записници са садница Скупштина и Управног одбора друштва као и пословна документација која указује на стагнацију у пословању друштва у односу на претходни период, пре наступања блокаде у одлучивању у управљању друштвом, при овоме веома индикативан доказ би био и документ из којег би се могла сагледати немогућност поделе дивиденди акционарима, као и пад вредности акција друштва котираних на берзи. У сваком случају подносиоци захтева би се могли позвати и на другу пословну документацију која би указивала да се послови друштва не воде у интересу свих акционара или уделничара друштва, већ само у интересу већинских власника или пословодне структуре, при чему би у случају документације везане за комерцијалне послове било пожељно да се приложи извештај неког независног ревизора.

У погледу основа из тач. 2 довољни документи записници са две узастопне годишње Скупштине друштва и завршни рачуни и биланси привредног друштва из којих би се морало моћи сагледати да је због немогућности избора чланова Управног одбора дошло до немогућности нормалног функционисања друштва у корист власника капитала, при чему и у овој ситуацији најбољи показатељ нефункционисања друштва у корист његових чланова је одсуство добити, односно расподеле дивиденди. Наиме пракса нам показује да су у неким ситуацијама одређене структуре у привредном друштву при подељеној расподели гласова заинтересовани за задржавање затеченог стања и задржавање постојеће пословодне структуре. У таквим ситуацијама друштво најчешће функционише, радници добијају плате, а власници капитала остају без дивиденди, јер неко, постојеће пословодство користи за извлачење капитала на напред описан начин.

У погледу основа из тач. 3 меродавна документација би била у најбољем случају документи који указују на кривично процесуирање лица са одговорностима према друштву, при чему постојање само кривичне пријаве не би требало да буде доказ на коме би суд искључиво засновао своју оцену о постојању овог основа. У сваком случају документација која би указивала на довођење у заблуду акционара друштва од стране органа друштва, као што су на пример лажни биланси и други финансијски извештаји, при чему би требала бити приложена и изворна финансијска доку-

ментација из које се види да се ради о фалсификованој документацији, односно неистинитим извештајима и сл.

У погледу основа из тач. 4 меродаван би био сваки документ из кога се може сагледати да отуђење имовине друштва није било у функцији побољшања пословања друштва, односно побољшања његовог економског положаја на тржишту.

По пријему поднетог захтева са приложеном документацијом, првостепени суд би у ванпарничном поступку након изјашњења противника предлагача, којеи би сходно одредби чл. 346 ст. 5 ЗОПД-а било само друштво, сагледао приложену документацију и по потреби сагласно чл. 11 ст. 1 ЗОВП-у кад оцени да је одржавање рочишта потребно ради разјашњења или утврђивања одлучних чињеница или сматра да је због других разлога одржавање рочишта целисходно заказао рочиште. Само изузетно, када презентирана документација од стране странака упућује на различите закључке од којих зависи постојање или непостојање основа за престанак друштва првостепени суд би могао сходно одредби чл. 334 ст. 2-5 ЗОПД-а на терет странака одредити независног ревизора (стручног повереника) да се по увиду у документацију изјасни да ли иста упућује на постојање основа за престанак друштва. Слично стечајном поступку кад испитује постојање или непостојање стечајног разлога, првостепени суд би ценио да ли су се стекли услови за одређивање престанка друштва, па у случају да је нашао да јесу, оценом проблема који онемогућава нормално функционисање друштва утврђивао би да ли постоји могућност да се неправилности у функционисању привредног друштва у догледно време отклоне. У случају да постоје за то објективне могућности и показани интерес чланова друштва, првостепени суд би решењем одређивао рок за отклањање неправилности и одређивао одговарајућу меру из ст. 4 чл. 346 ЗОПД-а, за коју би нашао да би била адекватно решење за отклањање неправилности у функционисању друштва.

У случају оцене да не постоје објективне могућности за отклањање недостатака у нормалном функционисању привредног друштва ни путем примене набројаних мера, нити исказан интерес чланова друштва за опстанак друштва са затеченом власничком структуром, првостепени суд би поступио сагласно чл. 346 ст. 3 ЗОПД-а и покренуо поступак ликвидације друштва и одређивао ликвидационог управника. По правилу првосте-

пени суд се не би требао одлучивати за покретање престанка друштва, а да пре тога применом мера не покуша да отклони неправилности које онемогућавају нормално функционисање друштва.

У опредељењу за неку или више мера побројаних у чл. 346 ст. 4 тач. 1 до 7 ЗОПД-а, при чему треба имати у виду да се могућност одређивања и других адекватних мера за дату ситуацију не искључује, поступајући судија је самосталан, због чега се од истог захтева да прецизно уочи проблеме у функционисању тог привредног друштва и у оцени која би мера била нејделотворнија да се определи од најједноставнијег решења за отклањање проблема идући постепено према сложенијим и ризичнијим, јер увек треба имати у виду да одређивање одређених мера може да изазове велике потресе у привредном друштву, па како је циљ да после одређивања мера друштво настави да функционише, те потресе треба свести на најмању могућу меру.

Најједноставније и најефикасније решење у ситуацијама кад мањински акционари не располажу са више од 30% капитала друштва је мера из тач. 6, јер откупом преосталих акција друштва, уколико за то постоје могућности већинског акционара, више неће бити конфронтације различитих интереса у друштву и једини власник друштва ће моћи самостално да води пословну политику друштва.

Наредно решење које би представљало уравнотежен приступ и према већинским и мањинским акционарима би било одређивање мере из тачке 4, јер би након обављене ревизије рачуноводствених извештаја друштва и попис имовине друштва, мањински акционари имали један независан и стручан преглед пословања друштва и објективним сагледавањем истог би могли да утврде да ли су њихови разлози за престанак друштва били основани или не и да повуку предлог за покретање поступка престанка друштва.

Опредељење за меру из тачке 3 било би сврсисходно, уколико се оцени да због унутрашњих подела у друштву нису у могућности да функционишу органи привредног друштва, па довођењем неког трећег лица које свакако мора бити изван друштва и у кога постоји поверење свих заинтересованих страна, али пре свега мањинских акционара, како би то лице у својству привременог заступника друштва својим ауторитетом изградило нарушене односе у органима друштва, као и добро припремљеном

скупштином друштва, јасном аргументацијом уверио мањинске акционаре да друштво послује и у њиховом интересу.

Мера из тач. 5 сигурно би у свакој ситуацији била делотворна, али овако како гласи тешко извршива, јер претпоставља да је друштво у пословању остварило добит, али одлуком скупштине, мајоризацијом већинског капитала, та добит је распоређена за неку другу намену одређену законом, па би се таква одлука скупштине требала суспендовати, али претња мањинских акционара захтевом за престанак друштва, можда би сама за себе била довољан разлог за већинског акционара да одустане од својих пословних замисли и изврши расподелу доспеле дивиденде акционарима.

Мере из тач. 1 и 2 требало би одређивати само у случају да се уочи да неко лице члан органа друштва због сукоба интереса не поступа у интересу друштва, већ у свом интересу или неког трећег, али исто ће у пракси бити врло тешко разлучити, јер су чланови органа привредног друштва најчешће експоненти интереса власника капитала који их је на то место поставио, па се и у овој ситуацији може очекивати да већински власник под притиском захтева за престанак друштва сам промени члана друштва или да постојећи почне да делује у интересу друштва.

Аутор овог текста сматра да ће у пракси бити врло мало случајева када ће се поступак по захтеву мањинских акционара за престанак друштва и завршити ликвидацијом истог. Наиме, пружањем овакве заштите мањинским акционарима, кроз поступак који је претходно описан, исти би имали веома делотворно средство притиска у оправданим случајевима на већинског акционара или уделничара, да уважи и интересе мањинских акционара, који се, како је већ указано, исцрпљују кроз редован обрачун дивиденди и добру котизацију акција друштва на берзи. Партципација у управљању друштвом као право само за себе сигурно није битан интерес мањинских акционара у ситуацији кад због недовољног броја акција које поседују, не могу да утичу на доношење одлука у поларизованим ситуацијама у скупштинама друштава какве се код нас сусрећу. У ситуацији кад се већинском акционару испостави дилема да ли да у управљању друштвом задовољи и захтеве мањинских акционара за дивидендом, а много чешће за могућношћу да на тржишту акција за своје акције добију одговарајућу накнаду примерену стварној вредности капитала друштва или да друштво у које је већински власник уложио највише престане, сигурно је

да ће се већински власник определити за решење, да кроз дијалог са мањинским акционарима удовољи њиховим најчешће легитимним захтевима. Због тога сматрам да би применом ове одредбе чл. 346 ЗОПД-а на начин на који је указано, позивање мањинских акционара на ову одредбу ЗОПД-а заживело и у пракси.

Уколико по протеку рока не дође до отклањања неправилности у функционисању друштва по предлогу предлагача првостепени суд би поступио сагласно одредби чл. 346 ст. 3 и донео решење којим би одредио престанак друштва и покренуо поступак ликвидације и одредио ликвидационог управника, при чему би правоснажно решење суда заменило одлуку из чл. 348 ЗОПД-а па би одређен ликвидациони управник спровео поступак сходно одредбама чл. 349 до 365 ЗОПД-а.

Уместо закључка, указао бих да не видим рационално оправдање, да у ситуацији кад садржина законске норме члана 346 ЗОПД-а омогућује да се у ситуацији примене крајње мере заштите мањинских акционара и уделничара може спровести један брз и ефикасан поступак, ми се натегнутим тумачењем опредељујемо да цитирана одредба представља тзв. ликвидациону тужбу, што за последицу има вођење скупог и дуготрајног парничног поступка, што у пракси резултира одрицањем од примене овог институтае заштите мањинских акционара, управо оних у чију корист је и установљен.

ПОСТУПАК
У ПОРОДИЧНИМ СПОРОВИМА

Бранислава Апостоловић,
судија Врховног суда Србије

УЧЕШЋЕ ДЕТЕТА У СУДСКИМ ПОСТУПЦИМА

Породични закон Републике Србије ("Службени гласник РС", бр. 18/05), има за циљ да се у Републици Србији у области породичних односа успостави нормативни систем, компатибилан савременом европском законодавству и пракси, уз пуно уважавање новог карактера породичних односа и савременог концепта права човека, посебно права детета. У Породичном закону су имплементиране одредбе свих међународних докумената значајних у овој области, као и међународни европски стандарди који се тичу породичних односа и права детета.

Породични закон централно место даје **детету**, постављајући у бројним одредбама императивни захтев да суд, орган старатељства и други органи управе, као и брачна и породична саветовалишта и друге специјализоване установе, кад решавају о породичним односима, треба да се руководе "најбољим интересом детета". У Породичном закону су, први пут у нашем законодавству, целовито нормативно уређена права детета као и посебан парнични поступак који пружа процесне гаранције да се та права могу остварити. У овом Закону су први пут признате неке нове посебне способности и могућности детета да и пре пунолетства самостално иступа у заштити својих виталних интереса.

Породични закон је правно регулисао поједина процесна права детета у складу са међународним правним актима, европским стандардима и ставовима Европског суда за људска права која се тичу заштите људских права из домена породичних односа.

ДЕФИНИЦИЈА ДЕТЕТА

Конвенција о правима детета ("Службени лист СФРЈ – Међународни уговори" – бр. 15/90, 4/96 и 2/97) у члану 1. дефинише да је дете људско биће које није навршило осамнаест година живота, ако се на основу закона који се односи на дете, пунолетство не стиче раније.

У **Афричкој повељи** о правима и добробити детета, дете се дефинише као људско биће које навршило осамнаест година живота.

Европска конвенција о признавању и извршењу одлука о старању о деци и о поновном успостављању односа старања ("Службени лист СРЈ – Међународни уговори", бр. 1/01), дететом означава свако лице, без обзира на његово држављанство, које није напунило шеснаест година и које нема право да само одређује своје пребивалиште према закону земље и његовог уобичајеног боравишта, законом земље његовог држављанства или према домаћем закону замољене државе.

Породични закон не даје дефиницију детета која би била општеважећа. Како се према одредби чл. 11. ПЗ пунолетство стиче са навршених осамнаест година живота, то се дететом може сматрати свако људско биће млађе од тог узраста. Потпуна пословна способност, пре навршене осамнаесте године живота може се стећи и са шеснаест година живота у изузетним ситуацијама и то: ако малолетник склопи брак или постане родитељ. У наведеним случајевима одлуку о стицању потпуне пословне способности доноси суд кад су за то испуњени законом прописани услови (члан 11. став 2. и 3. ПЗ) и тада се малолетник више не сматра дететом.

ПРАВА ДЕТЕТА

Конвенција о правима детета која је донета 1989. године представља један од најважнијих међународних уговора, који не само да први пут јасно и експлицитно дефинише права детета, већ је и уговор са највећим бројем ратификација у свету. Наша земља је ратификовала Конвенцију о правима детета и тиме преузела обавезу да брине о њеном остварењу, односно да штити права детета и да унапређује положај деце. Основни циљ Конвенције је да мења ставове који постоје према деци и да се из заштитничког односа пређе на идеју једнакости детета са свим другим људским бићима.

Текст Конвенције је подељен на преамбулу и три дела. Преамбула изражава основне принципе Уједињених нација и начелне ставове у области права детета. Она потврђује да је деци, услед њихове осетљивости, потребна посебна заштита и брига. Први део Конвенције садржи каталог права која се признају детету, али и неколико одредби којима се странама уговорницама (државама чланицама) налаже предузимање свих мера за остваривање права из Конвенције и поштовање највиших стандарда у овој области, како на међународном, тако и на националном нивоу. Други део садржи одредбе којима се даље разрађују обавезе држава чланица и уређују оснивање и рад посебног надзорног тела – Комитета за права детета. Трећи део регулише питања потписивања, ратификације, приступања, ступања на снагу, стављања резерви, измена, отказивања и депоновања овог међународног уговора.

Конвенција почива на четири темељна принципа без чијег задовољења није могуће остварити ни остала права. То су:

- **недискриминација** (члан 2) – деци припадају једнака права без обзира на расу, боју, пол, језик, вероисповест, политичко или друго уверење, национално, етничко или социјално порекло, имовинско стање, онеспособљеност, рођење или други статус детета, његовог родитеља или законског старатеља;

- **најбољи интерес детета** (члан 3) - сви поступци који се тичу детета предузимаће се у складу с његовим најбољим интересима;

- **право на живот, опстанак и развој** (члан 6) – свако дете има неотуђиво право на живот, а држава има обавезу да обезбеди његов опстанак и развој;

- **партиципација** (члан 12) – дете има право на слободно изражавање сопственог мишљења и право да се његово мишљење узме у обзир у свим стварима и поступцима који га се тичу.

Имплементирајући одредбе Конвенције о правима детета, Породични закон је нормативно уредио скуп свих права детета (члан 59. - 66), као и посебан парнични поступак за остварење тих права (члан 261. - 273). Тако, дете има право да живи са родитељима и право да се родитељи о њему старају пре свих других (члан 60. став 1); дете има право да одржава личне односе не само са родитељем са којим не живи, него и са другим сродницима и лицима са којима га везује

посебна блискост (члан 61. став 5); на обезбеђење најбољих могућих животних и здравствених услова за свој правилан и потпун развој као и на давање пристанка на предузимање медицинских захвата под одређеним условима (члан 62); на образовање према својим способностима, знањима и склоностима (члан 63), дете које је способно да формира своје мишљење има право слободног изражавања тог мишљења и право да се само, односно преко неког другог лица или установе обрати суду или органу управе и затражи помоћ у остваривању свог права на слободно изражавање мишљења (члан 65); суд је дужан да се стара да дете благовремено добије сва обавештења која су му потребна те да детету дозволи да изнесе своје мишљење и да мишљењу детета посвети дужну пажњу у складу са годинама и зрелошћу детета (члан 266. став 3).

ПОСЛОВНА СПОСОБНОСТ ДЕТЕТА

Способност бити парнична странка (правна способност) и парнична способност (пословна способност) су процесне претпоставке за вођење парнице.

Под пословном способношћу се подразумева способност физичког лица да самостално врши правне послове, односно да својим изјавама воље ствара за себе права и обавезе и да предузима правне радње у границама утврђеним правним поретком. Пословна способност нужно претпоставља правну способност јер да би се својим изјавама воље могла стварати права и обавезе, треба имати способност бити субјект права и обавеза. Правна способност не претпоставља нужно и пословну способност, субјекти права могу али не морају имати пословну способност. Као и правна способност и пословна способност је регулисана императивним правним нормама тако да заинтересована лица не могу својим изјавама воље отклонити њихову примену, ограничити или проширити њихов обим. За пословну способност су потребни одређени услови: одређени узраст и одређена психичка својства. Она се не стиче рођењем као правна способност, већ навршавањем законом прописаних година живота.

Пунолетство се стиче са навршених осамнаест година живота, а потпуна пословна способност стиче се:

- пунолетством

- путем еманципације

Еманципацијом се потпуна пословна способност стиче пре наступања пунолетства, након навршене шеснаесте године живота у два случаја: када малолетник закључи малолетнички брак и када малолетник постане родитељ (члан 11. ПЗ). Ако је малолетник стекао пословну способност склапањем брака, ова способност остаје и у случају уколико би брак престао пре осамнаесте године живота.

У Породичном закону (члан 11. став 3. и 4) предвиђен је један нови основ за стицање потпуне пословне способности пре пунолетства, под условом да је малолетно лице:

- навршило шеснаесту годину живота,

- да је постало родитељ,

- да је достигло телесну и душевну зрелост потребну за самостално старање о споственој личности, правима и интересима,

- да је добило дозволу суда.

Пословна способност по овом основу стиче се у ванпарничном поступку, сходном применом одредаба закона којим је уређен поступак давања судске **диспензације** (отклањања) од брачних сметњи малолетства, који, такође, може довести до стицања потпуне пословне способности склапањем брака пре пунолетства. На овај начин, и уз испуњење горњих услова, потпуну пословну способност може стећи лице, како женског, тако и мушког пола које није у браку, што до сада није био случај.

Физичка лица су: **потпуно пословно неспособна, делимично пословно способна и потпуно пословно способна.**

По нашем праву потпуно пословно неспособна су лица која нису навршила четрнаест година – млађи малолетници. Правни послови млађих малолетника су апсолутно ништави и не могу се накнадно оснажити и изјавом воље њихових законских заступника и изјавом воље неког државног органа. Њихово поништење може да захтева свако лице које има правни интерес. Правне послове у име и за рачун млађих малолетника закључују њихови родитељи – законски заступници.

Породични закон прописује да дете које није навршило четрнаест година може предузимати правне послове којима прибавља искључиво права (поклон, послуга), правне послове којима не стиче ни права ни обавезе (није

јасно на које правне послове мисли законодавац када наводи правне послове којима се не стичу ни права ни обавезе, с обзиром да је дефиниција правног посла да је то изјава воље којом се стичу права и – или обавезе) и правне послове малог значаја (куповина свакодневних потрепштина) (члан 64. став 1).

Делимична пословна способност се стиче када малолетник навр-ши четрнаест година живота (старији малолетник). Дете које је навршило четрнаест година (члан 64. став 2. ПЗ) може предузимати правне послове:

- које може да предузима и млађи малолетник,

- све остале правне послове, при чему је за пуноважност правног посла потребна претходна или накнадна сагласност родитеља као законских заступника,

- за пуноважност правног посла којим дете располаже непокретном имовином или покретном имовином велике вредности потребна је, поред сагласности родитеља и сагласност органа старатељства (члан 193. став 3. ПЗ),

- све правне послове којима управља или располаже својом зарадом или имовином које је стекло сопственим радом, укључујући и имовину која води порекло од самосталног рада малолетника,

- све правне послове које могу предузимати млађи и старији малолетници, могу предузимати, у њихово име и за њихов рачун и њихови родитељи.

У закону су први пут уведене нове посебне пословне способности детета и могућности детета да и пре пунолетства самостално иступа у заштити својих виталних интереса. Дете је, по самом закону, овлашћено да искључиво својим личним изјавама воље предузима одређене правне послове и правне радње и самостално одлучује о одређеним питањима која се тичу његове личности.

За давање личних изјава воље којима се стичу права и обавезе закон тражи да су кумулативно испуњени услови и то: одређени узраст и способност за расуђивање.

Посебне пословне способности детета су:

- право детета које је навршило петнаесту годину живота и које је способно за расуђивање да може извршити увид у матичну књигу рођених и другу документацију која се односи на његово порекло (члан 59. став 3),

- право детета које је навршило петнаесту годину живота и које је способно за расуђивање да одлучи са којим ће од родитеља живети (члан 60. став 4),

- право детета које је навршило петнаесту годину живота и које је способно за расуђивање да одлучи на који начин ће одржавати личне односе са родитељем са којим не живи (члан 61. став 4),

- право детета које је навршило петнаесту годину живота и које је способно за расуђивање да одлучи коју ће средњу школу похађати (члан 63. став 2),

- право детета које је навршило десету годину живота да се само, односно преко неког другог лица или установе обрати суду или органу управе и затражи помоћ у остваривању свог права на слободно изражавање мишљења (члан 65),

- право детета које је навршило десету годину живота и које је способно за расуђивање да само, односно преко неког другог лица или установе затражи од органа старатељства да му постави колизијског старатеља (члан 265. став 2),

- право детета које је навршило десету годину живота и које је способно за расуђивање да само, односно преко неког другог лица или установе затражи од суда да му постави привременог заступника, у случају постојања супротних интереса између њега и његовог законског заступника (члан 265. став 3),

- давање изјаве којом признаје очинство (члан 46. - 16 година живота и способност за расуђивање),

- давање изјаве о сагласности са признатим очинством (члан 49. - 16 година живота и способност за расуђивање),

- давање сагласности за заснивање усвојења (члан 98. – 10 година живота и способност за расуђивање),

- давање сагласности за промену личног имена (члан 346. – 10 година живота и способност за расуђивање),

- покретање поступка за давање дозволе за ступање у брак у случају сродства или малолетства (16 година живота), итд.

УЧЕШЋЕ ДЕТЕТА У ПОСТУПЦИМА У ПОРОДИЧНИМ ОДНОСИМА

а) *Учешће детета у парничним поступцима*

Породични закон уређује посебне парничне поступке у којима се решавају спорни односи из области породичних односа. Одредбама овог закона искључене су одредбе општег парничног поступка и истовремено предвиђена супсидијерна примена одредаба Закона о парничном поступку. Новину у закону осим настојања да се у поступцима у вези са продичним односима осигура независна правна презентација детета, представљају норме којима се обезбеђује учешће детета у судском поступку.

У парници као судском поступку у коме се разрешава одређени материјално правни однос, странке су основни субјекти без којих се ни једна парница не може водити и решити. Странка у поступку може бити лице, које је способно да буде носилац права и обавеза по материјалном праву. У парници могу постојати само две парничне странке, тужилац и тужени, који у поступку имају формално једнака процесна права.

Страначка способност редовно одговара правној способности на подручју материјалног права, тако да онај ко може бити носилац материјалног права и обавезе о којима је спор, може бити и странка у поступку њиховог остваривања. Одређена лица имају страначку способност независно од тога да ли су субјекти неког материјално правног односа, па и независно од тога да ли је међу њима дошло до спора.

Странка може бити свако физичко и правно лице. Свако лице коме материјално право признаје правну способност има у процесном праву страначку способност.

Парнична способност омогућује парничној странци да може самостално или преко свог заступника кога одреди да врши парничне радње са пуноважним процесно правним дејством на суд и противну странку. Ова способност по правилу одговара пословној способности на подручју материјалног права, тако да онај који поседује способност да сопственим свесним деловањем стиче, мења или укида права и обавезе, има и способност за самостално предузимање парничних радњи.

Породични закон одређује да се потпуна пословна способност стиче **пунолетством и еманципацијом.**

Дете које еманципацијом није стекло потпуну пословну способност парнично је способно у границама своје пословне способности. Пунолетна лица која су делимично лишена пословне способности имају парничну способност само у границама своје пословне способности. Парнична способност може бити само потпуна и безусловна. Дете које је процесно способно може пуноважно да предузима све процесне радње, док дете које је процесно неспособно не може пуноважно да предузима ни једну процесну радњу.

Законом је детету изричито обезбеђен положај странке само у парницама за утврђивање и оспоравање материнства и очинства. У овим парницама дете је нужни и јединствени супарничар. У осталим парницама дете има положај странке само кад је обухваћено тужбом.

1. Поступак у парницама о материнству и очинству

Поступак у парницама о материнству и очинству чине правила по којима се поступа приликом решавања спорова о постојању, односно непостојању односа родитељства између детета и одређене жене, односно мушкарца.

Парнице о материнству су парнице којима се тражи:

- утврђивање материнства жене која је родила дете, а која није уписана у матичну књигу рођених као мајка детета;

- утврђивање да жена која је уписана у матичну књигу као мајка детета, или није његова мајка.

Парнице о очинству су парнице у којима се тражи:

- утврђивање очинства мушкарца који није признао очинство;

- утврђивање да мушкарац који је на основу претпоставке о брачном очинству уписан у матичну књигу рођених као отац детета, није његов отац;

- поништење изјаве о признању очинства;

- поништење изјаве о сагласности са признањем очинства, уколико је изјава ништава или је дата под принудом или у заблуди.

Поступак се покреће тужбом. **Дете** у парницама за утврђивање и оспоравање очинства и материнства може да има положај **тужиоца (сату-**

жиоца) и **туженог (сатуженог).** Положај сатужиоца или сатуженог дете стиче подизањем тужбе или накнадно у току парнице.

Дете је активно процесно легитимисано у парницама за:

- утврђивање материнства и очинства;

- оспоравање материнства и очинства;

- поништење изјаве о сагласности за признање очинства.

У парницама за утврђивање материнства и очинства у парницама за оспоравање материнства и очинства дете може да поднесе тужбу без обзира на рок.

У парницама за поништење изјаве о сагласности са признањем очинства дете може поднети тужбу у року од годину дана од дана кад је принуда престала или заблуда уочена.

Породичним законом изричито је прописано ко су странке у свакој од парница о материнству, односно очинству. Странке су у овим парницама **нужни и јединствени супарничари**, па морају стога бити обухваћени тужбом. Уколико дете није обухваћено тужбом, оно може накнадно постати тужилац, тако што ће се придружити тужиоцу, односно накнадно постати тужени тако што ће у односу на њега тужба бити проширена. Ако тужбом нису обухваћена сва лица која морају бити странке у поступку, дужност је суда да тужиоца поучи да тужбу прошири и на лица која тужбом нису обухваћена или да та лица позове да се придруже тужби као нови тужиоци. Уколико у року који је суд одредио не дође до проширења тужбе, односно до приступања тих лица као нових сатужилаца, **сматраће се да је тужба повучена,** а ако тужба буде враћена без измене у погледу странака, **суд ће тужбу одбацити.**

У парницама за утврђивање и оспоравање очинства и материнства дете заступа **законски заступник**. Ако су дете и законски заступник у супротним страначким улогама или су у истим страначким улогама али између њих постоје супротни интереси, **дете заступа колизијски старатељ**. Колизијског старатеља поставља орган старатељства. Уместо колизијског старатеља дете може да заступа **привремени заступник.** Привременог заступника поставља суд.

Дете које је навршило 10 година живота и које је способно за расуђивање може самостално или преко неког другог лица или установе да тражи од органа старатељства или суда да му постави колизијског старатеља односно привременог заступника због постојања супротних интереса између њега и његовог законског заступника. У овој ситуацији привремени заступник је врста законског заступника кога поставља суд.

У погледу заступања детета у парници за оспоравање очинства, када су дете и законски заступник детета у истим страначким улогама али између њих постоје супротни интереси, Врховни суд Србије се изјаснио у одлукама **Рев. 645/07** и **Рев. 733/07**. У решењу **Рев. 645/07** од 10. 5. 2007. године се наводи: "Тужиље у овој парници су мајка и дете, које у спору заступа мајка. Тужиље су у правном статусу нужних, јединствених супарничара (члан 265. став 4. и 5. ПЗС). Када у парници за оспоравање очинства учествује и лице које тврди да је отац детета истом тужбом мора да тражи и утврђење свог очинства (члан 56. став 2. ПЗС) чиме се штити интерес детета, јер се постојећи родитељски однос искључује само уколико се успостави нови родитељски однос према лицу које очинство оспорава. Право да зна ко су му родитељи је једно од основних права детета изричито прописано чланом 59. Породичног закона, а право детета на подношење тужбе за оспоравање и утврђивање очинства временски није ограничено (члан 251. став 1. и 252. став 1. ПЗС). Међутим, у току парнице и ревизијом мајка се изричито изјаснила да има интерес да не обелодани ко је природни отац друготужиље а поступак је окончан без спровођења медицинског вештачења и прибављања мишљења детета, које је у време пресуђења имало 10 година. Наведено је у супротности са одредбама члана 65. став 4. и 266. став 3. у вези члана 268. Породичног закона, који прописује да дете које је навршило 10 година има право да слободно и непосредно изрази своје мишљење у сваком судском и управном поступку у коме се одлучује о његовим правима и да је дужност суда да дете благовремено добије сва обавештења која су му потребна, да дозволи детету да непосредно изрази своје мишљење, да мишљењу детета посвети дужну пажњу у складу са годинама и зрелошћу детета и мишљење утврди на начин и на месту које је у складу са његовим годинама и зрелошћу. Према члану 266. став 1. у вези члана 268. Породичног закона, у спору за заштиту права детета и у спору за вршење односно лишење родитељског права, суд је увек дужан да се руководи најбољим интересом детета. Примена овог најзначајнијег начела код одлучивања о правима детета при пресуђењу ове правне ствари је са из-

нетих разлога изостала. Истовремено је пропуштено да се према свим околностима конкретног случаја оцени да ли су интереси мајке и детета супротстављени и да ли има законског основа за постављање колизионог старатеља друготужиљи. "У одлуци **Рев. 733/07** од 25. априла 2007. године се наводи: "Према члану 357. Породичног закона, одредбе овог Закона примењују се и на породичне односе који су настали до дана почетка примене овог закона, осим ако овим законом није друкчије одређено, а судски односно управни поступак који је покренут по одредбама Закона о браку и породичним односима наставиће се према одредбама новог закона, осим ако је до дана почетка примене новог закона донета првостепена пресуда, а ако је до дана почетка примене новог закона донета првостепена одлука, поступак ће се наставити према одредбама Закона о браку и породичним односима, а ако после почетка примене новог закона буде укинута првостепена одлука, даљи поступак спровешће се према одредбама Породичног закона. У конкретном случају првостепена пресуда о оспоравању очинства донета је 12. јуна 2003. године, тако да се правилност ове одлуке мора ценити према одредбама Закона о браку и породичним односима. Према Конвенцији о правима детета, дете има право да зна ко су му родитељи. Право детета да зна своје порекло прописано је и одредбама члана 59. Породичног закона. У ситуацији када се од стране мужа мајке детета, рођеног у браку оспорава очинство, тада мајка не може заступати малолетно дете, јер може постојати супротност између права детета да зна ко су му родитељи и одређених интереса мајке детета. Код постојања различитих интереса тужене малолетне деце и тужене њихове мајке, потребно је обезбедити адекватно заступање малолетне деце постављањем посебног стараоца."

2. Поступак у парницама за заштиту права детета, у парницама за вршење односно лишење родитељског права

Поступак у парницама за заштиту права детета представља посебан парнични поступак који се примењује када је потребно да се заштите права детета која су призната и гарантована законом.

У групу ових права спадају:

- право детета да родитељско право над њим буде продужено и после његовог пунолетства;

- право детета да одржава личне односе са сродницима и другим лицима са којима га везује посебна блискост;

- право становања детета на стану чији је власник родитељ детета који не врши родитељско право.

У овим парницама дете је активно процесно легитимисано, тако што може да покрене поступак и тако стекне положај странке. Ове парнице се воде у интересу детета, па је дете странка и кад је поступак покренуло друго законом овлашћено лице, државни орган или установа, што значи да дете не само да је странка у поступку, већ стварни или "прикривени" тужилац. Овакав закључак произилази из одредбе Породичног закона о привременом заступнику које су специјалне у односу на одредбе Закона о парничном поступку о истој процесној установи. Детету се као странци а не искључиво као туженом поставља привремени заступник због постојања супротних интереса између њега и његовог законског заступника.

У одлуци Врховног суда Србије **Рев. 1594/06** од 29. 11. 2006. године, изражен је став о праву становања, а у поступку по тужби малолетног детета које заступа законски заступник мајка и мајке детета против туженог оца детета, са захтевом да се утврди да малолетно дете и његова мајка имају право да станују у стану оца детета до пунолетства детета. У одлуци се између осталог наводи: "У конкретном случају тужбени захтев гласи на утврђење права становања до пунолетства тужиље малолетне А, ради се о стану чији је власник тужени као родитељ који непосредно не врши родитељско право, али је за остварење овог права потребно да се стекне и услов да прихватање захтева за право становања не представља очигледно неправду за другог родитеља. Нижестепени судови су погрешно применили материјално право одбијајући захтев за утврђење права становања, а до погрешне примене материјалног права је дошло због тога што нису утврђене правно релевантне чињенице." – "Право становања је иако стварно право, пре свега право детета, конституисано у његовом најбољем интересу, које има смисла ако се реализује до пунолетства детета, што је и законска одредба те се његово остварење мора спроводити у поступку пред судом у вези са породичним односима, а не као имовинскоправни захтев. То право се мора остваривати у кратком року на брз, поверљив, ефикасан начин уз активну улогу суда. Пошто се несумњиво ради о дечијем праву, које није заштићено посебним поступком, а смештено је

у одељак који се тиче имовинских права, на основу овлашћења из члана 263. став 2. Породичног закона заштита тог права се остварује по правилима у спору за заштиту права детета. При том, није битно да ли се ради о брачној или ванбрачној деци, јер је њихов правни положај по одредби члана 6. став 4. Породичног закона једнак. У конкретном случају је постојала ванбрачна заједница између родитеља малолетне тужиље све до 2003. године."

Поступак у парници за вршење родитељског права се примењује када између родитеља који не воде заједнички живот постоји спор о начину вршења родитељског права. У овој парници се уређује начин вршења родитељског права у случају када родитељи не воде заједнички живот, када су родитељи који не воде заједнички живот склопили споразум о заједничком вршењу родитељског права или споразум о самосталном вршењу права једног од родитеља детета јер у таквом случају законска правила налажу да суд процени да ли је склопљени споразум у најбољем интересу детета. У складу са законом, у овим парницама, суд доноси одлуку да родитељско право самостално врши један од родитеља или да родитељи заједнички врше родитељско право.

Законом је изричито прописано да у парницама за вршење родитељског права дете има **активну процесну легитимацију**. Дете може само, као тужилац да покрене парницу за вршење родитељског права уколико тражи да се донесе или измени одлука о вршењу родитељског права. Дете је странка у поступку у случају када постоји спор између родитеља око вршења родитељског права а један од родитеља је покренуо поступак за вршење родитељског права. Дете има положај странке из разлога што се у овим парницама одлучује о његовом праву да живи са оба родитеља. Вођење парнице за поверавање детета једном од родитеља је ограничење његовог права да живи са оба родитеља. Дете је активно процесно легитимисано и у ситуацији када дође до конфликта у погледу вршења родитељског права у току заједничког породичног живота родитеља и детета.

Парнице за лишење и враћање родитељског права су парнице у којима суд одлучује о потпуном или делимичном лишењу родитељског права, односно враћању родитељског права родитељу који је делимично лишен родитељског права, под условима прописаним Породичним законом.

Дете је активно процесно легитимисано за покретање парнице за лишење и враћање родитељског права.

У парницама за заштиту права детета и у парницама за вршење, односно лишење и враћање родитељског права, како је већ речено, **дете је активно процесно легитимисано**, а што значи да може да покрене сваки од ових поступака и тако стекне положај странке. Како се ове парнице воде у интересу детета, дете је странка у овим парницама и кад је поступак покренуло друго законом овлашћено лице, државни орган или установа. Дете као странку у овим парницама заступа законски заступник. Уколико између детета и његовог законског заступника постоје супротни интереси, дете ће заступати колизијски старатељ. Дете које је навршило 10 година живота и које је способно за расуђивање може само, односно преко неког другог лица или установе да затражи од органа старатељства да му постави колизијског старатеља.

Привременог заступника детету, поставља суд у току парнице, по службеној дужности или на предлог детета, односно лица или установе, којима се дете обратило за помоћ у покретању поступка за постављање привременог заступника и то:

- уколико се утврди да између детета и његовог законског заступника постоје супротни интереси (тако на пример: суд ће поставити привременог заступника детету у случају када су један од родитеља и дете, као супарничари, покренули поступак за вршење родитељског права);

- или да дете као странка није заступано на одговарајући начин.

Дете које је навршило 10 година живота и које је способно за расуђивање, може само, односно преко неког другог лица или установе да иницира овај поступак за постављање привременог заступника. Ради заштите и остваривања права детета, привремени заступник детета, поред предузимања радњи у поступку, треба да детету пружи све битне информације и обавештења у погледу предмета правне ствари и да пре предузимања радњи објасни детету њихов смисао, циљ и последице. Заступник то мора да учини на начин прилагођен узрасту и развојним способностима детета, сем ако то није у супротности са интересом детета. Он треба да помогне детету да изрази своје погледе и изнесе своје мишљење. Посебно би требало да детету објасни какве би последице могле настати прихвата-

њем његовог мишљења. У сваком случају, најзначајнија је улога заступника да суд упозна са мишљењем детета.

3. Поступак у парницама за поништење усвојења

Поступак у парницама за поништење усвојења је посебан парнични поступак који се води да се поништи усвојење склопљено пред органом старатељства. Поништај усвојења може се тражити из разлога ништавости када нису били испуњени законски услови за његову пуноважност или из разлога рушљивости када је сагласност дата под принудом или у заблуди.

Поступак за поништење се покреће тужбом. **Детету је у овим парницама призната активна процесна легитимација.**

4. Поступак у парницама за заштиту од насиља у породици

Поступак у парницама за заштиту од насиља у породици примењује се у парницама у којима суд, на захтев овлашћених лица, односно органа или по службеној дужности, одређује једну или више мера заштите од насиља у породици, у којима се одлучује о продужењу трајања мере заштите од насиља у породици после истека времена на које је мера одређена. Овај поступак се примењује и у парницама у којим суд, на захтев лица против кога је мера заштите одређена, одлучује о престанку мере пре него што је истекло време на које је одређено.

Поступак у парницама за заштиту од насиља у породици се покреће тужбом активно легитимисаних лица. Овај поступак се може водити и као атхезиони поступак уз поступак у брачним парницама, у матернитетским или патернитетским парницама, у парницама за заштиту права детета, у парницама за вршење родитељског права и у парницама за лишење и враћање родитељског права.

У поступку за заштиту од насиља у породици, **дете има положај странке само ако се поступак непосредно води ради његове заштите**. Дете као странку заступа његов законски заступник. Уколико између детета и његовог законског заступника постоје супротни интереси или дете није заступано на одговарајући начин, у поступку се примењују правила о колизијском односно привременом заступнику.

5. Поступак у парницама за издржавање

Парнице за издржавање су парнице у којима се одлучује о праву на издржавање, парнице у којима се одлучује о престанку права на издржавање, као и парнице у којима се мења висина већ утврђеног издржавања.

Поступак се покреће тужбом или по службеној дужности. Овлашћење за вођење парнице према одредбама Породичног закона, има лице које сматра да је поверилац издржавања и дужник издржавања. У седмом делу Породичног закона, је предвиђено која све лица могу да се јаве у улози повериоца издржавања и дужника издржавања.

Малолетно дете поверилац издражвања је активно процесно легитимисано у поступку издржавања од:

- родитеља,

- других крвних сродника у правој усходној линији,

- као малолетни брат односно сестра од пунолетног брата или сестре, односно од малолетног брата или сестре који стиче зараду или има приходе од имовине, ако родитељи нису живи или ако немају довољно средстава за издражвање (члан 157. ПЗ),

- од адоптивних сродника (члан 158. ПЗ),

- од мађехе односно очуха (члан 159. ПЗ).

Пунолетно дете које је неспособно за рад, а нема довољно средстава за издржавање, као и пунолетно дете које се редовно школује, а најкасније до навршене 26. године живота, може бити поверилац издржавања а самим тим и имати активну процесну легитимацију. Право на издржавање пунолетно дете има од родитеља и од крвних сродника у правој усходној линији сразмерно њиховим могућностима ако родитељи нису живи или ако немају довољно средстава за издржавање (члан 155. ПЗ).

У поступку издржавања родитеља **дужник издржавања може бити пунолетно дете и малолетно дете** које својим радом остварује зараду и има приходе од своје имовине, сразмерно његовим могућностима. У поступку издржавања сродника дужник издржавања може бити пунолетни брат или сестра, односно малолетни брат или сестра који стичу зараду или имају приходе од имовине. Дужник издржавања може бити и пунолетни па-

сторак у поступку за издржавање мађехе односно очуха који су неспособни за рад, а немају довољно средстава за издржавање (члан 159. ПЗ).

У поступку по тужби дужника издржавања за престанак издржавања дете има положај странке – туженог.

б) Учешће детета у ванпарничним поступцима

1. Продужење родитељског права

Родитељско право се може продужити после пунолетства детета ако је дете због болести или сметњи у психо-физичком развоју неспособно да се само стара о себи и заштити својих права односно интереса или ако својим поступцима угрожава права и интересе.

Одлуку о продужењу родитељског права доноси суд у ванпарничном поступку. Суд може овај поступак покренути по службеној дужности или по предлогу овлашћених лица. Предлог може поднети и сама особа (дете) над којом треба продужити родитељско право, ако може да схвати значење и правне последице свог предлога (члан 74. и 32. Закона о ванпарничном поступку). Дете у поступку заступа посебан старалац, одређен од суда или органа старатељства. Одлука о предлогу за продужење родитељског права доноси се на основу расправе на рочишту, које је обавезно и на које се позива дете.

Када престану разлози због којих је родитељско право продужено, суд доноси одлуку да родитељско право престаје. То може учинити и на предлог детета.

2. Давање дозволе за ступање у брак

У нашем праву брачна зрелост се стиче са 18 година (члан 23. ПЗ), то значи да брак не може склопити лице које није навршило 18. годину живота. Међутим, суд може из оправданих разлога дозволити склапање брака малолетном лицу. Давање дозволе представља начин на који се отклања дејство брачне сметње (диспензација).

Давање дозволе за ступање у брак регулисано је Законом о ванпарничном поступку (члан 79-96). Поступак се покреће предлогом малолетника који жели да закључи брак или заједничким предлогом ако су оба

лица малолетна. Предлог може поднети само лице – малолетник старији од 16 година живота. У овом поступку искључена је могућност да малолетника заступају његови законски заступници.

Суд, по правилу, малолетника саслушава без присуства осталих учесника. Суд ће донети решење о диспензацији од брачне сметње малолетства уколико утврди да је захтев поднела особа која је навршила 16 година живота, да за склапање брака постоје оправдани разлози и да је малолетник душевно и телесно зрео за вршење права и дужности у браку.

в) Учешће детета у извршном поступку

Извршење је најчешће последња али најзначајнија фаза у поступку реализације заштите одређених права. Оно представља и остварење циља постављеног при доношењу захтева за заштиту одређеног субјективног права, као и реализацију одређене одлуке донете у том поступку.

Извршни поступак је редовно двостраначки поступак, а само изузетно може да буде и једностраначки поступак кад га покреће сам извршни суд по службеној дужности. Странке у извршном поступку су извршни поверилац и извршни дужник. Извршни поверилац је она странка у поступку која покреће извршни поступак, а извршни дужник је странка према којој се спроводи поступак извршења односно обезбеђења.

У извршном поступку **дете може бити странка и то као извршни поверилац и извршни дужник.** Дете је извршни поверилац када покреће поступак ради остварења или обезбеђења свог потраживања. Дете је извршни дужник према коме се остварује или обезбеђује потраживање извршног повериоца.

Законом о извршном поступку ("Службени гласник РС", бр. 125/04) посебно је регулисан поступак предаје и одузимања детета као средства извршења ради намирења неновчаног потраживања извршног повериоца.

За одлучивање о предлогу за извршење одлуке суда којом се наређује предаја детета родитељу или другом лицу односно организацији којој је дете поверено на чување и васпитање, месно је надлежан суд који је опште месно надлежан за странку која захтева извршење, као и суд на чијем се подручју дете налази. За спровођење извршења месно је надлежан суд на чијем подручју се дете налази у време извршења. Ако суд који је донео

решење о извршењу није истовремено надлежан за спровођење извршења, упутиће решење о извршењу надлежном суду за спровођења извршења ради достављања тог решења и предузимања извршних радњи којима се спроводи извршење.

Законом је изричито одређен круг лица која су процесно легитимисана да покрећу поступак за предају и одузимање детета. Предлог за извршење може поднети родитељ или друго лице коме је дете поверено на чување и васпитање као и орган старатељства.

Спровођење извршења када се ради о предаји и одузимању детета је изузетно осетљиво и извршни судија има задатак да посебно води рачуна о потреби да се у највећој мери заштити интерес детета. Начин спровођења извршења је одређен тако да се претходно постигне добровољно извршење у поступку принудног извршења, које се спроводи уз сарадњу органа старатељства. Ако добровољно извршење није успело, суд прелази на употребу принудних метода.

Извршни суд ће решењем о извршењу извршном дужнику оставити рок од три дана од дана достављања решења да преда дете родитељу или другом лицу односно организацији којој је дете поверено на чување и васпитање под претњом изрицања новчане казне. Ако се извршење није могло спровести изрицањем и извршењем одлуке о новчаној казни, извршење се затим спроводи одузимањем детета од лица код кога се налази и предајом детета родитељу односно другом лицу или организацији којој је дете поверено на чување и васпитање.

Одузимање детета и предаја детета су извршне радње које може обавити само судија. Извршни судија је дужан да извршне радње предузме и обави само у сарадњи са психологом органа старатељства, школе, породичног саветовалишта или друге специјализоване установе за посредовање у породичним односима.

Изузетно, кад утврди да су угрожени живот, здравље и психофизички развој детета, извршни судија ће без претходног остављеног рока за добровољну предају детета и изрицања и извршења одређене новчане казне, спровести принудно извршење тако што ће одмах одузети дете и предати га родитељу, другом лицу односно организацији којој је дете поверено на чување и васпитање, уз сарадњу са органом старатељства. У том случају рад-

ње спровођења извршења предузима сам извршни судија у сарадњи са психологом органа старатељства, школе, породичног саветовалишта или друге специјализоване установе за посредовање у породичним односима.

Ако се после спровођења извршења одузимањем и предајом детета извршном повериоцу, дете у року од 60 дана од дана предаје поново затекне код лица од кога је одузето, извршни поверилац има право да захтева наставак извршења по истом решењу о извршењу.

г) Учешће детета у својству умешача

Умешач је треће лице које се у текућем спору придружује једној од странака да би јој помогло и да би контролисало начин на који се води спор. Законом о парничном поступку је прописано да лице које има правни интерес да у парници која тече међу другим лицима успе, може се придружити овој странци, а своју изјаву о ступању у парницу може дати у току целог поступка, све до правноснажности одлуке о тужбеном захтеву, као и у току поступка по ванредном правном леку (члан 208).

У поступцима, у којима дете није стекло положај странке може имати положај умешача под условима прописаним Законом о парничном поступку (члан 208. - 211). Дете може бити обичан умешач или умешач са положајем јединственог супарничара. Дете као умешач са својством јединственог супарничара, има шира овлашћења од обичног умешача, јер се правноснажност пресуде односи и на њега.

д) Заступање детета у судском поступку

Родитељи имају право и дужност да заступају дете у свим правним пословима и у свим поступцима изван граница пословне и процесне способности детета. Ради се о **законском заступању** које произилази из садржине родитељског права и представља право и дужност родитеља са циљем да се осигура заштита личних и имовинских интереса детета. Заступање детета се остварује у поступцима пред надлежним државним органима и приликом закључења правних послова. Родитељско право према закону припада обома родитељима, па се један и други родитељ сматрају законским заступником детета.

Родитељи који заједно врше родитељско право могу се споразумети да дете заступа само један родитељ, односно да неке облике заступања обавља један, а друге други родитељ. Родитељ који самостално врши родитељско право сам заступа дете, као његов законски заступник.

Родитељи имају право и дужност да заступају дете и у свим правним пословима и у свим поступцима у границама пословне и процесне способности детета, осим ако није законом другачије одређено. Тада се ради о **вољном заступању** (члан 72. став 2. ПЗ). У овом случају дете има право да само предузима правни посао или процесну радњу, али га на основу његове воље заступају родитељи.

Родитељи не могу заступати дете када се ради о строголичним изјавама воље. Тако, дете које је навршило 16 година ако је способно за расуђивање, може признати очинство или дати сагласност на признање, тражити дозволу за закључење брака, тражити прекид трудноће, са 10 година даје сагласност на усвајање, сагласност за промену личног имена. Према Закону о наслеђивању ("Службени гласник РС", бр. 46/95) завештање може сачинити лице које је навршило 15 година живота и способно је за расуђивање (члан 79).

Према закону о раду ("Службени гласник РС", бр. 24/05) лице са навршених 15 година има право да заснује радни однос али уз писмену сагласност родитеља, усвоиоца или стараоца, али тако да рад не угрожава здравље, морал и образовање, односно ако такав рад није забрањен законом (члан 24. став 1. и члан 25. став 1). Родитељи не могу вршити право и дужност заступања свог малолетног детета и онда када постоји сукоб интереса између родитеља и детета, односно између више деце чије супротне интересе треба да заступају исти родитељи. У том случају орган старатељства поставиће детету привременог (колизијског) старатеља који ће дете заступати у спору или правном послу за који је постављен док таква потреба постоји. Законско заступање детета од стране његових родитеља престаје када дете постане пунолетно и стекне потпуну пословну способност.

Проф. др Невена Петрушић,
Правни факултет Универзитета у Нишу

ПРАВО ДЕТЕТА НА СЛОБОДНО ИЗРАЖАВАЊЕ МИШЉЕЊА

- материјалноправни и процесни аспект -

1. Права детета – стандардизација и операционализација

1. У савременом праву дете ужива статус аутономног правног субјекта и самостални је титулар људских права и слобода, прилагођених његовим развојним потребама, чиме се обезбеђује задовољавајући степен слободе личности и самоодређења детета. Овакав правни статус детета резултат је промена у поимању детињства, као социјалне и културне категорије, и коначног уобличавања појма "права детета".[1] Проширење легислативних граница аутономије детета као правног субјекта, до којег је дошло крајем 20. века, одвијало се кроз два паралелна процеса: кроз установљавање посебних пословних способности детета и кроз конституисање тзв. партиципативних права, међу којима посебан значај има право детета да слободно изрази своје мишљење.

[1] О теоријским приступима у конституисању права деце као посебних права, о контраверзама које су пратиле (и прате) овај процес, видети: Freeman, M.D.A., *The Rights and Wrong of Children*, London, Frances Pinter, 1983; Јањић Комар, М: *Права деце у породичним односима*, Центар за публикације Правног факултета у Београду, Београд, 1987; Обретковић, М., *Шта су права детета*?; Драшкић, М.: *Права детета: Југославија и Конвенција Уједињених нација о правима детета,* у: Права детета у свету и Југославији, приређивач Невена Вучковић Шаховић, Београдски центар за људска права, Београд, 1997; Јањић Комар, М., Обретковић, М.: *Права детета − права човека*, Београд, 1996.

Социјални и правни положај детета нормативно је стандардизован Конвенцијом Уједињених нација о правима детета,[2] која, као основни међународни документ у области права детета, по први пут детету гарантује широку палету грађанских и политичких права, тзв. права на партиципацију, која обезбеђују да дете буде активан чинилац живота у друштвеној заједници и свог властитог развоја.[3]

Право детета да тражи, прима и даје информације свих врста, право на слободу мишљења, савести и вероисповести, право на слободу удруживања и мирног окупљања, право детета да формира и изрази своје мишљење о свим питањима која га се тичу у складу са својим годинама и зрелошћу, само су нека од грађанских и политичких права детета. При томе се посебан значај придаје праву детета да се чује његово мишљење о свим питањима која га се тичу,[4] а поштовање мишљења детета један је од четири комплементарна руководна принципа у приступу правима детета, која су развијена и примењена у пракси Комитета за права детета.

---

[2] *Конвенција о правима детета* (*Convention on the Rights of the Child*) је најважнији међународни правни документ у области права детета. Усвојена је 20. новембра 1989. год., на 44. заседању Генералне скупштине Уједињених нација у Њујорку, а ступила на снагу 2. септембра 1990. год., у складу са чл. 49. ст. 1. Конвенције. Конвенцију су до сада ратификовале 192 државе, укључујући и Југославију. (Видети: Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација о правима детета, "Сл. лист СФРЈ, Међународни уговори", бр. 15/90 и 2/97).

[3] Многа "права" детета, иако су декларисана међународним актима, нису још увек "истинска" права зато што националним прописима нису операционализована и зато што им недостаје један од важних елемената − санкција. Зато многа од њих представљају обичне социјалне аспирације, циљ коме треба тежити, а не права у правом смислу речи. Иако се у литератури ова појава везује за нову генерацију социјалних, економских и културних права, (Обретковић, М.: op. cit., стр. 19), и нека од базичних права деце, чије је законско уобличавање одавно окончано, своде се на голе идеолошке прокламације због непостојања законских услова за њихово практично остваривање и заштиту.

[4] У време рада на тексту Конвценције о правима детета, предлог за увођење овог права прва је истакла Пољска, 1980. год., али је, према њеном предлогу, право на слободно изражавање мишљења имало знатно ужи домет. На предлог Данске, право је проширено и прихваћено је становиште да је мишљење детета битно и у ситуацијама које се индиректно тичу његове личности, као што су развод брака родитеља, пресељење и сл. (Детаљно: Вучковић, Шаховић, Н., op. cit., стр. 109).

Право детета на слободно изражавање мишљења предвиђено је чл. 12. Конвенције о правима детета. Ово фундаментално право детета операционализовано је Европском конвенцијом о остваривању дечијих права,[5] која етаблира читав низ посебних процесних права детета, стварајући тиме услове да деца на адекватан начин учествују у поступцима који тангирају њихова права и интересе и да изразе своје мишљење.[6]

2. Република Србија недавно је донела нови Породични закон,[7] којим је после четврт века реформисано породично право.[8] Основни циљ за-

---

[5] *European Convention on the Exercise of Childrens' Rights* (Council of Europe, ETS No. 160), отворена за потписивање 25. јануара 1996. год., ступла на снагу 7. јануара 2000. год). Овај важан документ, на чијим се основама данас изграђују национална породична законодавства у развијеним европским државама, наша земља још увек није ратификовала. О процесним аспектима Конвенције, видети: Палачковић, Д., *Процесна права детета према Европској конвенцији о остваривању дечијих права*, Правни живот, 9-2000, Том I, стр. 539-551.

[6] У т. 2. чл. 1. Европске конвенције о остваривању дечијих права, под насловом "*Домашај и циљ Конвенције*", наводи се да је циљ Конвенције "*да, у најбољем интересу деце, унапређује њихова права, призна им процесна права и олакша остваривање тих права обезбеђујући да деца, сама или посредством других особа или тела, буду информисана и да им се дозволи да учествују у поступцима пред правосудним органима који се њих тичу*". При томе појам "правосудни орган" обухвата "суд или административни орган са једнаким овлашћењима" (чл. 2. т. 2. Европске конвенције).

[7] Породични закон, "Сл. гласник РС", 18/2005 од 17. 02. 2005, (у даљем тексту "ПЗ").

[8] До ступања на снагу Породичног закона, на територији Републике Србије примењивао се *Закон о браку и породичним односима*, "Сл. гласник РС", 22/80, који је у међувремену више пута мењан и допуњаван (Видети: "Сл. гласник РС", 24/84, 11/88, 22/93, 25/93, 35/94). Иако је током 1990. год. био припремљен Нацрт новог закона у области породичних односа и доношење новог закона уврштено у Програм републичке скупштине за 1990. год., закон није донет због нерешеног питања разграничења законодавне надлежности у овој области између савезне државе и република чланица, које је отворено усвајањем Устава СР Југославије 1992. год. У међувремену је настављен рад на реформи породичног права, који је резултирао Нацртом Породичног закона од 1992. год. Усвајањем Уставне повеље државне заједнице Србија и Црна Гора од 4. фебруара 2003. год., отклоњене су дилеме у погледу разграничења законодавне надлежности између савезне државе и република чланица у области брака и

конских промена био је да се у области породичних односа успостави породичноправни систем, компатибилан савременом европском законодавству и пракси, уз уважавање новог карактера породичних односа и савременог концепта права човека, посебно права детета.[9] Сагласно томе, поред осталих трансформација у области брачних и породичних односа, ПЗ је битно променио и област права детета. Правила ПЗ којима је регулисан положај детета као субјекта породичних односа и његова пословна способност, резултат су настојања да се домаћи прописи ускладе са савременим међународним и европским стандардима у области права детета, посебно са стандардима утврђеним Конвенцијом о правима детета и Европском конвенцијом о остваривању дечијих права.

3. Доношењем ПЗ, по први пут је у нашем законодавству посебно нормативно уређен корпус права детета[10], која су процесно операционализована кроз посебан парнични поступак "*Поступак у спору за заштиту права детета и у спору за вршење односно лишење родитељског права*". Овај посебан правозаштитни метод примењује се у парницама за остваривање и заштиту оних права детета предвиђених ПЗ,[11] за која није предвиђена примена неког другог поступка. [12]

породичних односа и отворена је могућности да се републичким законом уреде и питања која су раније била у искључивој надлежности савезне државе, а која се, поред осталог, тичу и посебних судских и управних поступака за одлучивање о правима из породичних односа. Компарација законодавних решења садржаних у ранијим нацртима породичног закона са законодавним решењима усвојеним у новом ПЗ, показује да приликом доношења овог закона резултати ранијег дугогодишњег рада на реформи породичног права нису искоришћени јер се нови ПЗ заснива на друкчијим правно-теоријским концепцијама у односу на оне на којима су били засновани ранији нацрти закона.

[9] Видети Образложење Предлога Породичног закона.

[10] Чл. 59-66. ПЗ.

[11] Овај посебан "омнибус" поступак са перифрастичним називом регулисан је одредбама чл. 261-273. ПЗ и примењује се у парницама за заштиту права детета, парницама за вршење родитељског права и у парницама за лишење и враћање родитељског права. Правила којима је овај поступак уређен изазивају недоумицу у погледу његовог предмета јер је нејасно које се све парнице могу сматрати парницама за заштиту права детета. Од мале помоћи за разрешење ове дилеме је одредба чл. 268. ст. 2., Нацрта, којим је предвиђено да се тужба за заштиту права де-

Једна од основних одлика новог ПЗ огледа се у томе што су права детета експлицитно утврђена као његова посебна и самостална лична права, а не као права изведена из дужности родитеља и осталих чланова породице. У складу с тим, права детета комплементарна су правима родитеља и других правних субјеката и институција,[13] имају јасно одређену садржину и праћена су конкретним материјалноправним захтевима детета.

4. Међу правима детета која су новим ПЗ експлицитно предвиђена и нормативно уобличена јесте и право детета на слободно изражавање мишљења.

Право детета на слободно изражавање мишљења спада у ред оних посебних индивидуалних права детета чије гарантовање и практично

тета може поднети у погледу свих права која су детету призната законом, ако нису заштићена неким другим поступком, јер су многа права детета, какво је нпр. право детета на обезбеђење најбољих могућних животних и здравствених услова за свој правилан развој (чл. 64. Нацрта), уопштено су дефинисана и, што је веома значајно, нису праћена конкретним и јасно одређеним материјалноправним захтевима, тако да пре имају карактер руководног принципа него истинског права са реалном садржином. С друге стране, поједина права детета, какво је нпр. право детета на заштиту од занемаривања, основ су за већи број материјалноправних захтева, који се штите и остварују у различитим поступцима. Да би се отклониле недоумице у погледу примене "Поступка у спору за заштиту права детета и у спору за вршење односно лишавање родитељског права", било је неопходно одредбама ПЗ јасно одредити домен његове примене, што подразумева одређивање парница у којима се он примењује, уз прецизно и јасно регулисање њиховог предмета, као и циља и садржине правне заштите која се пружа. У време јавне дискусије о Нацрту Породичног закона, ауторка овог рада указала је на овај недостатак и понудила конкретне предлоге за његово отклањање.

[12] Чл. 263. ст. 2. ПЗ.

[13] ПЗ промовисао је нови концепт родитељског права, које је, као појам, изведено из дужности родитеља и које постоји само у мери која је потребна за заштиту личности, права и интереса детета (чл. 67. ПЗ). О садржини родитељског права по новом ПЗ, видети: Поњавић, З., *Породично право*, Крагујевац, 2005., 246-252; Драшкић, М., *Породично право и права детета*, Београд, 2005, стр. 277-288; Ковачек, Станић, Г., *Породично право*, Нови Сад, 262-266. О аргументима којима се оправдавају савремене промене у родитељском праву, видети: Black, J., Bridge, J., Bond, T., *Family Law*, Oxford University press, New York, 2000, pp. 393-414).

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 Конвенције којом је детету признато право на слободно изражавање мишљења, у историјском смислу, најзначајнија не само због онога 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"[14]

5. Имајући у виду значај права детета на слободно изражавање мишљења, у раду је извршена анализа одредби новог ПЗ којима је законодавац регулисао ово право, са циљем да се испита да ли су законске одредбе о праву детета на слободно изражавање мишљења у складу са међународним стандардима и да ли је законодавац успео да ово конвенцијско право детета на адекватан начин нормативно конкретизује и операционализује. [15]

2. Права детета на слободно изражавање мишљења – нормативни оквир

6. Право детета на слободно изражавање мишљења признато је и нормативно уобличено одредбама у чл. 65. ПЗ. Поред тога што је општом одредбом из ст. 1. чл. 65. ПЗ изричито предвиђено да *дете које је способно да формира своје мишљење има право слободног изражавања тог мишљења*, у чл. 65. предвиђен је читав низ "пратећих" права, односно посебних овлашћења, која обезбеђују да дете оствари своје право на слободно изражавање мишљења: право детета да благовремено добије сва обавештења која су му потребна за формирање свог мишљења, право детета да

[14] Видети: Freeman, M.: *Whither Children: Protection, Participation, Autonomy*? Manitoba Law Journal, Vol. 22, 1993, p. 319.

[15] С обзиром да се нови ПЗ примењује тек нешто више од десет месеци, још увек није формиран довољан квантум судске и управноправне праксе, који би омогућио валидна емпиријска истраживања. Због тога се закључци у раду базирају на нормативној анализи извршеној применом уобичајених метода јуристичке интерпретације правних норми.

слободно и непосредно изрази своје мишљење у сваком судском и управном поступку у коме се одлучује о његовим правима, при чему се ово право признаје само детету старијем од 10 година, право детета да се само, односно преко неког другог лица или установе, обрати суду или органу управе и затражи помоћ у остваривању свог права на слободно изражавање мишљења, уз услов да се ради о детету старијем од 10 година.

Овим правима детета кореспондира *дужност* суда, односно управног органа, пред којим се воде поступци који се тичу детета или у којима се одлучује о дечијим правима, да мишљењу детета посвети дужну пажњу, у складу са годинама и зрелошћу детета (чл. 65. ст. 3 ПЗ; употребљен је израз "мора", карактеристичан за формулисање когентних норми). Коначно, законодавац је свима онима који одлучују о правима деце упутио инструкцију у погледу начина утврђивања мишљења детета тако што је у чл. 65. ст. 6. ПЗ прописао да "*суд и орган управе утврђују мишљење детета у сарадњи са школским психологом односно органом старатељства, породичним саветовалиштем или другом установом специјализованом за посредовање у породичним односима, а у присуству лица које дете само изабере*".

За остваривање права детета на слободно изражавање мишљења од посебне је важности право детета да добије обавештења која су му потребна за формирање мишљења.

Право детета да добије потребна обавештења, које је на општи начин признато чл. 65. ст. 2. ПЗ, ближе је разрађено само кад је у питању изражавање мишљења детета у судском, односно управном поступку.

ПЗ прописана су посебна правила о дужности суда, односно управног органа, као и колизијског, одн. привременог заступника детета, да детету пруже потребна обавештења, како би формирало "информисано" мишљење. Одредбом чл. 266. ст. 3. ПЗ, прописана је дужност суда да се стара да дете као странка добије сва обавештења која су му потребна, ако у току поступка утврди да је оно способно да формира своје мишљење, осим ако оцени да би то очигледно било у супротности са најбољим интересом детета. Такође, према чл. 267. ПЗ колизијски старатељ, одн. привремени заступник детета,[16] уколико закључи да је дете које заступа

[16] Колизијски старатељ и привремени заступник су заступници које детету поставља орган старатељства, односно суд кад утврди да између детета и његовог

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 које се тичу могућних последица радњи које он предузима и да суду пренесе мишљење детета, ако дете није непосредно изразило своје мишљење пред судом. Колизијски старатељ, односно привремени заступник[17] неће, међутим, вршити законом прописане дужности које су везане

законског заступника постоје супротни интереси. 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).

[17] Правила ПЗ о колизијском старатељу и привременом заступнику детета нису свеобухватно анализирана у овом раду, будући да је рад посвећен праву детета на слободно изражавање мишљења. Неопходно је, међутим, овим правилима посветити одговарајућу пажњу јер се ради о једном од најважнијих подручја у области права детета. Истраживања у литератури показују да све до краја седамдесетих година заступање детета у судским поступцима ни у теорији ни у упоредној пракси није проблематизовано. Важећи протективистички модел односа према деци определио је правила о заступању, по којима дете, као странку у поступку, заступају његови родитељи, тј. лице које врши функцију родитељства, односно сама држава, тј. одговарајуће државне службе, уколико постоји супротност интереса родитеља и детета. Почетком осме деценије прошлог века, у теорији се јављају прве критике оваквог модела и указује на неодрживост традиционалне концепције изграђене у време кад правни субјективитет детета није био јасно артикулисан. Постепено су искристалисане две основне премисе: 1. не постоји претпоставка о идентичности интереса детета и интереса родитеља, као његових законских заступника; 2. не постоји претпоставка о идентичности интереса државе (државних служби) и интереса самог детета. Консеквентна последица прихватања оваквих ставова у законодавној пракси јесте креирање правила којима се суду, односно другом надлежном органу пред којим се поступак води, даје овлашћење да детету постави посебног, независног заступника за заштиту и остваривање његових права и интереса. У националним законодавствима постоје велике разлике међу моделима независне правне репрезентације детета, које су, поред осталог, условљене и разликама у судској процедури и начелима на којима су грађански судски поступци изграђени. Једна од разлика огледа се у томе што је у појединим правним системима суд овлашћен да сам процењује потребу за постављањем неза-

за формирање и изражавање мишљења детета ако оцени да би то очигледно било у супротности са најбољим интересом детета, што је изричито прописано у чл. 266. и 267. ПЗ (in fine).

3. Поље примене и домети права детета на слободно изражавање мишљења

7. Новим ПЗ није сасвим јасно одређено поље примене права детета на слободно изражавање мишљења. Одредбом чл. 65. ст. 1. ПЗ којом је детету признато право на слободно изражавање мишљења није изричито одређено о којим све питањима и у којим правним стварима детету треба омогућити да изрази своје мишљење. Због тога се о простору који ово право детета обухвата мора посредно закључивати тумачењем одредбе чл. 65. ст. 3. ПЗ, којом су предвиђени услови под којима се мишљењу детета мора посветити дужна пажња.

Овом одредбом предвиђено је да се "мишљењу детета мора (се) посветити дужна пажња *у свим питањима која га се тичу и у свим поступцима у којима се одлучује о његовим правима*...", што упућује на закључак да дете има право да слободно изрази своје мишљење у свим судским и управним поступцима у којима се одлучује о његовим правима, као и да ово право припада детету и ван судских и управних поступака, будући да се односи на "*сва питања која га се тичу*". То подразумева дужност не само органа који непосредно одлучују о правима детета, већ и дужност родитеља, других лица, државних органа и свих друштвених ин-

висног правног заступника детету, док је у неким законодавствима предвиђена дужност суда да у одређеним поступцима детету увек постави посебног заступника. (О упоредним моделима независне правне репрезентације детета, детаљно видети: Salgo, L.: *Representing Children in Civil Protection Proceedings - Lessons from a Comparative Study of Systems Operating in USA, Australia, France, Germany and England and Wels*, Representing Children, Vol. 10, No. 4, pp. 230-233; Farrugia, R.: *Representation of the Child in the Family Court*, objavljen na sajtu www.gu.edu.au/centre/flru/farrugia.doc. Петрушић. Н., *Заступање детета у парници*, Правни живот, 12/2006, стр. 732-755. и тамо наведену литературу).

ституција и сл., који доносе одлуке или предузимају било какве мере које се тичу детета, да омогуће да дете слободно изрази своје мишљење.[18]

Анализа правила ПЗ којима је регулисано остваривање права детета на слободно изражавање мишљења показује, међутим, да су домети овог права исувише сужени и да су, због постављених законских ограничења, стандарди домаћег права нижи од оних установљених конвенцијским правилима. На овакав закључак упућује, пре свега, чињеница да у закону нема ниједне одредбе којом се изричито прописује дужност родитеља, наставника, здравствених радника и запослених у другим институцијама, у којима дете остварује своја права, да детету пруже све потребне информације како би направило информисан избор. Такође, не постоје ни одредбе које би обавезивале родитеље и запослене у друштвеним институцијама да детету омогуће изражавање мишљења и да то мишљење узму у обзир и посвете му дужну пажњу.[19]

С обзиром да је општепознат домаћи социо-културни миље, у коме доминирају традиционални патријархални заштитнички обрасци понашања према детету, било је неопходно да се упућујућим нормама ближе разради право на слободно изражавање мишљења детета, кад се оно остварује у породичној средини, школским, здравственим, социјалним и другим установама,[20] ако је законодавац искрено желео да усмери развој

[18] У домаћој уџбеничкој литератури породичног права углавном се не проблематизују домети права детета на слободно изражавање мишљења. Изузтак је уџбеник проф. Поњавића, који указује на флуидне границе поља примене права детета на слободно изражавање мишљења. (Видети: Поњавић, З., оп. цит., стр. 243).

[19] Кад су у питању школске институције, одредбама Закона о основној школи и Закона о средњој школи предвиђено је да дете може да користи извесна средства кад је реч о оцењивању и упису, али не постоји општа одредба која би обавезивала школске власти и наставнике да приликом одлучивања о свим осталим свакодневним питањима из школског живота омогуће детету да изрази своје мишљење.

[20] Истраживања која су крајем деведесетих година вршена са циљем да се испита реализација права деце на партиципацију показала су да је степен остваривања ових права у школи, здравственим, социјалним и другим друштвеним установама и институцијама изузетно низак. Према резултатима истраживања, право детета на изражавање мишљења, коме кореспондира спремност одраслих у институцијама да чују и уваже мишљење детета, има третман права које треба да

друштвених односа у правцу веће аутономије детета и његовог уважавања као равноправног партнера у друштвеним односима.

Посебно негативне ефекте изазваће пропуст законодавца да нормативно конкретизује право детета на слободно изражавање мишљења у односу на она питања из свакодневног живота о којима се уобичајено одлучује у породичном кругу. Иако се о највећем броју питања која се тичу садашњости и будућности детета одлучује управо у породици, ниједном одредбом ПЗ није предвиђена обавеза и одговорност родитеља да детету пруже релевантне информације поводом важних одлука које одрасли чланови породице доносе, да му омогуће изражавање мишљења о свим аспектима тих одлука и да мишљење које је дете изразило узму у обзир приликом доношења тих одлука.

4. Право детета на слободно изражавање мишљења у судским и управним поступцима

8. Садржина правила ПЗ о остваривању права детета на слободно изражавање мишљења у судским и управним поступцима показује да је законодавац у извесној мери одступио од међународних стандарда у домену права детета на слободно изражавање.

4. 1. Непосредно изражавање мишљења детета

9. Пре свега, законодавац је лимитирао право детета да пред судом, одн. управним органом лично и непосредно изрази своје мишљење признајући ово право само детету старијем од 10 година (чл. 65. ст. 4. ПЗ). Такође, само детету старијем од 10 година припада право да се лично, односно преко неког другог лица или установе, обрати суду или органу управе и затражи помоћ у остваривању свог права на слободно изражавање мишљења (чл. 65. ст. 4. ПЗ). С обзиром да Конвенција о правима детета право на слободно изражавање мишљења не лимитира узрастом детета, већ способношћу детета да формира мишљење, која зависи од његових индивидуалних развојних способности, очигледно је да су одредбе ПЗ у

се "заслужи" као награда, добрим и послушним понашањем. Резултати истраживања објављени су у: Пешић, М. и др. *Парицципација младих под лупом*, Југословенски центар за права детета, 1999.

нескладу са конвенцијским принципима у погледу права детета на непосредно изражавање мишљења. Комитет за права детета стоји чврсто на становишту да и сасвим мала деца, па чак и деца која не говоре, могу невербалним путем да изразе своје мишљење и у више наврата је упућивао критике државама чланицама Конвенције које су својим законима лимитирале вршење овог права узрастом детета.[21]

4. 2. Право детета на слободно изражавање мишљења и процесна позиција детета

10. С друге стране, иако према одредби чл. 65. ПЗ, дете има право да изрази своје мишљење у свим поступцима који га се тичу, одредбе којима је регулисано изражавање мишљења детета у судским и управним поступцима наводе на закључак да дете има право да изрази своје мишљење само ако се у поступку појављује као странка (чл. 266. ст. 3. ПЗ: чл. 268. ПЗ).[22] У свим оним поступцима у којима дете није странка, а у којима се одлучује о његовим правима, детету законом није признато право да изрази своје мишљење, тј. не постоји дужност суда, односно управног органа да детету омогуће изражавање мишљења.

Према новом ПЗ, у многим судским поступцима у којима се одлучује о правима из породичних односа, који непосредно или посредно тангирају права и интересе детета, детету није обезбеђен положај странке. Овај положај дете нема чак и у неким поступцима који се воде управо ради заштите права детета. Тако, нпр. у парници у заштити од насиља у породици, дете је странка само ако је у парници тужилац, тј. ако је оно само покренуло ову парницу, односно ако је то и уме детета учинио његов законски заступник.[23] Пошто не постоји правило о томе да дете у овим парницама треба обавезно

[21] Видети: Вучковић Шаховић, Н., op. cit., стр. 110. и тамо наведену литературу.

[22] У чл. 266. ст. 3 ПЗ, наведено је "Ако суд утврди да је у спору за заштиту права детета или у спору за... странка дете које је способно да формира своје мишљење, дужан је..).

[23] Законски заступник члана породице овлашћен је да покрене парницу за заштиту од насиља у породици у своје име, као странка у функционалном смислу, јер спада у круг активно процесно легитимисаних субјеката. (Видети чл. 284. ст. 2. ПЗ).

да буде обухваћено тужбом,[24] дете нема положај странке у парници за заштиту од насиља у породици коју је ради заштите детета покренуо неки од других активно легитимисаних субјеката ("ненасилни" родитељ, орган старатељства или јавни тужилац).[25] У оваквој ситуацији, у парници која је заснована на двостраначкој конструкцији, процесна позиција детета је "замагљена" јер је дете само "притајена", "прикривена"[26] странка. [27]

4. 3. Процесна способност детета да формира мишљење

11. Право детета на слободно изражавање мишљења у судским и управним поступцима, укључујући и право да добије све релевантне информације, законодавац везује за претходну процену способности детета да уопште формира мишљење.

Наиме, одредбом чл. 266. ст. 3. ПЗ прописана је дужност суда да се стара да дете као странка добије сва обавештења која су му потребна, ако у току поступка утврди да је оно способно да формира своје мишљење. Такође, према чл. 267. ПЗ, колизијски старатељ и привремени заступник детета дужни су да се старају да дете добије сва обавештења која су му потребна, да детету пруже сва неопходна објашњења која се тичу могућих последица

[24] Ово правило ПЗ прописује само за матернитетске и патернитетске парнице (чл. 256. ПЗ).

[25] Дете нема положај странке ни у поступку за лишавање родитељског права који је покренуо орган старатељства, иако се поступак води управо ради његове заштите.

[26] Дете је у многим поступцима сведено на "објект" поступања иако суд одлучује управо о његовим правима. У литератури се за означавање специфичног положаја детета у појединим адхезионим парничним поступцима понакад користи израз "притајена странка". (Станковић, Г.: *Процесни положај детета у парничном поступку*, у: Права детета у свету и Југославији, Београд, 1997, стр. 113).

[27] Иако је у време важења Закона о браку и породичним односима указивано на негативне последице које оваква позиција детета у судским поступцима изазива с аспекта заштите његових права, законодавац је пропустио прилику да процесни положај детета уреди на задовољавајући начин. Због тога дете у многим поступцима нема положај странке, чиме је, поред осталог, онемогућено да се детету постави колизијски, одн. привремени заступник, с обзиром да се он поставља само онда кад је дете странка у парници (О томе, детаљно: Петрушић, Н., *Заступање детета у парници*, op. cit).

радњи које предузимају и да суду пренесу мишљење детета, (ако дете није непосредно изразило своје мишљење пред судом), само уколико закључе да је дете које заступају способно да формира своје мишљење. Способност детета да формира мишљење, подложна је оцени суда, одн. управног органа, а ако је детету постављен колизијски старатељ, односно привремени заступник, они врше процену способности детета да формира мишљење. Законодавац, међутим, није предвидео руководне принципе за процену ове способности, нити је предвидео правни инструмент који се може употребити за случај да суд, колизијски или привремени заступник детета погрешно закључе да је оно неспособно да формира мишљење.

4. 4. Право детета на слободно изражавање мишљења и најбољи интерес детета

123. Одредбе које, несумњиво, постављају највеће рестрикције у погледу права детета да слободно изрази своје мишљење у судским и административним поступцима јесу одредбе којима се суд ослобађа законске обавезе да детету омогући изражавање мишљења, укључујући и дужност да детету пружи сва обавештења која су му потребна, ако оцени да би то очигледно било у супротности са најбољим интересом детета (чл. 266. ПЗ). Под истим условом ни колизијски старатељ, нити привремени заступник немају обавезу да испуне све оне дужности које законодавац прописује како би омогућили да дете формира и изрази своје мишљење (чл. 267. ПЗ).

Везујући само остваривање права на слободно изражавање мишљења за принцип најбољег интереса детета, законодавац је, очигледно, пошао 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.[28] 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.

[28] Видети: Вучковић Шаховић, Н., op. cit., стр. 110.

Законске одредбе којима је сâмо право на изражавање мишљења детета, а не право на уважавање мишљења детета, повезано са најбољим интересом детета, могу у правној пракси довести до тога да дете буде неосновано лишено права да изрази своје мишљење.

У прилог томе говори чињеница да суд, односно управни орган нема процесну дужност да образложи на основу којих чињеница је закључио да слободно изражавање мишљења детета (као и пружање информација детету), није у складу са његовим најбољим интересом. Такође, колизијски старатељ, односно привремени заступник, нема законску дужност да суду, односно управном органу изнесе околности које је имао у виду приликом заузимања става да изражавање мишљења детета није у складу са његовим најбољим интересом (чл. 266. и 267. ПЗ, in fine).

Да су непримерене законске одредбе којима је право детета на изражавање мишљења повезано са његовим најбољим интересом непримерене, говори и чињеница дете не располаже ниједним процесним средством које може употребити како би издејствовало контролу овакве одлуке суда, одн. колизијског или привременог заступника. Због тога се у пракси може лако догодити да дете, дискреционом одлуком која није подложна било каквој контроли, буде лишено једног тако важног права какво је право на изражавање мишљења.

Посебан је проблем што не постоје јасни критеријуми за утврђивање најбољег интереса детета, тако да суд, као и колизијски, одн. привремени заступник детета, немају било какве смернице за оцену да ли је изражавање мишљења детета у (не)складу са његовим најбољим интересом. То, поред осталог, може да угрози остваривање елементарних правних принципа – принципа правне сигурности и једнакости пред законом.

13. Према важећим процесним правилима, дете нема ниједно посебно правно средство које може употребити у случају непоштовања његовог права да изрази своје мишљење, да буде информисано и да његово мишљење буде уважено и адекватно вредновано у судском, одн. управном поступку. Тако, нпр. пропуст суда да детету омогући да изрази своје мишљење у поступку који се тиче детета није предвиђен као битна повреда одредаба парничног поступка, која би довела до укидања одлуке и о којој би другостепени суд водио рачуна по службеној дужности. Могло би се, евентуално, закључити да је реч о релативно битној повреди, о којој

другостепени суд води рачуна само ако на њу укаже жалилац. Дете, међутим, може изјавити жалбу самостално само ако се ради о парници у којој је процесно способно и ако, при томе, има положај странке у поступку.

14. Према одредби чл. 267. ст. 1. т. 3. ПЗ, колизијски старатељ детета, односно његов привремени заступник, кога поставља суд, имају дужност да пренесу суду мишљење детета, ако дете није непосредно изразило мишљење пред судом.

Ова одредба показује да има ситуација у којима дете неће непосредно изразити суду своје мишљење, што је у извесном смислу у нескладу са одредом чл. 266. ст. 3. т. 2. ПЗ, којим је предвиђена дужност суда да дозволи детету да непосредно изрази своје мишљење. Поред тога, нису предвиђени критеријуми на основу којих се утврђује када ће дете непосредно изразити мишљење, а када ће то учинити преко свог колизионог старатеља, одн. привременог заступника.

15. Један од озбиљних недостатака новог ПЗ огледа се у томе што законским одредбама нису пружене процесне гаранције да ће у правној пракси мишљењу детета заиста бити посвећена дужна пажња. Суд, односно управни орган немају законску дужност да у образложењу своје одлуке изнесу разлоге због којих нису уважили мишљење детета, тако да не постоји могућност да инстанциони суд, одн. орган управе изврше контролу начина на који су суд, одн. управни орган вредновали мишљење детета, тј. разлоге због којих нису уважили мишљење детета.[29] Ово правило је

[29] У време јавне дискусије о Нацрту ПЗ, ауторка овог рада предлагала је да се у текст ПЗ унесе правило којим би суду било изричито наложено да у образложењу коначне одлуке наведе разлоге због којих мишљење детета није уважено; таквим правилом обезбедила би се процесна гаранција да мишљење детета добије адекватан третман и значај у поступку, тј. да буде брижљиво размотрено и вредновано и оствари одговарајући утицај на садржину саме судске одлуке. Такво решење предвиђено је у праву Немачке. У Немачкој последња реформа у области права деце извршена је доношењем низа закона, међу којима су најзначајнији: *Kindschaftsrechtsreformgesetz* (BGBI. 1997 I S. 2942) од 16. 12. 1997. године, ступио на снагу 1. 7. 1998, Закон о укидању законског "службеног" старатељства и ново одређивање права на помоћ (потпору), *Beistandschaftgesetz* (BGBI. 1997 I S. 2846), Закон о променама у области старања о деци, *Betruungsrechtsanderungsgesetz* (BGBI. 1998 I S. 1580), Закон о социјалној

неизоставно потребно јер се само тиме могу обезбедити реални услови да мишљење детета заиста има адекватан третман у поступку, тј. да буде брижљиво размотрено и вредновано и оствари одговарајући утицај на садржину саме одлуке.

4. 5. Начин утврђивања мишљења детета

16. Одредбом чл. 65. ст. 6. ПЗ предвиђено је да суд и орган управе утврђују мишљење детета у сарадњи са школским психологом, односно органом старатељства, породичним саветовалиштем или другом установом специјализованом за посредовање у породичним односима, а у присуству лица које дете само изабере. [30]

Ова на први поглед јасна одредба отвара низ питања. Најпре, поставља се питање како ће, на чији предлог и уз чију помоћ дете изабрати лице које ће му пружити помоћ и подршку у поступку у коме треба да формира и изнесе своје мишљење. С друге стране, поставља се питање каква је улога и задатак овог лица, посебно у оним ситуацијама кад је детету у поступку постављен колизијски старатељ, односно привремени заступник, будући да и они имају одређене законске дужности у погледу остваривања права детета на изражавање мишљења. Нејасно је, такође, чија је дужност да дете упозна са правом да изабере лице у које има поверење, које ће му пружити подршку у процесу формирања и изражавања мишљења. На сва ова питања законодавац је морао да пружи одговор ако је заиста желео да ваљано операционализује право детета на подршку лица у које има поверење. Ово посебно процесно право детета, чија реализација обезбеђује да дете, као посебно осетљиво и рањиво људско биће, за које је сваки контакт са судом додатна

заштити, *Sozialgesetzbuch*, *Achtes Buch* (VIII) *Kinder and Jugendhilfe*, (BGBI. 1998 I S. 1188). Циљ извршене реформе био је да се унапреде права деце, да добробит детета буде у максималној мери обезбеђена, те да се осигура положај детета као посебног правног субјекта, у складу са обавезама које је Немачка преузела ратификацијом Конвенције о правима деце.

[30] У литератури се правило 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., op. cit., стр. 245).

траума, има изузетан значај јер обезбеђује да дете лакше преброди страхове и да своје мишљење заиста изрази слободно.

С друге стране, законодавац није предвидео упућујућа правила у погледу метода и техника које суд треба да примени приликом утврђивања мишљења детета, у ситуацијама кад дете непосредно изражава мишљење пред судом, нити су предвиђени посебни методи припреме детета за одлазак у суд. Несумњиво је да у разговору са дететом суд мора да покаже посебну обазривост како разговор, одн. саслушање детета не би штетно утицали на његово психичко стање. Од нарочитог значаја је добра психолошка припрема детета за сусрет са судијама и само саслушање. Искуство показује да деца која су прошла припрему имају много више сазнања о судском поступку и мање су подложна генерализованим страховима везаним за поновно испољавање насиља. Припрема детета је комплексан стручни посао који суд треба да повери дечијем психологу. Применом посебних метода, као што је обилазак суднице, преглед чињеница које се односе на случај, проучавање о задацима и улогама учесника у поступку, примена техника за смањење анксиозности, самоохрабривање и сл., дечији психолог може значајно допринети смањењу евантуалних траума детета. [31] Због свега тога, било је неопходно предвидети посебна инструкциона правила, која би обезбедила да у максималној мери буду редуковане евентуалне последице доласка детета пред суд, посебно у оним поступцима у којима се детету пружа породичноправна заштита у случајевима злостављања и занемаривања.

4. 6. Право детета на помоћ у остваривању права на слободно изражавање мишљења

17. Коначно, пажњу заслужује и одредбе којима је законодавац предвидео могућност да дете које је навршило 10. годину живота може да се само, односно преко неког другог лица или установе, обрати суду или органу управе и затражи помоћ у остваривању свог права на слободно изражавање мишљења" (чл. 65. ст. 5. ПЗ). Овако формулисана начелна одредба ни издалека није довољна да у пракси дете заиста добије одговара-

[31] Детаљно: Жегарац, М., Мијановић, Љ., Обретковић, М., Пејаковић, Љ., Симовић, И., Стевановић, И.: *Заштита детета од злостављања*, Центар за права детета, Save the Children, Београд, 2004.

јућу помоћ у остваривању свог фундаменталног права на слободно изражавање мишљења. Најмање што се од законодавца очекивало јесте да предвиди на какав вид помоћи дете има право, ко детету помаже да оствари ово право, како ће ова специфична помоћ бити пружена и који ће правозаштитни метод бити искоришћен приликом одлучивања о захтеву за пружање овог вида помоћи.

5. Закључна разматрања

19. Новим Породичним законом Републике Србије детету је признато право на слободно изражавање мишљења, као једно квалификовано право, које дете остварује у сфери породичних и других односа, као и у судским и управним поступцима у којима се одлучује о његовим правима.

Анализа законских правила којима је процесно операционализовано право детета на слободно изражавање мишљења показује да законодавац није обезбедио ваљане нормативне инструменте који би омогућили да дете заиста оствари ово своје право. Посебно су проблематична законска решења у погледу права детета да добије информације које су му неопходне да би формирало своје мишљење. Иако је Породичним законом предвиђено право детета да благовремено добије сва обавештења која су му потребна за формирање свог мишљења, фактички домети овог права исувише су сужени јер је начин његовог остваривања предвиђен само за случај да дете формира и изражава мишљење у судском, односно управном поступку. Поред тога, законом нису предвиђена ефикасна процесна средства која би дете могло употребити за случај да они који имају законску дужност да детету пруже потребне информације и омогуће му слободно изражавање мишљења не испуне ове своје дужности.

20. Од доношења ПЗ прошло је релативно мало времена тако да је још увек рано за нека шира емпиријска истраживања. Несумњиво је, међутим, да се и судије сусрећу са бројним потешкоћама у обезбеђивању услова да дете формира и слободно изрази своје мишљење. Остваривање овог изузетно сложеног, суптилног и деликатног задатка отежава неадекватна процесна операционализација права детета на слободно изражавање мишљења, низ недовољно јасних и процизно формулисаних процесноправних норме и енормно велики број процесних ситуација за које законодавац није предвидео јасна правила поступања. Због тога су судови принуђени да са-

ми "проналазе" решења за ситуације које законом нису регулисане, што отвара простор за произвољност и импровизације у судској делатности, за различито поступање судова у истоветним процесним ситуацијама, чиме је озбиљно доведено у питање остваривање начела једнакости.

У стручној јавности се наговештава да ће се Породични закон ускоро наћи на "поправци". Уколико се то догоди, неопходно је да законодавац критички сагледа резултате свог досадашњег нормативног рада и да у обиљу модела из упоредног права потражи инспирацију за своје даље легислативне кораке. До евентуалне измене Породичног закона, од судова (и управних органа) очекује се да следе стандарде и дух Конвенције о правима детета и да, сагласно томе, обезбеде да дете у сваком поступку који тангира његова права и интересе формира и слободно изрази своје мишљење, да овом мишљењу посвете дужну пажњу и уваже га, руководећи се принципом најбољег интереса детета.

Миломир Николић,
судија Врховног суда Србије

ЛЕГИТИМАЦИЈА СРОДНИКА У СПОРУ ЗА УРЕЂЕЊЕ ЛИЧНИХ ОДНОСА СА ДЕТЕТОМ

Уводна разматрања

У Породичном закону[1] који је почео да се примењује од 01. 07. 2005. године, 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 Европских конвенција, које је ратификовала наша земља и које су саставни део нашег правног поретка, указаћемо због њеног значаја на Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода[2] којом се прокламују: право на правично суђење (члан 6. став 1), те право на поштовање свог приватног и породичног живота (члан 8. став 1).

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 (члан 7). У овој Повељи посебно су наглашена права детета и заштита деце. Деца треба да имају такву заштиту и негу

[1] Породични Закон ("Службени гласник Република Србија" бр. 18/2005)

[2] Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода ("Службени лист Србија и Црна Гора" – Међународни уговори број 9/03), у даљем тексту Европска конвенција,

која је потребна за њихову добробит и да у свим поступцима који се односе на децу превасходно морају бити разматрани најбољи интереси деце.

Конвенција о праву детета [3] у члану 3. предвиђа да најбољи интереси детета треба да буду од првенственог значаја у свим активностима које се тичу деце, без обзира које институције или органи предузимају ове активности, а у члану 8. став 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.

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, усвојење, хранитељство, старатељство. По свом карактеру ови односи могу бити: лични (односи између деце и родитеља; брачних супружника; ванбрачних партнера и деце и осталих сродника), имовински (заједничка имовина брачних супружника или заједничка имовина чланова породичне заједнице), личноимовински (који су повезани за личност повериоца и дужника и тим по правилу непреносива (нпр. издржавање). За потребе овог излагања задржаћемо се на личним односима деце и сродника, заснованим на крвном сродству, рођењем у браку или ван брака.

ПОРОДИЧНИ ЗАКОН И УРЕЂЕЊЕ ОДНОСА У ПОРОДИЦИ

Уређујући односе између субјеката породичног права, Породични закон, не дефинише породицу. У члану 2. став 1. Закона је одређено да породица ужива посебну заштиту државе, док је у ставу 2. прописано, да свако има право на поштовање свог породичног живота. Чини се да је тиме изостало јасније и потпуније одређивање правног основа и правног оквира на коме ће се остваривати права чланова породице. Јасно, да је тиме изостало и потпуније означење чланова породице.

Савремено друштво карактерише постојање нуклеарне породице [4] (родитељи и деца), која по структури може бити потпуна или непотпуна, зависно

[3] Конвенција о праву детета ("Службени лист Савезне Републике Југославије" – Међународни уговори број 15/90 и 4/96)

[4] О томе више др Марија Драшкић, Породично право, Београд,

од тога да ли се састоји од оба родитеља или један родитељ недостаје. Ова породица може имати различите видове: биолошка (родитељи са биолошким потомством), социјална (супружници или ванбрачни партнери без деце), адоптивна (са усвојеном децом) и породица настала уз медицинску помоћ (са децом која биолошки не потичу од особа која су њихови родитељи).

У савременим условима постоји знатан број породица насталих склапањем новог брака или ванбрачне заједнице, после престанка брака или заједнице родитеља, тако да породицу сачињавају очух, мађеха и природни родитељ, те деца сваког од њих, па и њихова заједничка деца (реорганизована породица).

Друштвена реалност у Србији је да су породице често вишегенерацијске и у урбаним и у сеоским срединама. Проширена породица, која у основи има нуклеарну породицу, проширена је другим ближим или даљим сродницима, који по правилу станују и живе у кућној и економској заједници (ожењен син или удата ћерка настављају да живе заједно са својим родитељима и својим потомцима).

За јасно сагледавање односа између субјеката породичног права, нужно је указати на основне функције породице.[5] Почевши од репродуктивне која је од великог значаја за саму породицу која се шири рађањем деце, али и за друштво у целини јер стопа наталитета утиче на обнављање становништва; економске, која обухвата производну и потрошачку компоненту; васпитно – образовне, кроз преношење правила понашања у одређеном друштву, до заштитне кроз активности да се штити живот и здравље чланова породице и пружи економска, правна и морална заштита. Једна од битних фукнција породице је психолошко – емотивна која се успешно остварује само у оквиру породице као погодног миљеа, за пружање психолошке и емотивне подршке, љубави и разумевања, првенствено према деци чиме се омогућава правилан развој детета али и њеним одраслим члановима.

Из садржине Породичног закона, може се закључити да се под породицом подразумевају брачни супружници или ванбрачни партнери и њихова деца (по основу рођења) или пак усвојена деца. У члану 7. став. 4.

[5] О томе више, проф. др Гордана Ковачек-Станић, Породично право, Правни факултет у Новом Саду, 2005.

Закона је прописао да усвојитељи имају правни положај родитеља. Ово би водило закључку да се породица одређује као круг лица везаних браком (или ванбрачном заједницом) и сродством (по рођењу) или адоптивним сродством (по усвојењу).

Овакво одређење основа породице нормативно је одредио и правни оквир у коме се остварује и право њених чланова, првенствено кроз однос родитеља и деце, стављајући на прво место право детета, његов најбољи интерес и добробит. Овом односу је у потпуности уподобљен однос између усвојеника и усвојитеља (члан 104. и 105. Породичног закона). Међутим, полазећи првенствено од права детета, у Породичном закону је нормативно проширен оквир у коме се остварују права чланова породица, схваћена кроз однос родитеља и деце, укључењем и других сродника.

У члану 154. и 155. Закона је прописано да малолетно дете, пунолетно дете које нема довољно средстава за живот и дете на редовном школовању имају право на издржавање од крвних сродника у правој усходној линији сразмерно њиховим могућностима, ако родитељи нису живи или ако немају довољно средстава за издржавање.

Тако се изјаснио и Врховни суд Србије када је пресудом Рев. бр. 753/07 од 05. 04. 2007. године, одбио ревизију тужених изјављену против пресуде Окружног суда, којом је потврђена пресуда првостепеног суда, а којом су тужени обавезани да доприносе издржавању малолетне тужиље, у досуђеним износима. Из образложења "Имајући у виду утврђено чињенично стање, правилно су нижестепени судови применили материјално право када су обавезали тужене Ж. М. и М. Ј. да на основу одредбе члан 154. став 2. Породичног закона доприносе издржавању малолетне тужиље. Наведеном законском одредбом прописано је да малолетно дете има право на издржавање од других крвних сродника у правој усходној линији, ако родитељи нису живи или немају довољно средстава за издржавање. Код утврђеног да је тужиљин отац преминуо када је она имала свега две године, те да живи са својом мајком која нема довољно средстава за издржавање тужиље, с обзиром да примања остварује од повременог рада и од дечијег додатка, као и да има обавезу да издржава и мал. Дениса – дете из друге ванбрачне везе, то је у конкретном случају правилна оцена нижестепених судова да тужиља, као малолетно дете, има право на издржавање од других крвних сродиника, у овом случају, деде по оцу и деде по мајци".

У члану 157. Закона, је прописано да малолетни брат односно сестра имају право на издржавање од пунолетног брата или сестре, односно од малолетног брата и сестре који стичу зараду или имају приход од имовине, ако родитељи нису живи или ако немају довољно срестава за издржавање.

У члану 159. Закона, уређено је издржавање тазбинаских сродника, право и услови за међусобно издржавање између пасторака и мађехе односно, очуха.

У члану 195. Закона, уређени су имовински односи чланова породичне заједнице у погледу заједничке имовине и одређивање круга сродника који сачињавају чланове породице.

У члану 197. Закона, који је регулише насиље у породици одређен је круг сродника који се сматрају члановима породице, а у ставу 3. тачка 2. да су то: деца, родитељи и остали крвни сродници, те лица у тазбинском или адоптивном сродству, односно лица која везује хранитељство.

Треба нагласити да се и посебним Законима прописује стицање одређених права, која су такође, заснована на сродству (крвном или адоптивном), као Закон о облигационим односима, Закон о пензијском осигурању. Због потреба излагања, посебно се наглашава Закон о наслеђивању[6] где је у члану 8. прописано да оставиоца наслеђују: његови потомци, његови усвојеници и њихови потомци, његов брачни друг, његови родитељи, његови усвојиоци, његова браћа и сестре и њихови потомци, њихови деде и бабе и њихови потомци и његови остали сродници.

На основу изложеног закључујемо да су односи у породици по природи ствари сложени, међусобно условљени, са низом права и дужности, не само између детета и родитеља, већ и када је у питању однос између детета и осталих сродника, као и сродника међусобно.

ЛИЧНИ ОДНОСИ СРОДНИКА И ДЕТЕТА

- Право на породични живот -

Одржавање личних односа детета, не само са родитељима, већ и са сродницима и другим лицима са којима га везује блискост и поверење,

[6] Закон о наслеђивању ("Службени гласник Републике Србије" број 46/95)

на редовној и сталној основи је у најбољем интересу детета, од значаја за његов развој и његову добробит.

Кроз одржавање личних односа детета са сродницима остварује се у пуној мери заштитна и психолошко-емотивна функција породице, док се проширењем права и на лица која не морају бити сродници води рачуна о емоционалним потребама детета.

У члану 65. став 5. Породичног закона је прописано право детета да одржава личне односе и са сродницима и другим лицима са којима га везује посебна блискост ако је то у његовом најбољем интересу. Према садржини норме ово право детета не односи се само на сроднике, већ и на друга несродна лица (нпр. хранитељ). Овим се штити право детета на личне односе са оним лицима са којима га везује блискост и узајамно поверење. Међутим, оваквим нормативним уређењем личних односа сродника и детета кроз право детета на одржавање личних односа са сродницима, изостало је признавање и права сродницима који су са дететом развили односе блискости и узајамног поверења да одржавају личне односе са дететом.

У члану 194. Устава Републике Србије[7] је прописано да су потврђени међународни уговори и општеприхваћена правила међународног права део правног поретка Републике Србије. Европска конвенција у члану 8. став 1. прописује да свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота. У ставу 2. овог члана је прописано 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 ради заштите права и слобода других. Овим су одређени легитимни циљеви ради чије заштите је законом могуће одредити мешање јавних власти у вршење овог права с тим да је мешање и неопходно у демократском друштву. Начин на који се врши ограничење овог права треба да буде пропорционалан законитом циљу који се жели постићи. Ово начело неће бити испоштовано ако је могла бити предузета нека блажа мера ради успостављања правичне равнотеже између легитимног циља и уживања права на поштовање породичног живота.

[7]Устав Републике Србије ("Службени гласник Републике Србије број 98/06)

Право на поштовање породичног живота прокламовано Конвенцијом односи се пре свега на уздржавање државе односно јавних власти од прекомерног мешања у вршење овог права. Повреда права из члана 8. не мора се састојати само у произвољном или прекомерном мешању у вршење овог права које не би било неопходно у демоктарском друштву. Повреда права постоји и у случају пропуштања делотворних правних средстава која омогућују поштовање породичног живота (позитивна обавеза државе).

Европска конвенција у члану 17. прописује да се ништа у овој Конвенцији не може 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 органичавање у већој мери од оне која је предвиђена Конвенцијом. Ова забрана злоупотребе права, налаже државама предузимање позитивних обавеза – доношење закона и предузимање других мера које треба да омогуће пуно поштовање права на породични живот или пак, негативних обавеза – да се уздрже од законских решења и других мера, које представљају прекомерно мешање у вршење овог права, а које не би биле неопходне у демократском друштву.

Пропуштање да се блиским сродницима, који су са дететом развили односе блискости и узајамног поверења призна право да одржавају личне односе са дететом, указује да у овом делу Породични закон није у потпуности сагласан са чланом 8. Европске конвенције, што би налагало и позитивну обавезу државе да и у овом делу изврши хармонизацију породичног права са принципима и стандардима европског права. Јасно, да се овде у првом реду мисли на блиске сроднике као што су деде и баке, сестре и браћа или пак полусестре и полубраћа (сестра и брат по једном родитељу).

У пракси Европског суда за људска права,[8] која се формирала на основу тумачења права на поштовање породичног живота, особе које суд увек и без изузетка сматра члановима породице су супружници или ванбрачни партнери и њихова деца, брачна или ванбрачна. Однос брата или сестре Европски суд такође сматра породичним односом, коме се мора пружити правна заштита у оквиру члана 8. Европске конвенције. Одржавање узајамних личних контаката у односима између деда и баба са унуцима

[8] установљен је чланом 19. Европске конвенције, као стални орган

штити се као прави породични однос. У пресуди *Berrehab, против Холандије* од 21. јуна 1988. године, Европски суд је заузео став да заједничко становање није услов за постојање породичног живота, што значи да породични живот постоји између чланова породице који живе одвојено.

Иако је крвно сродство основа за доказивање породичног живота, од значаја су и други чиниоци, као што су психолошка и материјална зависност и повезаност лица. У сваком случају "постојање или непостојање породичног живота у суштини представља чињенично питање, које почива на стварном постојању блиских личних веза" (из пресуде *К. и Т. против Финске* од 12. јула 2001. године).

Кроз упоредно – правну анализу закључује се да већина других држава у породичном законодавству је правно регулисала и уредила те односе. У Енглеској, бабе и деде имају право на личне односе са дететом. У Немачкој, право на посете имају и други крвни сродници блиски са дететом. У већини држава САД-а регулисано је право бабе и деде на виђање са дететом. У Мађарској право на контакт са дететом у корист бабе и деде, браће и сестара. У Чешкој, право на посете може бити одређено у корист бабе и деде, затим рођеној браћи и сестрама ако не живе заједно. У Русији је предвиђено право сродника, бабе и деде, браће и сестара на лични контакт са дететом. Исто или пак слично у породичном законодавству Словеније и Македоније. У Хрватској, Обитељски закон (Народне новине број 162/98 и 116/03), предвиђа да суд у ванпарничном поступку на предлог бабе или деде, сестре или брата, или полусестре или полубрата, доноси одлуку о сусретима и дружењу са унуком односно малолетном сестром или братом, односно полусестром или полубратом, узимајући у обзир добробит детета.

Проширењем права на одржавање личних односа са дететом и на друге сроднике, упућује на закључак да то није право које се везује само за однос родитеља и детета, већ да се ради о праву које свој основ има у крвном сродству.

Правно регулисање одржавања личних односа детета са другим лицима постаје актуелно у свим ситуацијама када родитељи не живе заједно. То су ситуације које настају након развода или поништења брака, након престанка ванбрачне заједнице, престанка брака или ванбрачне заједнице услед смрти једног од супружника или партнера или пак када се ради о ванбрачном детету, а родитељи нису ни успоставили заједницу жи-

вота. Једна од ситуација, која карактерише наше друштво је накнадно економско осамостаљивање и цепање ткз. проширене породице. У свим овим ситуацијама, одржавање личних односа детета са сродницима добија на значају у околностима када родитељ који врши родитељско право спречава блиске сроднике детета да одрже личне односе са дететом, са којим га иначе вежу успостављена блискост и поверење.

ПРАВО НА СУДСКУ ЗАШТИТУ

Право на породични живот је лично неимовинско субјективно право. Садржинска овлашћења овог права треба да омогуће његовом носиоцу (титулару), мирно уживање у породичном животу, без незаконитог мешања. То даље намеће свим осталим лицима обавезу пасивног понашања: да се уздрже од сваке радње којом се повређује лично добро (лична права су апсолутна права – делују contra omnes). Титулар личног права је у могућности да спроводи правну власт као овлашћење уживања у личном добру све док неко не повреди обавезу пасивног понашања у односу на лично добро. Тек тада титулар стиче могућност да од неког одређеног лица тражи одређено понашање. Захтеви из личног права (тужбе): 1) настају тек у случају угрожавања или повреде добра, 2) не служе нормалном вршењу права, већ његовој заштити, 3) тек врста угрожавања или повреде одређује садржину захтева. [9]

Повреда права на породични живот, која је предмет разматрања овог излагања, састоји се у спречавању (онемогућавању) сродника да одржавају личне односе са дететом. Лични односи, по правилу, се остварују личним контактима кроз физичко присуство сродника и детета. То опредељује и садржину заштите која се тражи, а која је усмерена на осуду на одређену чинидбу. У члану 202. Породичног закона, је прописано да се на поступак који је у вези са породичним односима, примењују одредбе закона којим се уређује парнични поступак, ако овим законом није другачије одређено. Обзиром да Породични закон не садржи норме о посебном поступку по тужбама сродника ради заштите права на породични живот, то се у овој врсти поступка имају применити одредбе Закона о парничном

[9] Станковић-Водинелић, Увод у грађанско право, издавач ИП "Номос", 1996. година

поступку,[10] којим су уређена правила поступка за пружање судске правне заштите по којима се поступа и одлучује приликом решавања грађанско – правних спорова између осталих и из личних и породичних односа.

Поступак се покреће тужбом. У погледу садржине тужбе у свему важе правила Закона о парничном поступку којим је регулисана формална садржина ове иницијалне парничне радње у општем парничном поступку. Према садржини правне заштите коју тужилац тражи ради се о тужби за осуду на одређену чинидбу (кондемнаторна тужба). Овој врсти тужбе у случају усвајања захтева одговара осуђујућа (кондемнаторна) пресуда. Осуда која се њом изриче представља по својој суштини заповест државе туженом да изврши дужну чинидбу у корист тужиоца. У тој заповести је садржано и прећутно утврђење да тужилац има право на ту чинидбу.[11]

Активну легитимацију има сродник који тражи судску заштиту свог повређеног права на породични живот, неоснованим ускраћивањем да одржава личне односе са дететом.

Пасивну легитимацију има лице према којем је захтев усмерен (лице које спречава личне контакте сродника и детета на сталној и редовној основи). То је по правилу родитељ који врши родитељско право.

Стварно надлежан је Општински суд,[12] док је месно надлежан суд опште месне надлежности (члан 39. Закона о парничном поступку).

У погледу састава већа примењује се члан 203. став 1. и 2. Породичног закона.

Надлежност суда произилази из Уставом гарантованог права (члан 32) на правично суђење. У члану 6. Европске конвенције је прописано да свако има право на правично и јавно суђење у разумном року пред независним и непристрасним судом основаним Законом. О повреди права на породични живот из члана 8. Конвенције одлучује суд непосредном при-

[10] Закон о парничном поступку ("Службени гласник Републике Србије" број 125/2004),

[11] др Боривоје Познић – др Весна Ракић-Водинелић, Грађанско процесно право, издавач ИШП "Савремена администрација, Београд, 1999. година.

[12] Члан 21. став 2. Закона о уређењу судова ("Службени гласник Републике Србије" број 63/01, 42/02, 27/03 и 29/04),

меном одредаба Конвенције која је саставни део нашег правног поретка и члан 2. став 2. Породичног закона.

Обзиром да за ову врсту спорова Породични закон није уредио посебан поступак, приликом одлучивања аналогно се могу примењивати правила поступка у спору за заштиту права детета и за вршење родитељског права, узимајући у обзир специфичност и суштину самог спора.

На једној страни постоји захтев сродника за заштиту права на поштовање породичног живота кроз одржавање личних односа са дететом са којим га веже посебна блискост и поверење. Са друге стране, такав захтев несумњиво задире у сферу поштовања права на породични живот лица према којем је захтев усмерен. У суштити ради се о два сукобљена права о поштовању породичног живота. Овај сукоб је могуће разрешити једино кроз утврђивање чињеница на основу којих се основано може закључити да је одржавање личних односа са сродницима са којима га веже узајамна блискост и поверење у најбољем интересу детета.

У вези ове врсте спорова изјаснили су се и наши судови кроз правна схватања изражена у судским одлукама. Наводе се три примера из судских одлука, који у овом моменту не представљају доминантну судску праксу, али изражавају став и начин размишљања првостепеног суда у овој врсти спорова.

Први пример:[13]

Утврђено чињенично стање: мал. деца након смрти родитеља решењем Градског центра за социјални рад – Одељење Земун, смештена су у СОС – Дечије Село у Краљеву. Решењем истог центра уређени су односи виђања мал. деце са бабом и дедом по мајци који живе у Београду. Одређени модел виђања који је прилагођен потребама деце и кућном реду установе где деца бораве, баба и деда су поштовали и истог се придржавали. Виђења се одвијало посетама деци, извођењем деце у шетњу, повременим боравком деце код бабе и деде у Београду и њиховим враћањем у Дечије Село. Градски центар, као упутни, наложио је обуставу контаката деце са бабом и дедом, док се то питање не реши судском одлуком. Након тога, баба и деда подносе тужбу (као тужиоци), против туженог Градског

[13] Судска архива Четвртог општинског суда у Београду, 2007. година

центра за социјални рад Одељење Земун са захтевом да им се омогући виђање и контакт са мал. унуцима и предлогом за одређивање привремене мере. У тужби се у својству тужиоца појављује и тетка по мајци мал. деце са истим захтевом. У току поступка суд је утврдио поред напред изнетих чињеница, да је тетка деце, само једном ненајављено дошла у посету деци. Центар за социјални рад СОС Дечије Село, дао је мишљење да је у интересу мал. деце да одржавају личне односе са бабом и дедом и предложио модел виђања који је у складу са потребама и обавезама деце, с тим што није био у могућности да се изјасни да ли би виђање деце са тетком било у најбољем интересу деце.

Став суда: на основу утврђеног чињеничног стања, Општински суд је позивом на члан 302. ЗИП-а ("Службени гласник Републике Србије" број 125/02004), одредио привремену меру којом је уредио начин виђања бабе и деде са мал. децом (својим унуцима) тако што ће: мал. деца са бабом и дедом проводити сваки други викенд у месецу почев од петка поподне до недеље увече по договору и у складу са кућним редом СОС Дечије Село.

Приликом одређивања привремене мере суд је посебно имао у виду узраст деце, интерес деце да се обезбеди одржавање везе између сродника и деце у циљу неговања и развијања осећања љубави, а усвојени модел обезбеђује континуитет односа између деце и сродника.

Суд је у исто време одбио предлог тетке за одређивање привремене мере услед недостатка довољно елемената за процену да ли је предложени контакт у интересу деце, налазећи да тиме интереси деце нису угрожени јер ће тетка (по мајци) имати могућност да виђање са децом оствари када деца викенд проводе са њеним родитељима.

Други пример:[14]

Утврђено чињенично стање: тужиља је свекрва тужене. Тужена из брака са сином тужиље има заједничко дете, мал. сина А. рођеног 20. 10. 2004. године. Брак тужене и сина тужиље није разведен. Брачна заједница је фактички престала када је тужена напустила заједничко домаћинство које су сачињавали: тужиља, тужена, њен супруг и њихово мал. дете,

[14] Судска архива Општинског суда у Зрењанину, 2007. година

и са дететом прешла да живи код својих родитеља. Тужиља као бака долазила је да обиђе и види свог унука. Центар за социјални рад дао је мишљење да је у интересу мал. детета да одржава личне односе са баком и предложио модел виђања, без присуства и контроле трећих лица, јер не постоји сумња да ће дете на било који начин бити угрожено.

Став суда: на основу утврђеног чињеничног стања, Општински суд је позивом на члан 61. став 5. Породичног закона, донео пресуду којом је усвојио захтев и уредио одржавање личних односа тужиље као баке, са унуком тако што ће тужиља до треће године детета, виђати дете у терминима сваке друге суботе од 10,00 – 16,00 часова, за католички Ускрс од 10,00 – 16-00 часова, други дан дететовог рођендана од 10,00 – 16,00 часова, а након треће године детета сваке друге суботе и недеље од 10,00 – 16,00 часова и у истим терминима за верске празнике и други дан рођендана, с тим да тужиља дете преузима и враћа испред куће у којој дете живи.

Трећи пример:[15]

Утврђено чињенично стање: тужена је бивша снаја тужилаца. Након развода брака тужене и њеног супруга (сина тужилаца), мал. син рођен 15. 12. 2001. године, поверен је туженој као мајци на старање и отац обавезан да доприноси издржавању детета. Судском пресудом је уређен и начин виђања оца са мал. сином. Како је син тужилаца почео да ради у Немачкој, тужена не дозвољава тужиоцима да одрже личне везе и виђају мал. унука, због чега су тужиоци који су баба и деда мал. детета, поднели тужбу против тужене, ради уређења виђања са мал. унуком. Тужиоци су пензионери, живе у комфорном стану, економски су обезбеђени. Психофизички су здраве особе са адекватном мотивацијом да активно учествују у одрастању унука са којим имају близак емотивни контакт. Центар за социјални рад дао је мишљење да је у интересу детета да има континуиран однос са баком и дедом кроз уређено виђање и предложио модел виђања.

Став суда: на основу утврђеног чињеничног стања, Општински суд је на основу члана 263. став 2. а у вези са чланом 61. став 5. Породичног закона, донео пресуду којом је усвојио захтев тужилаца и уредио начин виђања са мал. унуком тако што ће се виђање обављати сваког првог

[15] Судска архива Четвртог општинског суда у Београду, 2007. година

и трећег викенда у месецу од петка од 18,00 часова до недеље до 18,00 часова; седам дана зимског и петнаест дана летњег распуста; сваки други државни и верски празник који је нерадан од 12,00 до 19,00 часова и сваки други дан дететовог рођендана од 12,00 до 19,00 часова, с тим да је место преузимања и враћања детета на адреси мајке.

Наведени модел виђања тужилаца са мал. дететом ће се примењивати када отац мал. детета није у могућности да организује виђање са дететом.

Наведени модел виђања се неће примењивати током седам дана зимског и петнаест дана летњег распуста, када мајка са мал. дететом користи годишњи одмор.

Предмет овог разматрања ограничен је насловљеним тематским основом. Изложена чињенична и правна аргументација, исказана судска пракса може послужити као основ да се донесе,

З А К Љ У Ч А К

Блиски сродници детета, ради заштите права на породични живот, имају активну легитимацију у спору за уређење личних односа са дететом за које их везује посебна блискост.

Најбољи интерес детета није услов за активну легитимацију сродника у спору, већ основ за успех у спору.

Зорана Делибашић,
судија Окружног суда у Београду

САДРЖИНА ПРЕСУДЕ У ПОРОДИЧНИМ СПОРОВИМА

УВОД

Породица је основна ћелија сваког друштва, која има своју биолошку, психолошку и социјалну компоненту. Биолошка функција се огледа на општем и индивидуалном плану. На општем, она обезбеђује опстанак врсте и људске ресурсе неопходне за развој сваке државе. Наиме, у генетском наслеђу човека записани су порекло, као и телесне и менталне особине које утичу на развој и структуру сваке личности, те на тај начин, у значајној мери одређују њену прошлост, садашњост и будућност.

Психолошка функција породице је најзначајнија. У психологији је доказано да трауме из најранијег детињства, пре него што се код детета развију чула памћења и сазнања у несвесном делу психе, остају трајно записане и у неким случајевима, саме по себи, или под утицајем спољашњих фактора, могу довести до потпуног разарања личности и озбиљних менталних поремећаја.

Стабилна породица, која почива на љубави, међусобном уважавању и поштовању права личности свих њених чланова, омогућава правилан развој пре свега деце, јер се личности на психолошком плану развијају током читавог живота. Кроз васпитање, у породици стичу се вредносни, образовни, културолошки и религиозни судови и по правилу, будућа породица формира се по узору на примарну.

Здрава и стабилна породична заједница обезбеђује успешну интеграцију свих њених чланова у друштво, па је као таква са социолошког аспекта један од најбитнијих фактора за развој здравог и стабилног друштва.

ЗАШТИТА ПОРОДИЦЕ

Као најважнија ћелија друштва, породица ужива посебну правну заштиту. Уставне одредбе о: заштити породице, слободи рађања, заштити мајке и детета, заштити деце без родитељског старања, праву на брак, једнаком правном положају брачне и ванбрачне деце садржане у одредбама раније важећег Устава[1], конкретизоване су кроз Породични закон[2], који је усаглашен са Конвенцијом о правима детета[3]. Нови Устав[4], који је проглашен после ступања на снагу Породичног закона, задржао је одредбе ранијег Устава и допунио их одредбама о: основним људским правима детета примереним његовом узрасту и зрелошћу, праву на лично име, порекло, идентитет и интегритет, забрани сваке злоупотребе деце, равноправности родитеља у вршењу родитељског права које им може бити одузето или ограничено само одлуком суда уколико је то у најбољем интересу детета и забрани запошљавања деце испод петнаест година, односно испод осамнаест година на пословима који су штетни по њихово здравље и морал. Уношењем ових одредаба, основна људска права која се односе на брак и породицу, као и права детета усагалашена су, како са унутрашњим законодавством, тако и са универзалним документима о људским правима[5] и Европском конвенцијом о заштити људских права и основних слобода[6], јер ови институти уживају и међународну правну заштиту.

Породични закон садржи материјалноправне норме којима уређује породичне односе и процесноправне, којима уређује поступке пред судом у вези са тим односима, а одредбе Закона о парничном поступку се примењују супсидијарно.

---

[1] Устав Републике Србије, Сл. гласник 1/90, чл. 27 - 30

[2] Породични закон, Сл. гласник 18/05

[3] Конвенција о правима детета, Сл. лист СФРЈ - међународни уговори 15/90

[4] Устав Републике Србије, Сл. гласник РС 18/06, чл. 62 - 66

[5] Универзална декларација о људским правима усвојена и проглашена резолуцијом Генералне скупштине УН 217А(III), од 10.12.1948 године, чл. 16 и чл. 25 став 2 и Међународни пакт о грађанским и политичким правима, Сл. лист СФРЈ - међународни уговори 7/71, чл. 17, 23 и 24

[6] Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода, Сл. лист СЦГ 9/03 и 5/05, чл. 6, 8, 12 и 14

Спорови из породичних односа су: брачни спорови, спор о материнству и очинству, спор о заштити права детета, вршењу, односно лишењу родитељског права, о издржавању и поништењу усвојења.

По својој природи породични односи су грађанскоправни, јер се заснивају на начелу аутономије воље[7]. Права из породичних односа истовремено се дефинишу и као основна људска права. Овај сегмент породичног права, овим правима гарантује посебну правну заштиту у унутрашњем и међународном правном поретку.

Концепт породице, као дела јавног поретка, према Закону о браку и породичним односима у новом породичном законодавству је напуштен, јер је прихватањем воље појединца да сам уређује породичне односе породица изгубила институционални карактер, чиме је дошло до приватизације ових односа. То међутим не искључује обавезу државе да породици пружи заштиту у свим случајевима када је њено мешање у ове односе допуштено.

Према Породичном закону[8], породица ужива посебну заштиту државе. Да би мешање државе у породичне односе било допуштено, мора да постоји правична равнотежа између општег и интереса појединца[9].

ЗНАЧАЈ И ПРИРОДА ПРЕСУДЕ У ГРАЂАНСКОПРАВНИМ СПОРОВИМА

Право на пресуду дефинисано је као вид судске заштите која се огледа у обавези и овлашћењу суда да, поступајући по тужби, донесе мериторну одлуку (од латинске речи *meritorius* - заслужан, који се упушта у саму ствар, који се тиче суштине саме ствари или предмета) након законито спроведеног поступка.

Право на пресуду спада међу конститутивне елементе права на тужбу. Оно је у корелацији са обавезом државе да омогући слободан приступ суду, да поступа по тужби у складу са правилима процесног права и да поводом тужбеног захтева (изузетно и изван граница захтева) донесе

[7] Драшкић Марија: Породично право и права детета, Београд, Службени гласник, 2007.
[8] Породични закон, чл. 8
[9] Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода, чл. 8

мериторну одлуку ако су за то испуњене законом утврђене претпоставке. Остваривање тог права један је од најважнијих сегмената у реализацији правног поретка када је реч о грађанскоправним односима.[10]

ПРЕСУДА КАО РЕЗУЛТАТ АКТИВНОСТИ УЧЕСНИКА У ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ

Основна начела која се тичу предмета спора и обликовања чињеничне грађе

У зависности од тога да ли су субјективна права регулисана когентним или диспозитивним нормама материјалног права и мере у којој држава настоји да интервенише у домену одређених субјективних права, зависиће и начин остваривања права на пресуду – што ће у крајњем исходу одредити улогу суда и парничних странака приликом покретања и вођења поступка (начело диспозиције и официјелности) односно приликом прикупљања чињеничне грађе (расправно и истражно начело).

Према општим правилима која су садржана и у Закону о парничном поступку[11], у грађанским споровима примењује се начело **диспозиције** странака, које се испољава код покретања и вођења поступка, располагања процесним материјалом и предметом спора[12].

Од овог начела одступљено је из општих интереса, постављањем граница слободи располагања ограниченом применом **начела официјелности**, ради спречавања злоупотребе права и забране странкама да располажу захтевима којима не могу располагати, који су супротни принудним прописима, јавном поретку и правилима морала, као и када је то посебним прописима прописано[13].

У грађанским споровима, начело диспозиције странака проистиче из природе грађанских субјективних права, јер остваривање или заштита права зависи од воље субјекта (титулара) права. Да ли ће вршити право,

---

[10] У том смислу: Дика М, "*Право на тужбу*", Загреб, 1987.
[11] Закон о парничном поступку, Сл. гласник РС 125/04
[12] Станковић Гордана, Предговор закона о парничном поступку, ИП Јустинијана, 2004.
[13] Закон о парничном поступку, чл. 3 став 3 и чл. 7 став 3

или ће невршењем дозволити да оно престане или да изгуби правозаштитну способност (у случајевима у којим закон прописује такве последице), зависи од воље субјекта права.

Диспозитивној природи грађанских права одговара и право да самостално одлучују хоће ли се користити правом на приступ суду и у случају повреде права, заштиту права тражити у судском поступку. Парнични поступак у коме суд пружа судску правну заштиту и решава грађанскоправне спорове, из личних, породичних, имовинских и других грађанскоправних односа покреће се тужбом. Ово начело даље овлашћује субјекта права да сам одреди облик и обим заштите[14]. По принципу диспозиције, тужилац одлучује да ли ће поднети тужбу, одређује садржину и обим заштите и тражи да се утврди постојање или непостојање неког права или правног односа, изврши промена права или наложи извршење тражене чинидбе. Последица примене овог начела је да је суд ограничен постављеним захтевом и да одлуку може донети само у границама тражене судске заштите.

Начело официјелности прописује покретање поступка по службеној дужности од стране надлежног органа, када је то неопходно ради заштите јавног интереса. У спору из грађанскоправних односа који су под посебном заштитом државе (какви су и неки спорови из породичних односа), законодавац даје јавном тужиоцу процесну легитимацију и право на вођење спора. У том случају, јавни тужилац нема активну стварну легитимацију – јер није учесник материјалноправног односа из кога је спор проистекао – већ се његова процесна легитимација заснива на изричитим законским одредбама које му дају такво овлашћење.

Начело диспозиције испољава се и у располагању субјекта права предметом спора, па се спор може завршити вољом странака, закључењем судског поравнања, изрицањем пресуде због пропуштања, на основу признања и одрицања.

Општа правила о прикупљању чињеничне грађе

Чињенично стање је животни догађај који се десио у прошлости. Оно се заснива на: неспорним односно признатим чињеницама (уколико призна-

[14] Закон о парничном поступку, чл. 3 став 3 и чл. 187 и 188

ње није супротно чл. 3 став 3 Закона о парничном поступку) и општепознатим чињеницама; презумпцијама (чињенице које се не доказују, али је допуштен доказ о противном) и фикцијама (чињенице које се по закону сматрају истинитим); чињеницама које је суд у вршењу своје функције сазнао, уколико их је саопштио странкама и на чињеницама које је суд утврдио у поступку, оценом доказа. У већини случајева странке о истом животном догађају износе различите чињенице, или негирају да се он уопште и десио.

Закон о парничном поступку, у коме доминира начело диспозиције (чији је израз и расправно начело) и право странака да располажу процесним материјалом, намеће обавезу странкама да до закључења главне расправе изнесу све чињенице и предложе све доказе на којима заснивају своје наводе или оспоравају наводе противника. Ово начело налаже активну улогу обе странке у располагању процесним материјалом, јер од њиховог понашања у поступку зависи да ли ће успети у спору или не.

Закључак суда о постојању чињенице од које зависи примена материјалног права на утврђено чињенично стање условљен је доказима које су странке предложиле. Често се дешава да странка из незнања, или из неког другог разлога не изнесе све чињенице и не предложи све доказе којима се те чињенице утврђују. У том случају, може доћи до неподударности чињеница утврђених у поступку са стварним догађајем који се десио у прошлости, па пресуда може бити заснована на погрешно или непотпуно утврђеном чињеничном стању. Недоказана чињеница спречава могућност остварења права, јер је она претпоставка за примену одређене правне норме. Последице пропуштања изношења свих чињеница и доказа производе одређена правна дејства, јер иако је пресуда заснована на погрешно или непотпуно утврђеном чињеничном стању, жалба странке у другостепеном поступку може бити одбијена. У жалби се могу износити нове чињенице и предлагати нови докази само уколико странка учини вероватним да их без своје кривице није могла изнети и предложити до закључења главне расправе. Незнање не оправдава странку, па нове чињенице и докази не могу бити предмет разматрања другостепеног суда у поступку по жалби. У том случају, пресуда може бити укинута само ако је због погрешне примене материјалног права, заснована на погрешно и непотпуно утврђеном чињеничном стању. У грађанскоправним споровима, суд закључује о примени материјалног права на утврђено чињенично стање, при чему није везан правном квалификацијом изнетом у тужби.

Ако суд на основу изведених доказа не може са сигурношћу да утврди неку чињеницу, о њеном постојању закључује применом правила о терету доказивања. Основни принцип правила о терету доказивања је да свака странка сноси терет доказивања чињенице, која јој по материјалном праву иде у прилог. Странка која тврди да има неко право, сноси терет доказивања чињенице која је битна за настанак или остваривање права, а странка која оспорава постојање неког права сноси терет доказивања чињенице која је спречила настанак или остваривање права, или услед које је оно престало да постоји, ако законом друкчије није установљено. Питање о подели терета доказивања има материјалноправну, а не процесноправну природу, јер ће одлука суда гласити у корист противника, ако странка на којој је терет доказивања није успела да убеди суд у постојање чињенице коју норма предвиђа као претпоставку за своју примену.

Одступања од начела диспозиције у породичним споровима

У вези покретања спорова из породичних односа, у начелу важи принцип **диспозиције**. У зависности од врсте спора, спор покрећу чланови породице или трећа лица (супружници, дете, лице које се по закону сматра биолошким родитељем детета или које сматра да је његов биолошки родитељ, поверилац издржавања, усвојеник и др). Трећа лица за покретање спора морају имати правни интерес, када заснивање и престанак њихових права зависи од постојања или непостојања породичног односа (фонд за пензијско или инвалидско осигурање код тужбе ради утврђења ништавости брака и др).

Начело официјелности покретања ових спорова прописано је у брачном спору, спору о очинству и материнству, спору за заштиту права детета, вршењу и лишењу родитељског права, поништењу усвојења и за заштиту од насиља у породици, јер Породични закон прописује право на подношење тужбе у овим споровима јавном тужиоцу[15]. У споровима за заштиту права детета, вршење односно лишење родитељског права и о спору за заштиту од насиља у породици, тужбу може поднети и орган старатељства[16].

У одређеним случајевима, иако је спор покренут **применом начела диспозиције,** долази до **ограничења** овог начела начелом **официјелности.**

[15] Породични закон, чл. 211, 212, чл. 253 став 1, чл. 263 став 1, чл. 264 став 2, чл. 275 став 2 и чл. 284 став 2

[16] Породични закон, чл. 263 став 1, чл. 264 став 2 и 3 и чл. 284 став 2

Породични закон прописује да када родитељи не воде заједнички живот, о вршењу родитељског права могу самостално одлучити, закључењем споразума о заједничком или самосталном вршењу родитељског права[17]. Диспозиција родитеља ограничена је најбољим интересом детета и обавезом суда, да по прибављеном стручном налазу и мишљењу установе за посредовање у породичним односима, по службеној дужности испита да ли је то у најбољем интересу детета[18]. Уколико процени да је то у његовом најбољем интересу, споразум родитеља о вршењу родитељског права уноси се у изреку пресуде. У противном, суд је дужан да по службеној дужности одлучи о поверавању заједничког детета једном родитељу, о висини доприноса за издржавање од стране другог родитеља и о начину одржавања личних односа детета са другим родитељем. Када суд донесе одлуку о поверавању детета, а дете се не налази код родитеља који треба да врши родитељско право, суд наређује да се оно одмах преда родитељу који треба да врши ово право[19].

Начело официјелности овлашћује суд да по службеној дужности одлучи о вршењу родитељког права и када је поступак покренут применом начела доспозиције, када такав захтев није постављен, а супружници имају заједничко малолетно дете, у брачном спору, спору о материнству и очинству, спору за заштиту права детета и лишењу родитељског права, када је овај поступак покренут као самосталан[20].

Основна права и дужности родитеља, које се дефинишу као одговорност родитеља, заснивају се на одржавању односа са дететом, заснованим на љубави, поверењу и узајамном поштовању, усмеравању ка усвајању и поштовању вредности емоционалног, етичког и националног идентитета своје породице и друштва. Међутим у пракси се често дешава да родитељи родитељско право грубо злоупотребљавају, занемарују или несавесно врше, физичким злостављањем детета, напуштањем детета или остављањем детета предшколског узраста без надзора. Таквим понашањем они угрожавају телесни и психички интегритет детета, па Породични закон овлашћује суд да по службеној дужности у брачном спору, спору о материнству и очинству, спору за заштиту права детета и вршење родитељског права, одлучи о

[17] Породични закон, чл. 76 и чл. 78
[18] Породични закон, чл. 6 став 1, чл. 266 став 1 и чл. 270
[19] Породични закон, чл. 277 став 2 и 3
[20] Породични закон, чл. 226 став 1, чл. 260 став 1 и чл. 273 став 1

потпуном или делимичном лишењу родитељског права у најбољем интересу детета, ради заштите личности и права детета[21].

Насиље у породици представља један од најтежих облика насиља, којим се крше основна људска права члана породице, право на живот, слободу, безбедност, физички, психички и сексуални интегритет, као и људско достојанство. По правилу, оно представља модел понашања, а не изоловани инцидент. Насиље у породици је у порасту, па породични закон овлашћује суд, кроз начело официјелности, да по службеној дужности у свим споровима из породичних односа, изузев спора о издржавању и поништењу усвојења, одреди једну или више мера заштите од насиља у породици против члана породице који врши насиље, а којом се привремено забрањује или ограничава одржавање личних односа са другим чланом породице, који је жртва насиља[22].

Начело официјелности прописано је и у спору за издржавање и у спору за заштиту од насиља у породици, када се воде као посебни поступци, јер суд није везан границама тужбеног захтева[23].

Примена начела официјелности у најбољем интересу детета, ради заштите његових права и права чланова породице, утиче на садржину одлуке суда у породичним споровима. У осталим грађанским споровима у којима се примењује начело диспозиције, суд одлучује искључиво у границама постављеног тужбеног захтева, па изрека пресуде садржи само одлуку суда којом тужбени захтев усваја или одбија као неоснован**.**

Примена истражног и расправног начела у породичним споровима

Истражно начело подразумева обавезу суда да се постављањем питања и на други целисходан начин стара да се утврде све важне, релевантне чињенице за доношење одлуке о предмету спора. Суд је овлашћен да по службеној дужности изведе доказе које странке нису предложиле, уколико закључи да су они битни за утврђење важних чињеница за правилну примену материјалног права.

Друштвени интерес и посебна заштита коју породица ужива у унутрашњем и међународном правном поретку налаже испитивање чињеница у

[21] Породични закон, чл. 226 став 2, чл. 260 став 2 и чл. 273 став 2
[22] Породични закон, чл. 226 став 3, чл. 260 став 3 и чл. 273 став 3
[23] Породични закон, чл. 281 и 287

породичним споровима без обзира на вољу странака. Породични закон прописује **истражно** начело у свим породичним споровима и овлашћује суд да истражује чињенице које ниједна од странака није изнела или оспорила у поступку. Суд је у овим споровима овлашћен да по службеној дужности одреди извођење доказа које сматра битним за утврђење важних чињеница.

У споровима из породичних односа не примењује се истражно начело једино у спору за утврђење ништавости брака, када је разлог за ништавост брачност, која је иначе отклоњива сметња за склапање брака. У овим споровима искључена је могућност решавања о постојању раније склопљеног брака кроз претходно питање, због специфичности породичних односа. Ако тужилац постојање ранијег брака не може доказати изводом из матичне књиге венчаних, односно, ако тужени оспорава пуноважност ранијег брака, који је уписан у матичну књигу венчаних, суд им мора наложити да покрену парницу ради утврђивања постојања брака.[24]

Одредбе о претходном питању у споровима из породичних односа се иначе не примењују, па странка која оспорава постојање неког права или правног односа, истинитост или неистинитост неке исправе, да би остварила право на заштиту у овим споровима, мора покренути посебну парницу подношењем тужбе за утврђење, у смисли чл. 188 Закона о парничном поступку. На пример, у спору о издржавању детета, мушкарац који се по закону сматра оцем детета, не може оспоравати очинство, већ то мора учинити покретањем посебног спора о оспоравању очинства.

Уколико је суд извео све потребне доказе и правилно их оценио, чињенице које су утврђене у поступку подударају се са стварним догађајем, па је пресуда заснована на потпуно и правилно утврђеном чињеничном стању, што је услов за правилан закључак суда о основаности захтева странака и повреди права о којој је суд, применом начела официјелности одлучио по службеној дужности, а применом овог начела утврдио, иако се ниједна од странака на то није позивала. Овако утврђено чињенично стање омогућава правилну примену материјалног права, што је основни циљ сваког судског поступка, јер је услов за делотворну правну заштиту доношење правилне и законите одлуке суда којом се спорни однос трајно решава. Истражно начело ограничено је обавезом суда да у образложењу одлуке да јасне и аргументо-

[24] Закон о парничном поступку, чл. 12 и Породични закон чл. 213

ване разлоге о свим важним чињеницама на којима је засновао одлуку извођењем доказа по службеној дужности и оценом доказа применом начела слободног судијског уверења, које је гарант независности судства у демократском друштву. Слободно судијско уверење, међутим, не значи да је суд овлашћен да у пресуди изостави образложење – већ је дужан да наведе логичне разлоге којим се поткрепљује његова оцена.

За правилност и законитост пресуде неопходно је да се она заснива на истинитим чињеницама. Под појмом истине не подразумева се апсолутна истина, већ да су чињенице доказане до степена вероватноће којима се отклања разумна сумња да ли се један животни догађај десио или не.

ФОРМА, САДРЖИНА И ВРСТЕ ПРЕСУДА

Општа правила о форми и садржини пресуде и подела пресуда

Са становишта поделе правних аката, пресуда је појединачни правни акт којим се индивидуализује општа правна норма.

Сваки правни акт, да би производио правно дејство, мора бити доступан јавности. У правној доктрини, писмена форма правног акта је материјализација правног акта. По доношењу и објављивању, пресуда мора да буде састављена у писменој форми (Закон о парничном поступку[25] употребљава појам израда пресуде) и у овереном препису достављена странкама, са поуком о праву на изјављивање жалбе.

Форма и садржина пресуде прописани су чл. 342 Закона о парничном поступку.

Изрека пресуде је њен најважнији део, јер суд изреком одлучује о основаности захтева (утврђује постојање или непостојање неког права или правног односа, врши промену права или издаје налог за чинидбу). Само изрека пресуде подлеже формалној и материјалној правноснажности у оквиру територијалних граница одређеног правног поретка, те субјективних, објективних и временских граница.

Образложење пресуде даје одговор на питање зашто је суд донео одређену одлуку. Поред навода странака и прописа на основу кога је донета одлука, образложење садржи чињеничну грађу - супстрат (доњи си-

[25]Закон о парничном поступку, чл. 339 - 342

логизам) на основу кога суд закључује да ли се захтеву има удовољити или не (закључак суда). Одлука суда је са становишта правне логике силогизам, јер суд на утврђено чињенично стање примењује материјално право и изводи закључак о основаности или неоснованости тужбеног захтева. Такође, и чл. 6 Европске конвенције захтева да пресуда садржи одлуку суда о захтевима странака и образложење, које се не мора односити на све наводе странака, већ само на оне који су релевантни за одлуку суда.

У парничном поступку заступљене су следеће врсте пресуда:

- **утврђујућа** (чл. 188), којом се утврђује постојање или непостојање неког права или правног односа, истинитости или неистинитости неке исправе (декларативне);

- **преображајна (конститутивна),** којом се на основу постојећег материјалноправног односа врши промена права;

- и **пресуда за осуду на чинидбу (кондемнаторна),** која садржи налог као заповест државе да се нешто чини, не чини или трпи.

Форма и садржина пресуде у споровима из породичних односа

Форма пресуде у споровима из породичних односа не разликује се од форме пресуда у осталим грађанскоправним споровима.

Изрека пресуде у породичним споровима**,** поред одлуке о захтевима које су странке истакле у поступку, садржи и одлуку суда о правима странака о којима је одучио применом начела официјелности, без постављеног захтева, када је, на основу резултата расправљања закључио да постоји повреда законом признатих права детета или других чланова породице.

Начело диспозиције овлашћује странке да располажу предметом спора изјавама воље, које могу имати процесноправно, али и материјалноправно дејство, када се спор заврши закључењем судског поравнања. **У споровима из породичних односа, начело диспозиције странака располагањем предмета спора је искључено**, **јер се у овим споровима не може закључити судско поравнање, а суд не може изрећи пресуду због пропуштања, на основу одрицања или признања**[26]. У спору о издржавању, који је по својој природи имовински спор облигационоправне природе, дозвољено је закључење судског поравнања и изрицање пресуде на основу признања и одрицања, али је диспозиција странака ограничена нај-

[26] Породични закон, чл. 224, 258 и 271

бољим интересом детета, када је поверилац издржавања малолетно дете и забраном одрицања од права на законско издржавање.

Пресуда

Образложење пресуде у споровима из породичних односа, без обзира на ограничење начела диспозиције, начелом официјелности приликом доношења одлуке суда и потпуног искључења овог начела прописивањем истражног начела, не одступа од обавезне садржине пресуде у свим грађанскоправним односима.

Образложење пресуде, када је предмет спора заштита права детета, мора да садржи све елементе процене најбољег интереса детета. Када је дете способно да формира мишљење и да га слободно изрази, без обзира да ли је оно странка у поступку или се користи правом на партиципацију[27], суд његовом мишљењу мора посветити дужну пажњу у складу са његовим узрастом и зрелошћу. У образложењу одлуке, суд мора дати јасне и аргументоване разлоге због којих је стручни налаз и мишљење установе за посредовање у породичним односима и мишљење детета, са аспекта најбољег интереса детета, прихватио или не. Обавеза суда да за своју одлуку да образложење, прописана је у свим споровима из породичних односа.

Врсте пресуда у споровима из породичних односа

У породичним односима заступљене су све три врсте пресуда.

Пресуда за утврђење доноси се: у брачном спору за утврђење постојања, односно непостојања брака, или ништавости брака код неотклоњивих брачних сметњи; у спору о материнству и очинству; у спору за утврђење ништавости изјаве о признању очинства и сагласности са признањем и у спору за утврђење ништавости усвојења[28].

Све пресуде у овим споровима, изузев пресуде за утврђење ништавости брака[29], по правноснажности делују ретроактивно, због природе правног односа из кога је спор произишао.

[27] Породични закон, чл. 65 и чл. 266 став 2
[28] Породични закон, чл. 211, 212, 249, 253 став 1 и чл. 275 став 1
[29] Породични закон, чл. 30 став 2

Преображајне пресуде доносе се: у брачном спору (развод брака и поништење рушљивог брака); у спору о материнству и очинству ради поништења изјаве о признању очинства, или сагласности са признањем, због мана воље; у спору за промену одлуке о вршењу родитељског права; у спору за потпуно или делимично лишење родитељског права; у поступку за заштиту права детета (право становања); у спору о промени висине издржавања и у спору за поништење усвојења због мана воље приликом давања сагласности за усвојење[30].

Све ове пресуде, по правноснажности производе правно дејство за убудуће.

Пресуде за осуду на чинидбу доносе се у спору о заштити права детета, и у спору о издржавању[31].

Ове пресуде производе правно дејство од правноснажности.

Спор о издржавању је имовинскоправне природе, па поверилац издржавања има право на издржавање, по правноснажности пресуде, од доспелости утврђене у пресуди, па за убудуће док за то постоје законом прописани разлози или док пресуда не буде измењена. Доспелост је условљена чињеничном грађом, која је претпоставка за примену норме. У погледу неисплаћених износа идржавања доспелих од момента подношења тужбе, пресуда делује ретроактивно, док у погледу износа издржавања доспелих у време пресуђења и за убудуће, делује за убудуће.

У појединим случајевима, изрека пресуде у породичним споровима садржи елементе све три врсте пресуда. Примера ради, у спору којим се утврђује ништавост брака из кога странке имају заједничко малолетно дете, а постигле су споразум о заједничком вршењу родитељског права, који по оцени суда није у најбољем интересу детета, суд по службеној дужности одлучује о поверавању детета на чување и васпитање, чиме се врши промена садржине и обима вршења родитељског права, издаје налог за издржавање, а у одређеним случајевима и за предају детета.

---

[30] Породични закон, чл. 215 до 217, чл. 253 став 2, чл. 263 у вези чл. 194, чл. 264 и чл. 275 став 2

[31] Породични закон, чл. 263 и чл. 278 и 279

У спору за заштиту од насиља у породици, изрека пресуде је конститутивно - кондемнаторне природе, јер се изреком истовремено врши ограничење права и издаје налог за извршење одређене чинидбе.

ЗАКЉУЧАК

Породица је основна ћелија друштва, па због значаја и улоге на индивидуалном и друштвеном плану ужива посебну заштиту.

Упоредном анализом спорова из породичних односа и осталих грађанскоправних односа, може се закључити да у споровима из породичних односа постоје значајна одступања од начела диспозиције и од општег расправног принципа, тако да суд у овим споровима има знатно активнију улогу.

Сви спорови из породичних односа заснивају се на различитом чињеничном стању, које је претпоставка за примену материјалног права, па је у овом раду указано само на оно што је заједничко за све спорове, као и на одлуке суда које се доносе применом начела официјелности у другим судским поступцима, када поступци у којима суд може донети исте одлуке нису покренути као самостални поступци, већ као адхезиони, одлуком суда.

Аутономни појам делотворне правне заштите, садржан у чл. 6 Европске конвенције, прописује да она мора бити доступна и ефикасно заштићена, да би пружена помоћ државе била делотворна. Непружањем такве заштите, или заштитом права на површан начин, када се не води рачуна о суштини права признатих Конвенцијом већ о форми, држава чини повреду права на делотворну правну заштиту из чл. 6 Европске конвенције, што ће углавном водити и повреди чл. 8 исте Конвенције, којим се штити право на породични живот, а који обухвата сва права која се по Породичном закону штите у споровима из породичних односа.

Ограничење начела диспозиције начелом официјелности, истражно начело и начело хитности поступка, а у неким споровима и нарочите хитности поступка (спор за заштиту права детета, вршење или лишење родитељског права, издржавање и у спору за заштиту од насиља у породици) омогућавају странкама да пресудом остваре делотворну правну заштиту, јер је сврха ових спорова да се конфликти између чланова породице, који некада могу бити веома тешки и са несагледивим последицама, трајно реше, или макар уреде у мери која ће омогућити најмање угрожавање права.

Литература

Билтен судске праксе Врховног суда Србије број 2, Београд, Интермекс, 2006.

Делибашић Зорана: Права детета у спору за заштиту права детета и у спору за вршење односно лишење родитељског права, Билтен Окружног суда у Београду број 4, Интермекс, 2006.

Дика Михајло, Право на тужбу, Загреб, 1987.

Драшкић Марија: Породично право и права детета, Београд, Службени гласник, 2007.

Закон о парничном поступку, Службени гласник РС 125/04

Зборник радова са саветовања правника у Врњачкој Бањи, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, 2006.

Кључни појмови и принципи Европске конвенције о људским правима, Београд, Београдски центар за људска права, 2004.

Милошевић, М.: Примена истражног начела по новом Закону о парничном поступку РС, Београд, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, Интермекс, 2007.

Познић, Б., Ракић-Водинелић Весна: Грађанско процесно право, Београд, Савремена администрација, 1999.

Породични закон, Службени гласник РС 18/05

Правна енциклопедија, Београд, Савремена администрација, 1985.

Станковић Гордана: Предговор Закона о парничном поступку, Београд, ИП Јустинијан, 2004.

Станковић Гордана: Доказивање и терет доказивања, Београд, Збирка радова за конференцију "Унапређење у споводењу ЗПП: пракса у Србији и региону", 2006.

Станковић Гордана: Основна начела парничног поступка РС, Збирка радова за конференцију "Унапређење у спровођењу ЗПП: пракса у Србији и региону", 2006.

ПРИВАТИЗАЦИЈА И СТЕЧАЈ

Драгиша Слијепчевић,
судија Врховног суда Србије

СВОЈИНСКА ТРАНСФОРМАЦИЈА КРОЗ ПОСТУПАК ПРИВАТИЗАЦИЈЕ, СТЕЧАЈА И ИЗВРШЕЊА

Уводне напомене

Важећим Уставом Републике Србије[1] јемчи се приватна, задружна и јавна својина.[2] Под јавном својином се подразумева државна својина, својина аутономних покрајина и својина локалне самоуправе. Овим облицима својине Уставом се гарантује једнака правна заштита[3]. Поред зајемчених својинских облика Устав из 2006. године познаје и друштвену својину. На то упућује садржина одредбе члана 86. став 2. Устава. Међутим, за разлику од зајемчених својинских облика друштвена својина се одређује као пролазна категорија која се сходно уставном наређењу мора трансформисати у приватну својину.[4] Претварање друштвене у приватну својину врши се на начин и под условима прописаним посебним законом.

На тај начин, Уставом су постављени нови темељи својинског режима у Републици Србији. Они су одређени уставним уређењем о престанку друштвене својине као једног од ранијем Уставима гарантованог својинског облика. Устав наређује да се друштвена својина мора трансформисати у приватну својину. Предмет друштвене својине могу бити покретне и непокретне ствари. То значи да се и промена друштвене у приватну својину врши над тим предметима. Сам поступак својинске трансформације може се реализовати по поступку и на начин који је прописан

[1] "Службени гласник РС", бр. 98/06 од 10.11.2006. године
[2] Члан 86. став 1. Устава Републике Србије
[3] Члан 86. став 1. Устава Републике Србије
[4] Члан 86. став 2. Устава Републике Србије

посебним законима. Ове промене се одвијају паралелно упркос различитим основама трансформације установљеним кроз посебне законе. Основи тих промена су утемељени у важећим законима кроз: обавезу враћања земљишта које је прешло у друштвену својину по основу пољопривредног земљишног фонда и конфискације због неизвршених обавеза из обавезног откупа;[5] претварање продајом пољопривредног земљишта у друштвену својину;[6] враћање имовине одузете од цркава и верских заједница применом прописа о аграрној реформи, национализацији, секвестрацији и других прописа донетих до 1945. године;[7] приватизацију друштвеног капитала и имовине продајом друштвене имовине и правних лица;[8] продају друштвене имовине и капитала у поступку стечаја;[9] и продају друштвене имовине у поступку извршења.[10]

Бројност наведених законских основа указује на динамику процеса претварања друштвене у приватну својину. Ти процеси имају вишедеценијско трајање. Међутим, упркос њихове актуелности, неспорном циљу и потреби довршетка транзиционог процеса у пракси су присутни бројни проблеми у реализацији промене друштвене у приватну својину. Они се тичу одређења субјеката на које се врши пренос непокретности из друштвене у приватну својину и могућности уписа у катастру непокретности извршених својинских промена по том основу. Спор о тим питањима се нарочито актуелизује у поступку реализације својинских промена извршених кроз приватизацију, стечај и поступак извршења. Неспоразуми који тим поводом настају превасходно су формално-правне природе. Међутим, последице које тим поводом проистичу воде не само отежаној реализацији уставног наређења о промени друштвене у приватну својину већ

[5] Закон о начину и условима признања права и враћању земљишта које је прешло у друштвену својину по основу пољопривредног земљишног фонда и конфискацијом због неизвршених обавеза из обавезног откупа пољопривредних производа ("Службени гласник РС", бр. 18/91, 20/62, 42/98).

[6] Закон о претварању друштвене својине на пољопривредном земљишту у друге облике својине ("Службени гласник РС", бр. 49/92, 54/96, 62/2006)

[7] Закон о враћању (реституцији) имовине црквама и верским заједницама ("Службени гласник РС", бр. 46/2006)

[8] Закон о приватизацији ("Службени гласник РС", бр. 38/01, 18/03, 45/03).

[9] Закон о стечајном поступку ("Службени гласник РС", бр. 84/04, 85/05)

[10] Закон о извршном поступку ("Сужбени гласник РС", бр. 23/04)

и обесмишљавању циља због кога се приватизација спроводи. То се чини опструкцијом или директним одбијањем овлашћених државних органа да у јавним књигама упишу пренос непокретности из друштвене својине у приватно власништво субјекта приватизације, односно њихових купаца по основу продаје извршене у поступку приватизације, стечаја или извршења. На тај начин правно перфектно проведена приватизација се лишава финалне реализације – уписа промене својинског облика на продатим некретнинама у друштвеној својини. Тиме се дерогира један од основних транзиционих циљева исказан у промени друштвеног у приватно власништво. Јер, упркос неспорне чињенице о извршеној реализацији обавеза установљених уговором о продаји друштвеног капитала у јавним књигама се и даље на продатим некретнинама уписује право коришћења или располагања. Промена се врши само у односу на субјект у чију корист се такво право уписује. То практично значи да се и после спроведене приватизације на продатим некретнинама врши само упис права коришћења у корист субјекта приватизације, односно њиховог купца у поступку стечаја или извршења. Такав поступак се правда одсуством уговорних одредби о таксативном означењу земљишно-књижних, односно катастарских података продатих некретнина и непостојања изричите уговорне клаузуле intabulandi. Зато се крајњи ефекат својинске промене на некретнинама по основу приватизације, стечаја или извршења своди само на промену титулара права коришћења, а не и на промену њиховог својинског облика.

Постојање наведених проблема и настојање да се исти у пракси превазиђу представља основну тему овог реферата. Она се исказује у покушају изналажења правних аргумената за отклањање насталих неспоразума на плану формално-правне реализације уписа промене својинског облика на некретнинама које представљају предмет приватизације, односно продаје у поступку стечаја и извршења.

Правни основ и поступак промене својинског облика

У циљу разрешења наведених спорних правних питања мора се поћи од одредбе члана 20. Закона о основама својинско-правних односа којом је прописано да се право својине стиче по самом закону, на основу правног посла и наслеђивањем. Ставом 2. исте одредбе прописано је да се право својине стиче и одлуком државног органа на начин и под условима

одређеним законом. Случајеви стицања својине по самом закону таксативно су прописани одредбом члана 21. Закона о својинско-правним односима. Њоме је, поред осталог, одређено да се то право може стећи и у свим случајевима прописаним посебним законом.[11]

Предмет својине физичких и правних лица могу бити стамбене зграде, станови, пословне просторије, пољопривредно земљиште и друге непокретности, осим природних богатстава, која су у државној својини.[12] Та лица могу стећи право својине и на добрима у општој употреби и на грађевинском земљишту у складу са законом, као и на шумама и шумском земљишту у границама утврђеним законом. Таква могућност стицања права својине прописана је одредбом члана 9. став 2. Закона о основама својинско-правних односа.

Одредбом члана 59. став 1. раније важећег Устава Републике Србије, било је прописано да се својинска права и обавезе над средствима у државној и друштвеној својини могу претворити у друге облике својине на начин и под условима утврђеним законом. И одредба члана 86. став 2. новог Устава Републике Србије прописује да се постојећа друштвена својина претвара у приватну својину под условима, на начин и у роковима предвиђеним законом. Тиме су створени уставни оквири за законску промену друштвене својине у приватну својину. Могућност такве промене својинског облика прописана је, управо, одредбом члана 1. Закона о приватизацији. Одредбом члана 3. став 1. истог Закона прописано је да предмет приватизације представља друштвени, односно државни капитал у предузећима и другим правним лицима, ако посебним прописима није другачије одређено. У друштвени капитал предузећа спада и пољопривредно земљиште у друштвеној својини стечено правним послом од стране правног лица као његово средство за производњу. То је изричито прописано одредбом члана 1. став 2. Закона о претварању друштвене својине на пољопривредном земљишту у друге облике својине.[13] За разлику од тако стеченог пољопривредног

[11] Поред тога, одредбом члана 21. Закона о основама својинско-правних односа прописано је да се својина стиче по основу закона и у случају стварања нове ствари, спајања, мешања, грађења на туђем земљишту, одвајањем плодова, одржајем, стицањем од невласника и окупацијом.

[12] Члан 9. Закона о основама својинско-правних односа.

[13] "Службени гласник РС", бр. 49/92, 54/96

земљишта остало земљиште у друштвеној својини стечено по основу Закона о аграрној реформи и прописима о национализацији пољопривредног земљишта представља државну својину.[14] Друштвено земљиште које представља друштвени капитал предузећа може се отуђити из друштвене својине. То је могуће учинити под тржишним условима.[15] Таква се продаја допушта како у поступку приватизације тако и непосредном продајом уз услов да претходно учињена понуда на продају Министарству надлежном за пољопривреду није прихваћена у року од 30 дана. Осим тога, а сходно одредби члана 3. став 2. Закона о приватизацији одређено је да се у поступку приватизације може продати и имовина или део имовине субјекта приватизације, односно поједини делови субјекта приватизације. Овакво законско одређење предмета продаје у поступку приватизације указује да се у случају продаје друштвеног, односно државног капитала врши продаја целокупне нето имовине субјекта приватизације. Она представља остатак имовине који припада власницима после одбитка свих обавеза. Тако исказан капитал опредељује куповну снагу нето имовине субјекта приватизације. Њена вредност се одређује на начин и под условима прописаним Уредбом о методологији за процену вредности капитала и имовине.[16]

Сам поступак приватизације – продаје друштвеног и државног капитала спроводи се методом јавног тендера и јавне аукције.[17] Међутим, продаја друштвеног капитала у који улази пољопривредно земљиште субјекта приватизације не може се спровести пре извршеног пописа земље у његовом поседу у државној својини.[18] Осим тога, претварање тог дела друштвеног капитала у приватно власништво не може се вршити пре него што се изврше одговарајуће промене у земљишним и другим јавним књигама разграниченог дела земљишта у државној својини, од земљишта су-

[14] Члан 1. став 1. Закона о претварању друштвене својине на пољопривредном земљишту у друге облике својине

[15] Члан 11. Закона о претварању друштвене својине на пољопривредном земљишту у друге облике својине

[16] "Службени гласник РС" бр. 45/2001, 45/2002

[17] Члан 10. Закона о приватизацији

[18] Члан 6. став 1. Закона о претварању друштвене својине на пољопривредном земљишту у друге облике својине

бјекта приватизације у друштвеној својини.[19] Тек по испуњењу тих услова могуће је приступити продаји пољопривредног земљишта у друштвеној својини као посебног дела друштвеног капитала субјекта приватизације. Она се може спровести путем јавног тендера или јавне аукције. Продаја јавним тендером се реализује на основу тендерске документације. Она сходно одредби члана 6. став 1. Уредбе о продаји капитала и имовине јавним тендером[20] садржи: уговор о чувању поверљивих података, информациони меморандум о субјекту приватизације, упутство за понуђаче и нацрт уговора о продаји. Продаја јавном аукцијом се спроводи на основу аукцијске документације. Она сходно одредби члана 15. став 1. Уредбе о продаји капитала и имовине јавном аукцијом садржи: програм приватизације, уговор о чувању поверљивих података, нацрт уговора о продаји и пријаву учешћа на аукцији. Ближи подаци о капиталу и имовини субјекта приватизације садржани су у информативном меморандуму субјекта приватизације када се продаја врши јавним тендером, односно програму приватизације када се продаја реализује јавном аукцијом. Одредба члана 56. став 1. тачка 2. Уредбе о продаји капитала и имовине јавном аукцијом прописује да програм приватизације садржи податке о стању средстава и обавеза који обухватају и преглед непокретности по врсти, намени и површини објеката, те намени и површини земљишта. Тендерска, односно аукцијска документација представља основ за закључење коначног уговора о продаји друштвеног, односно државног капитала. Сходно одредби члана 47. став 1. Закона о приватизацији предмет тог уговора је управо друштвени и државни капитал, као и имовина субјекта приватизације означена у тендерској, односно аукцијској документацији.

Према томе, приватизација друштвеног, односно државног капитала води промени друштвене и државне својине у приватну својину. До овакве промене својинског облика долази и у случају приватизације имовине, или дела имовине субјекта приватизације, односно његових појединих делова. И у једном и у другом случају промена друштвене и државне својине у приватну својину се врши по самом закону. Она се реализује у односу на покретну и непокретну имовину субјекта приватизације, која

[19] Члан 6. став 2. Закона о претварању друштвене својине на пољопривредном земљишту у друге облике својине

[20] "Службени гласник РС", бр. 46/2001, 59/2003, 110/2003, 52/2005

сходно тендерској, односно аукцијској документацији представља предмет приватизације.

Поступак приватизације се окончава закључењем писменог уговора о продаји капитала, односно имовине. Сходно одредби члана 41. став 2. Закона о приватизацији, сматра се да је такав уговор закључен даном судске овере потписа купца и овлашћеног представника Агенције за приватизацију. На темељу тог уговора, а сходно одредби члана 56. став 1. Закона о приватизацији, субјект приватизације доноси одлуку о промени облика организовања у друштво капитала. Том одлуком се уређују и сва друга питања од значаја за организовање субјекта приватизације у друштво капитала.[21] Промењена форма субјекта приватизације се сагласно одредби члана 5. Закона о регистрацији привредних субјеката[22] уписује у регистар привредних субјеката. Исплатом купопродајне цене, или 45% од уговорене цене која се плаћа на рате по уговору о продаји друштвеног, односно државног капитала[23] и регистрацијом субјекта приватизације као друштва капитала стичу се формално-правни услови и за његов упис као титулара права својине на некретнинама које су представљале предмет приватизације.

Упис права својине новоорганизованог друштва капитала мора се спровести на свим некретнинама које су у јавним књигама уписане као друштвена, или државна својина са правом коришћења у корист субјекта приватизације. Међутим, предмет тог уписа могу бити само некретнине на којима се сходно одредби члана 9. Закона о основама својинско-правних односа може стећи право својине. То значи да се приватизовати могу стамбене зграде, станови, пословне просторије и пољопривредно земљиште у друштвеној својини. Сам упис промене права у јавним књигама се

[21] Члан 55. став 2. Закона о приватизацији

[22] "Службени гласник РС", бр. 55/2004, 61/2005

[23] Када се стиче својина на приватизованом капиталу прописано је одредбом члана 400.-б) Закона о предузећима, који се сходно одредби члана 456. Закона о привредним друштвима ("Службени гласник РС", бр. 125/04) примењује до истека законом утврђених рокова за приватизацију. На темељу те одредбе, а у вези члана 1. Закона о приватизацији упис стеченог права власништва се врши по самом закону након извршене исплате купопродајне цене, односно 45% од уговорене цене која се у складу са уговором о купопродаји друштвеног капитала плаћа на рате.

спроводи на захтев новоорганизованог субјекта приватизације као друштва капитала. Уз захтев се мора доставити примерак уговора о продаји капитала, односно имовине заједно са приватизационом документацијом и изводом из регистра привредних субјеката о извршеном упису субјекта приватизације као друштва капитала. На темељу тих исправа спроводи се упис новоорганизованог друштва капитала као власника непокретне имовине која је била предмет приватизације.

Тако стечено право на некретнинама се сходно одредби члана 58-в) став 1. тачка 1. Закона о државном премеру и катастру и уписима права на непокретностима[24] уписује по самом закону у катастру непокретности. Код чињенице да се упис промене права власништва врши на основу закона нема места примени одредбе члана 106-в) Закона о државном премеру и катастру и уписима права на непокретностима[25]. Ово из разлога што се упркос законске обавезе закључења уговора о продаји капитала, односно имовине[26] промена својинског облика продатог капитала, односно имовине у поступку приватизације не врши по основу тог уговора, већ по сили закона.[27] Из истих разлога у поступку уписа промене власништва приватизованог капитала, односно имовине, нема места ни примани одредбе члана 106-а) став 2. Закона о државном премеру и катастру и уписима права на непокретностима.[28] То практично значи да се упис промене вла-

[24] "Службени гласник РС", бр. 83/92...101/2005

[25] Члан 106-в) Закона о државном премеру и катастру и уписима права на непокретностима прописује да се упис примене права на непокретностима у корист новог носиоца права неће дозволити ако у исправи на основу које се врши упис ранији носилац права није означен и према њему право новог носиоца није утврђено.

[26] Члан 41. став 2. Закона о приватизацији

[27] Шта је предмет приватизације прописано је одредбом члана 3. Закона о приватизацији. С тим у вези и одредбом члана 25. истог Закона одређено је да предмет продаје представља 70% капитала који се приватизује, односно целокупни капитал у субјектима приватизације који су реструктурирани у складу са тим законом. Тиме се и основ промене својинског облика на предмету продаје капитала у субјекту приватизације одређује законом, а не уговором као правним средством којим се поступак приватизације формално-правно реализује.

[28] Одредба члана 106-а) став 2. Закона о државном премеру и катастру и уписима права на непокретностима налаже органу који врши упис да затражи од лица

сништва у катастру непокретности не може условљавати претходним таксативним означењем у уговору свих непокретности које чине предмет продаје друштвеног капитала према подацима премера и катастра непокретности. Таква могућност је искључена из разлога што се таксативни подаци о непокретностима које су саставни део друштвеног капитала као предмета продаје морају навести у приватизационој документацији која чини саставни део уговора. Стога се уз захтев за упис промене друштвеног у приватно власништво на приватизованом капиталу, односно имовини, поред уговора мора приложити и одговарајућа приватизациона документација. Под тим условима извршиће се промена својинског облика над свим некретнинама – стамбеним и пословним објектима и пољопривредном земљишту у друштвеној својини које су у приватизационој документацији означене као предмет продаје, а у катастру непокретности уписане као друштвена својина са правом коришћења субјекта приватизације.

Правне границе промене својинског облика у поступку приватизације

Приватизација је искључена, а тиме и могућност промене својинског облика на земљишту у државној својини, природним ботатствима и градском грађевинском земљишту. Таква забрана је установљена одредбом члана 15. Закона о промету непокретности[29] у односу на пољопривредно и грађевинско земљиште, шуме, шумско земљиште у државној и друштвеној својини, ако законом није друкчије одређено. Могућност приватизације земљишта у државној својини је забрањена и Законом о претварању друштвене својине на пољопривредном земљишту у друге облике својине.[30] Природна богатства су државна својина на којима сходно одредби члана 9. став 1. Закона о основама својинско-правних односа физичка и правна лица не могу имати право својине. Стога природна богатства не могу представљати предмет својинске трансфромације у поступку

које захтева упис да у одређеном року отклони недостатке у погледу означења непокретности према подацима премера и катастра непокретности.

[29] "Службени гласник РС", бр. 42/98

[30] Приватизација земљишта у државној својини није могућа, јер је одредбом члана 11. Закона о претварању друштвене својине на пољопривредном земљишту у друге облике својине допуштена продаја само пољоприведног земљишта у друштвеној својини.

приватизације. Исти је случај и са градским грађевинским земљиштем. Право својине на тим некретнинама, као и на шумама и шумском земљишту може се стећи у границама утврђеним посебним законом.

Могућност продаје градског грађевинског земљишта је допуштена само у складу и под условима прописаним одредбом члана 85. Закона о основама својинско-правних односа.[31] С тим у вези, треба истаћи да је са ступањем на снагу Закона о планирању и изградњи престао да важи Закон о грађевинском земљишту који је забрањивао отуђење градског грађевинског земљишта из друштвене својине.[32] Закон о планирању и изградњи познаје само грађевинско земљиште које се сходно одредби члана 68. сврстава у јавно грађевинско земљиште и остало грађевинско земљиште. Јавно грађевинско земљиште представља грађевинско земљиште на којем су изграђени јавни објекти од општег интереса и јавне површине и које је у државној својини, као и земљиште које је планом донетим у складу са Законом о планирању и изградњи намењен за изградњу јавних објеката од општег интереса и за јавне површине и које је у државној својини.[33] Сагласно одредби члана 70. став 7. Закона о планирању и изградњи јавно грађевинско земљиште не може се отуђити из државне својине. Насупрот јавном, остало грађевинско земљиште може бити у свим облицима својине и у промету је.[34] Такво законско наређење допушта могућност да се остало грађевинско земљиште може наћи у приватној, задружној или јавној - државној својини. У државној својини остаје остало грађевинско земљиште које је до ступања на снагу Закона о планирању и изградњи законом одређено као градско грађевинско земљиште у државној својини.[35] У приватној својини или задружној својини, може се наћи грађевинско земљиште које је као градско грађевинско земљиште одређено одлуком Скупштине, односно града, односно града Београда, које до дана ступања

[31] Одредбом члана 85. Закона о основама својинско-правних односа допуштена је продаја градског грађевинског земљишта само страним државама, али само за потребе њихових дипломатских и конзуларних активности, као и организацијама и специјализованим Агенцијама организација Уједињених нација.

[32] Члан 16. Закона о грађевинском земљишту

[33] Члан 69. Закона о планирању и изградњи

[34] Члан 79. став 2. Закона о планирању и изградњи

[35] Члан 79. став 3. Закона о планирању и изградњи

на снагу Закона о планирању и изградњи није приведено намени у целини или већим делом, а не чини урбанистичку и функционалну целину са јавним грађевинским земљиштем.[36] У том случају остало грађевинско земљиште се на захтев сопственика, односно његовог правног следбеника, враћа у својински режим који је био пре ступања на снагу одлуке о одређивању тог земљишта као градског грађевинског земљишта. На осталом неизграђеном грађевинском земљишту у државној својини право коришћења стичу ранији сопственици, њихови законски наследници, као и лица на која је ранији сопственик пренео право коришћења у складу са законом.[37] Међутим, независно од својинског облика у коме се налази остало грађевинско земљиште општина се стара о његовом рационалном коришћењу. У том циљу општина може донети и програм уређења тог земљишта ради изградње већих зона предвиђених регулационим планом. С тим у вези, општина је сагласно одредби члана 80. став 2. Закона о изградњи и планирању овлашћена и да прибавља, уређује, даје у закуп или отуђује остало грађевинско земљиште.

Према томе, сагласно важећем Закону о планирању и изградњи градско грађевинско земљиште постаје или јавно грађевинско земљиште, или остало грађевинско земљиште. У зависности од карактера изграђених објеката и намени којој такво земљиште служи сврстава се у јавно или остало грађевинско земљиште и тако опредељује његов својински облик. Тиме се у складу са цитираним одредбама Закона о планирању и изградњи искључује или допушта и могућност отуђења грађевинског земљишта. Међутим, законска могућност отуђења осталог грађевинског земљишта не значи и да то земљиште може представљати предмет приватизације. Ово из разлога што остало грађевинско земљиште у државној својини не представља капитал субјекта приватизације који се сходно одредби члана 3. Закона о приватизацији може приватизовати. Исти је случај и са шумама и шумским земљиштем које се налази у државној својини. Тим земљиштем газдују јавна предузећа. Стога сагласно одредби члана 8. Закона о

[36] Члан 79. став 4. Закона о планирању и изградњи
[37] Члан 84. став 1. Закона о планирању и изградњи

шумама[38] и то земљиште не може представљати предмет отуђења у поступку приватизације.

Стечај и извршење као правни основ претварања друштвене у приватну својину

Поред случајева прописаних Законом о приватизацији, промена друштвене својине у приватну својину се врши и кроз уновчења стечајне и ликвидационе масе. Уновчење стечајне, као и ликвидационе масе врши се под условима и на начин прописан одредбом члана 109-115 Закона о стечајном поступку.[39] Сам поступак уновчења може се спровести путем појединачне продаје покретне и непокретне имовине, односно продајом стечајног дужника као правног лица или његових делова који представљају функционалну целину.[40] И у тим случајевима може се извршити отуђење некретнина из друштвене својине у приватно власништво. Међутим, предмет такве продаје могу бити само непокретности на којима се сходно одредби члана 9. Закона о основама својинско-правних односа може стећи право својине. У том случају купац стиче приватно власништво над свим некретнинама које су у јавним књигама уписане као друштвена својина са правом коришћења стечајног дужника. Продаја се реализује закључењем уговора о купопродаји који потписују купац и стечајни управник. У њему се непосредно, или посредно (путем одговарајућих прилога) таксативно наводе све некретнине које чине предмет продаје, као и изјава стечајног управника да се купац тих некретнина може у јавним књигама уписати као њихов власник. Сагласно том уговору врши се и упис права својине на свим некретнинама у друштвеној својини са правом коришћења стечајног дужника који је у поступку стечаја продат као правно лица. Разлика је само што се у том случају као титулар права својине продатих непокрет-

[38] Одредбом члана 8. став 1. Закона о шумама ("Службени гласник РС" бр. 46/91, 83/92, 53/93, 54/93, 60/93, 67/93, 48/94, 54/96, 101/2005) забрањено је отуђење шума и шумског земљишта у државној својини, осим у случају арондације и комасације.

[39] Одредбе члана 109-115 Закона о стечајном поступку се сагласно члану 143. став 2. Закона о стечајном поступку сходно примењују и у поступку ликвидације предузећа – привредног друштва.

[40] Члан 110. став 1. и члан 112. став 1. Закона о стечајном поступку.

ности у катастру непокретности уписује новоорганизовано друштво капитала. Зато се оваква промена својинског облика може реализовати тек по извршеном упису у регистар привредних субјеката промене облика организовања стечајног дужника у друштво капитала.

Продаја непокретне имовине у друштвеној својини може се извршити и под условима и на начин прописан одредбама Закона о извршном поступку. И у том случају допуштено је отуђење некретнина из друштвене својине у приватно власништво. Међутим, и тада предмет продаје и приватизације могу бити само непокретности са правом коришћења извршног дужника на којима се сходно одредби члана 9. Закона о својинскоправним односима може стећи право својине. Оваква промена својинског облика има правно утемељење у одредби члана 86. став 2. важећег Устава Републике Србије. Стога се промена својинског облика може извршити и по одредбама Закона о извршном поступку. Она се сходно одредби члана 129. ЗИП-а реализује доношењем решења о продаји продате непокретности купцу. У том случају овим решењем се одређује да се по његовој правноснажности у катастру непокретности врши упис стеченог права својине, на продатим некретнинама у корист купца. Зато се сходно одредби члана 58-в) став 1. тачка 1. Закона о државном премеру и катастру и уписима права на непокретностима и тим поводом упис стеченог права врши по самом закону. Међутим, и тада, као и у случају промене својинског облика у поступку стечаја, примењују се и сва изнета ограничења у погледу правне допуштености својинске трансформације на одређеним некретнинама у поступку приватизације.

З а к љ у ч а к

Сагласно одредби члана 86. став 2. Устава Републике Србије конституисана је уставна обавеза претварања друштвене у приватну својину. То се чини у законом уређеним поступцима приватизације. Претварањем друштвене у приватну својину се реализује на основу Закона о приватизацији. Осим тога, приватизација се може спровести и у случајевима прописаним одредбама Закона о стечајном поступку и Закона о извршном поступку. Предмет приватизације могу бити само непокретне ствари на којима сходно одредби члана 9. Закона о основама својинско правних односа физичка и правна лица могу имати право својине. То су стамбене згра-

де, станови, пословне просторије и пољопривредно земљиште. Приватизовати се не могу природна богатства, као ни градско грађевинско земљиште, односно јавно и остало грађевинско земљиште, као и шуме и шумско земљиште у државној својини. Извршена приватизација некретнина на којима се може стећи приватна својина спроводи се у катастру непокретности уписом по сили закона. Упис се врши у корист новооснованог друштва капитала, односно купца приватизованих непокретности под условом да су исте уписане у катастру непокретности као друштвена својина са правом коришћења у корист субјекта приватизације, односно стечајног или извршног дужника.

Следом реченог, наведени случајеви приватизације и услови за упис по том основу стеченог права на купљеним некретнинама сажето се исказује кроз следеће закључке:

I

Исплатом купопродајне цене, односно 45% од уговорене цене која се плаћа на рате по уговору о продаји друштвеног, односно државног капитала и уписом субјекта приватизације у регистар привредних субјеката као друштва капитала, стичу се услови да се на темељу одредбе члана 400-б) Закона о предузећима у вези одредбе члана 1. Закона о приватизацији у катастру непокретности упише промена друштвене, односно државне својине у приватну својину у корист новоорганизованог друштва капитала по спроведеном поступку приватизације.

Оваква промена својинског облика може се извршити и спровести у катастру непокретности само на некретнинама које сходно одредби члана 9. Закона о основама својинско-правних односа могу представљати предмет приватне својине, под условом да су те некретнине у приватизационој документацији таксативно одређене као предмет приватизације и у катастру непокретности уписане као друштвена својина са правом коришћења субјекта приватизације.

II

Промена друштвене својине у приватно власништво у корист новоорганизованог друштва капитала врши се и на основу закљученог уговора о продаји стечајног дужника као правног лица у поступку стечаја.

Таква промена власништва може се извршити и спровести у катастру непокретности само на некретнинама које сагласно одредби члана 9. Закона о основама својинско-правних односа могу представљати предмет приватне својине, под условом да су те некретнине и у катастру непокретности биле уписане као друштвена својина са правом коришћења стечајног дужника.

III

Претварање друштвене у приватну својину може се спровести у катастру непокретности и по основу уговора о купопродаји непокретне имовине стечајног дужника, као и по основу решења извршног суда о предаји непокретности у поступку намирења дуга извршног дужника.

Извршена промена друштвене у приватну својину по том основу може се спровести у катастру непокретности само на некретнинама на којима се у складу са одредбом члана 9. Закона о основама својинско-правних односа може стећи приватна својина, под условом да је и у катастру непокретности на тим некретнинама било уписано право коришћења у корист стечајног, односно извршног дужника.

Снежана Марић,
судија Вишег трговинског суда

ДЕЛИМИЧНА ДЕОБА
према одредбама Закона о стечајном поступку Републике Србије

Увод

Закон о стечајном поступку, усвојен током 2004. године, а чија је примена започела 02.02.2005. године, донео је низ промена у постојеће стечајно законодавство и означио почетак измене филозофске основе на којој је, до тада и уопште у послератном периоду, била заснована легислатива из ове области.

Својим одредбама овај закон промовише начела либералне економије, уноси не дах, него оркан тржишне економије у поимање статуса и улоге привредног субјекта - привредног друштва и предузетника и афирмише у, до сада непознатом, обиму предузетнички дух у поступању са имовином привредног субјекта и самим привредним субјектом, а све у циљу успостављања здравог привредног амбијента у коме ће успешним субјектима бити омогућено пословање неометено од стране неуспешних. Овај закон, на потпунији и ефикаснији начин од прописа који су до тада регулисали ову област, циљно се устремљује на брзо и ефикасно одстрањивање са тржишта субјеката који нису више у стању да прате тржишну утакмицу, било да то чини путем њихове елиминације било путем мера које доводе до оздрављења односно опоравка и успостављања развојног пута субјекта који је био запао у тешкоће.

С друге стране, успостављањем низа нових института, Закон о стечајном поступку пружа судовима и стечајним органима низ инструмената којима се такви циљеви могу постићи.

Један од тих нових института, а које није познавало претходно стечајно законодавство, је и делимична деоба коју Закон о стечајном поступку уводи као посебну врсту деобе.

Пошто је у питању сасвим нови институт који је био потпуно непознат дотадашњој легислативи и, самим тим, постојећој судској пракси, а може се рећи и правној теорији у делу анализе домаћег законодавства, потпуно је разумљиво да се врло брзо по почетку примене Закона о стечајном поступку поставило питање садржине истог института, карактеристика које га одвајају од осталих врста деоба које су углавном постојале и у претходном закону и односа између њих, услова које треба задовољити да би се приступило делимичној деоби, а посебно процедуре потребне да би се овај институт применио на правилан и законит начин.

Ово питање је поготово добило у значају услед чињенице да је Закон само једном одредбом установио овај институт не разрађујући посебно ниједно друго питање везано за његову примену.

Одговори на ова питања давани су парцијално и то, прво, путем коментара Закона о стечајном поступку, а потом кроз судску праксу и кроз одговоре на питања која су првостепени трговински судови постављали судовима више инстанце, а првенствено Вишем трговинском суду на неколиким саветовањима.

Овај рад има за циљ да на одређени начин, у оквирима досадашње праксе и сходно поимању и знању овог аутора, покуша да изнете ставове обједини у целовити текст са циљем да се првостепеним судовима у могућој мери укаже на суштину овог института и основна правила поступања приликом његове примене.

Појам и врсте деобе
(према Закону о стечајном поступку)

Правна теорија познаје деобу у материјалноправном и процесноправном смислу.

У материјалноправном смислу правна теорија дефинише деобу као престанак имовинске или сувласничке заједнице.

У процесноправном смислу правна теорија дефинише деобу као скуп правних радњи и правних аката усмерених на провођење престанка горенаведене заједнице.

У стечајном поступку, под деобом у материјалноправном смислу стога подразумевамо поделу деобне масе настале у току стечајног поступка стечајним повериоцима којима је потраживање утврђено у току стечаја и који, по природи ствари, с обзиром на карактер стечајног поступка, чине одређену невољну заједницу у сврху остварења својих имовинских интереса, а што има за крајњи циљ престанак привредног субјекта.

У процесноправном смислу, деоба у стечајном поступку је скуп радњи предузетих од овлашћених лица и аката које доносе органи стечајног поступка у сврху остваривања поделе деобне масе стечајним повериоцима, који, сагласно своји утврђеним правима, чине одговарајућу имовинску односно сувласничку заједницу над имовином стечајног дужника од које је формирана деобна маса.

Овакво одређивање деобе прихвата и Закон о стечајном поступку Републике Србије у својим одредбама садржаним у чл. 115 до 126 којима регулише деобу као посебну фазу стечајног поступка у оквиру које се остварује и основни циљ стечаја, прописан у чл. 1 Закона о стечајном поступку.

Овде одмах треба указати на постојање разлике између деобе и намирења поверилаца.

За разлику од деобе која је горе дефинисана, под намирењем поверилаца подразумевамо исплату која се врши сагласно донетој одлуци о деоби, а што има за последицу престанак потраживања у делу који се намирује.

Ово јасно произлази из одредбе чл. 115 ст. 2 ЗСП која говори о деоби ради намирења што значи да закон прави јасну разлику између та два појма.

У овом делу реферата било је неопходно указати на ову разлику, а имајући у виду неке ставове о делимичној деоби који су изнети у стручној јавности, а о којим ће бити речи касније.

Дакле, краће речено, под деобом у стечајном поступку подразумевамо скуп радњи и аката које предузимају и доносе органи стечајног поступка у сврху расподеле деобне масе повериоцима ради намирења потраживања утврђених током стечајног поступка и који, на основу својих пра-

ва, чине посебну имовинску и сувласничку заједницу над имовином стечајног дужника-стечајном масом.

Закон о стечајном поступку познаје и установљава више врста деоба: главну, делимичну, накнадну, завршну и деобу после закључења стечајног поступка.

Сваку од поменутих врста деоба закон установљава посебном законском одредбом с тим што највише места посвећује главној деоби као основном и обавезном начину деобе у стечајном поступку, те су тој врсти деобе и процедури која се том приликом спроводи посвећене неколике одредбе Закона (чл. 116-120 ЗСП).

За остале врсте деобе закон резервише једну или највише две одредбе.

На тај начин остале врсте деобе нису у потпуности дефинисане у свим својим карактеристикама и потребној процедури, па је стога неопходно да постојеће празнине допуни пракса и стручна јавност својим тумачењима.

Међутим, одмах се поставља питање који критеријум користи Закон о стечајном поступку приликом одређивања појединих врста деоба.

Упоређујући одредбе Закона о стечајном поступку којима регулише поједине врсте деоба, може се закључити првенствено да Закон о стечајном поступку деобе разврстава према критеријуму степена уновчења стечајне масе.

Из одредбе чл. 116-120 ЗСП, а у вези осталих законских одредби, јасно произлази да се главној деоби приступа када је извршено уновчење претежног дела стечајне масе. Ова деоба заузима централно место одељка о деоби као фази стечајног поступка и најдетаљније је уређена од свих врста деоба које познаје стечајни закон. Закључак да се главној деоби приступа после уновчења комплетне стечајне масе односно бар претежног њеног дела произлази из одредбе чл. 120 ст. 1 ЗСП која прописује да се завршној деоби приступа у ситуацији потпуног или претежног уновчења стечајне масе, ако главном деобом није обухваћена целокупна деобна маса.

Накнадна деоба је одређена као деоба која се предузима сагласно приливу новчаних средстава, али свакако после главне деобе што јасно произлази из одредбе чл. 120 ст. 2 ЗСП.

О завршној деоби већ је напред било речи, али је свакако јасно да се ради о деоби која се спроводи при завршетку уновчења стечајне масе.

Деоба после закључења стечајног поступка прописана је чл. 126 ЗСП и спроводи се у посебним ситуацијама после закључења стечајног поступка.

Из законских одредби које су напред поменуте јасно је да једино делимична деоба није посебно везана за степен уновчења стечајне масе односно да се не врши после главне деобе.

Ово произлази и из одредбе чл. 115 ст. 3 ЗСП који прописује да ће се делимична деоба одредити у зависности од прилива готовинских средстава.

Ова одредба указује да Закон о стечајном поступку прописује могућност делимичне деобе у случају прилива готовинских средстава који може настати пре главне деобе.

У том смислу јасно је да је делимична деоба једина врста деобе која се може одредити и спровести пре одлуке о главној деоби у ситуацији када дође до прилива средстава који оправдавају спровођење деобе, а пре претежног или целокупног уновчења стечајне масе.

Делимична деоба и Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији

Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији који је, поред Закона о санацији, стечају и ликвидацији банака, био основни и једини законски акт пре доношења Закона о стечајном поступку, заменио је 1998. године до тада важећи Закон о санацији и престанку организација удруженог рада, а који је заменио Закон о принудном поравнању и стечају. Иако је у односу на наведени пропис, који је у потпуности био саображен Уставу из 1974. године и сасвим идеолошки обојен, Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији покушао да унесе елементе тржишне привреде у стечајно законодавство и ослободи се идеолошких премиса, те да прати привредно законодавство, а поготово нови Закон о предузећима, то се није успело у довољној мери. Примену овог закона пратила је и даље идеолошки обојена пракса која је у великој мери задржала склоност тумачења одредби овог закона у складу са начелима социјалистичког друштва комунистичке прове-

нијенције. Промене учињене 1993. године биле су козметичке природе и нису донеле жељену промену. У том смислу Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији, иако је донео знатне промене у односу на ранији пропис којим се регулисао престанак привредних субјеката и покушао да постави ову област сагласно начелима тржишне економије, ипак није успоставио све инструменте и инкорпорирао потребне начине спровођења поступка у вези са престанком привредних субјеката који су компатибилни наведеним начелима, нити је испољио маштовитост у стварању претпоставки за више начина спровођења стечајног поступка.

Како је већ речено, Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији није познавао појам делимичне деобе. Исти закон је садржавао само правила о главној деоби и накнадној деоби, а судска пракса је изградила и правило о деоби накнадно пронађене имовине после закључења стечаја тиме што је нашла да у таквој ситуацији се може применити одредба чл. 150 ст. 3 ЗППСЛ о преносу појединих ствари из деобне масе или појединих потраживања на поједине повериоце, при чему се морало водити рачуна о висини њихових утврђених потраживања, а све до брисања стечајног дужника из судског регистра.

Међутим, када се детаљније анализирају одредбе овог закона и пракса која је из истог произашла, следи закључак да делимична деоба није била непозната у погледу неких својих карактеристика ни том закону, а ни судској пракси.

Наиме, одредбом чл. 140 ст. 1 ЗППСЛ било је прописано да се лични дохотци (зараде) радника стечајног дужника у висини зајемчених личних доходака (минималних зарада) до дана отварања стечајног поступка и накнаде штете за повреду на раду коју је радник претрпео код дужника пре отварања тог поступка намирују као трошкови стечајног поступка.

Ова одредба је од стране највиших судских инстанци протумачена тако да потраживања по основу зајемчених личних доходака – минималних зарада и накнада по основу повреде на раду имају карактер трошкова стечајног поступка.

Према чл. 138 ЗППСЛ из деобне масе, а пре намирења поверилаца, издвајао се износ потребан за исплату трошкова стечајног поступка и намирење поверилаца стечајне масе.

Сагласно чл. 55 ЗППСЛ исплату ових износа могло је одобрити стечајно веће и у току стечајног поступка, а пре главне деобе.

Наведене одредбе омогућавале су стечајним већима да у сарадњи са стечајним судијом, у ситуацији постојања довољно средстава на рачуну стечајног дужника, а пре уновчења претежног дела имовине стечајног дужника у целости, изврше намирење потраживања радника по основу законом прописаних минималних зарада и накнада и основу повреда на раду, било у целости било у неком делу. Овде треба напоменути да се у тим ситуацијама радило о бруто зарадама тако да се вршило првенствено намирење неизмирених социјалних давања (доприноса), а мимо главне деобе. Такве исплате стечајно веће је одобравало, по правилу, на предлог стечајног управника и уз сагласност стечајног судије, те уз обавештење одбора поверилаца уколико је исти био формиран.

Разлог таквог поступања суда првенствено је био у чињеници да су средства неискоришћена лежала на рачуну стечајног дужника, а било их је довољно да се изврши намирење напред наведених ургентних потраживања. Таквим исплатама заустављао се даљи ток камате и тиме раст потраживања (ЗППСЛ није правио разлику између главног дуга и камате у погледу обавезе исплате), решавала питања социјалне природе везане за статус бивших запослених и такво поступање је било апсолутно рационално са становишта разумног поступања са стечајном масом.

Овакво поступање било је у складу са тада важећим стечајним законом.

Наравно, треба указати да су наведене одредбе омогућавале и намирење поверилаца стечајне масе као и трошкова стечајног поступка.

Јасно је да се на овакав начин вршила нека врста делимичне деобе у ситуацији када је на рачуну стечајног дужника било довољно средстава да се ове исплате изврше, а пре спровођења поступка у вези главне деобе.

Међутим, остаје констатација да сам појам делимичне деобе није постојао у одредбама Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији и да је напред описано поступање производ судске праксе у ситуацији која је то захтевала.

Појам и карактеристике делимичне деобе

Делимична деоба спада у оне врсте деобе које је Закон о стечајном поступку поменуо, наизглед, узгред у чл. 115 у оквиру општих правила о деоби.

У одредби ст. 3 истог члана прописано је да на основу предлога стечајног управника, а и зависности од притицања готовинских средстава стечајног дужника, стечајно веће одлучује да ли ће одобрити одржавање делимичне деобе.

Ово је једина одредба Закона о стечајном поступку у којој се помиње делимична деоба.

Јасно је да се у таквој ситуацији поводом делимичне деобе отворио читав низ спорних питања, али пре свега питања да ли се ради уопште о деоби и, ако је одговор позитиван, које су њене карактеристике којима се иста издваја од осталих врста деобе које познаје Закон о стечајном поступку, односно питања дефинисања ове врсте деобе у материјалноправном смислу.

У случају позитивног одговора на ова питања, јављају се и питања везана за значење појма делимичне деобе у процесноправном смислу односно које радње треба предузети и које акте треба донети у ситуацији спровођења ове врсте деобе.

Делимична деоба је свакако деоба и овај аутор у погледу тога нема дилема.

Наведеном одредбом законодавац је јасно означио постојање делимичне деобе називајући је тим именом и тиме јој дајући све атрибуте које деоба мора да поседује.

Законодавац ниједном одредбом није ову врсту деобе издвојио на посебан начин указујући да се не ради о деоби већ неком другом институту.

Дакле, називајући делимичну деобу деобом, законодавац је јасно ставио до знања да се ради о престанку одређене имовинске односно у неку руку сувласничке заједнице оличене у деобној маси стечајним повериоцима, а ради њиховог намирења, како указује чл. 115 ст. 2 ЗСП.

На први поглед чини се сувишним указивати да је и делимична деоба једна врста деобе односно да је и делимична деоба по својој суштини деоба. Међутим, исто није сувишно када се има у виду да је у стручној јавности присутан став да се делимичној деоби може приступити само после спрове-

деног поступка по главној деоби у зависности од прилива средстава. Такав став, у ствари, негира суштину делимичне деобе као посебне врсте деобе и сматра да је другим називом за делимичну исплату тј. намирење у складу са нацртом о главној деоби, али у само једном делу у зависности од прилива средстава. Овај став не признаје могућност посебне процедуре у погледу делимичне деобе, већ полази од тога да на основу нацрта за главну деобу стечајно веће одлучује, у зависности од прилива средстава у масу за поделу, да ли ће се провести главна или делимична деоба.

Овај став није прихватљив са становишта одредби Закона о стечајном поступку.

Прво, а како је већ горе наведено, постоји суштинска појмовна разлика између појма деобе и појма исплате тј. намирења сходно донетој одлуци о деоби.

Деоба у процесном смислу је скуп радњи који има за циљ престанак одређене имовинске односно сувласничке заједнице. Измирење односно исплата сходно тој одлуци о деоби је једна од радњи којима се деоба спроводи.

Горе је већ указано да ову разлику познаје и Закон о стечајном поступку.

С друге стране, одредбе које регулишу поступак у вези главне деобе, сасвим су јасне и прецизне и посебно указују да се у нацрту за главну деобу мора навести коначна листа свих потраживања са износом сваког и исплатним редом и износ стечајне масе која ће се расподелити са предложеним процентом намирења. Из овог следи да се нацрт за главну деобу сачињава и подноси већу када је стечајна маса у целости или у претежном делу уновчена, те се са великим степеном извесности може предложити проценат намирења и то поверилаца свих исплатних редова уколико у маси постоји довољна количина средстава. Према томе, постоји извесност у погледу прилива средстава и са њима се може располагати чак и у ситуацији када исплата није могућа одмах по правноснажности решења о главној деоби, али се прилив средстава очекује сасвим извесно, те стога постоји могућност предлагања процента намирења.

У таквој ситуацији може се предложити вршење исплате тј. намирења у одређеном проценту сагласно приливу средстава, али је главна де-

оба могућа и то је онда главна деоба без обзира што се исплата не врши одмах већ сагласно приливу средстава у одређеним временским размацима.. Међутим, такав начин исплате није делимична деоба или бар тако законодавац не описује ситуацију у којој помиње могућност делимичне деобе. Да је имао намеру да овај начин намирења означи као делимичну деобу, законодавац свакако исто не би регулисао путем посебне норме, већ би исто учинио у одељку о главној деоби указујући да се поводом нацрта о главној деоби може донети и одлука о делимичној деоби.

Дакле, решење којим се одобрава нацрт за главну деобу у коме је предложено сукцесивно намирење поверилаца сагласно извесном очекиваном приливу средстава није делимична деоба већ само посебан начин намирења поверилаца сагласно донетој одлуци о главној деоби. Таква деоба није делимична деоба већ начин спровођења главне деобе.

Овде треба указати да и описаном начину намирења кроз главну деобу везано за сукцесивну исплату се може приступити само у ситуацији врло извесног и брзог прилива средстава.

У супротном, већ можемо говорити о накнадној деоби, односно поставља се питање односа главне деобе и накнадне деобе и то пре него питање односа главне и делимичне деобе.

Штавише, законодавац је у чл. 115 ст. 3 посебно издвојио делимичну деобу и при томе указао да се поступак исте води на предлог стечајног управника, чиме је додатно указао да се ради о посебној врсти деобе.

Према томе, делимична деоба није посебан начин исплате у оквиру спровођења одлуке о главној деоби, већ посебна врста деобе као начина расподеле деобне масе у сврху намирења стечајних поверилаца.

Даљом анализом одредби чл. 115 ЗСП као и осталих одредби Закона о стечајном поступку које регулишу деобу уопште, као и посебне врсте деоба, могу се утврдити карактеристике ове врсте деобе које је одвајају од осталих врста и чине је посебном.

Најпре, законодавац је јасно назначио да се делимична деоба може одобрити у зависности од притицања готовинских средстава стечајног дужника.

Наизглед штуро, али овај део норме указује на то да се делимична деоба може одредити и спровести само уколико дође до прилива готовинских средстава.

Такав прилив се може догодити пре уновчења реалног дела стечајне масе.

О томе је већ напред било речи у одељку о врстама деоба у стечајном поступку.

У таквој ситуацији постоји могућност одређивања и спровођења делимичне деобе.

Према томе, прва карактеристика делимичне деобе је да се иста одређује и спроводи само пре главне деобе односно пре претежног уновчења стечајне масе, у ситуацији када дође до притицања готовинских средстава у обиму који оправдава провођење исте деобе.

Свакако је јасно да се ниједна деоба, па ни делимична, не може спровести уколико нису утврђена потраживања поверилаца која ће се путем исте деобе намиривати. Ово значи да се ни делимичној деоби не може приступити уколико нису испитана потраживања бар једног исплатног реда, осим када се кроз делимичну деобу не предлаже само намирење поверилаца првог исплатног реда.

Ово истовремено значи да је делимичну деобу могуће одредити и када није у целости завршен поступак испитивања свих пријављених потраживања. Ова деоба се може одредити у сврху измирења поверилаца првог исплатног реда, али и потраживања другог реда или чак и трећег, а ако су испитана сва потраживања која су сврстана у ове исплатне редове, иако нису испитана потраживања нижих исплатних редова.

Даље, следећа карактеристика делимичне деобе произлази из самог њеног имена.

Овом деобом врши се делимично намирење поверилаца у степену који је могућ с обзиром на расположивост средстава.

Полазећи од одредбе чл. 35 ЗСП, која прописује редослед намирења поверилаца, делимична деоба не подразумева нити је њен смисао намирење поверилаца у претежном делу.

У том случају, уколико има довољно средстава за намирење поверилаца већег броја исплатних редова, неће се приступити делимичној деоби већ главној деоби.

Делимична деоба подразумева намирење, у целости или делимично, поверилаца виших исплатних редова у ситуацији када се даљим уновчењем имовине очекује намирење и поверилаца нижих исплатних редова. Она се спроводи интервентно, када дође до изненадног прилива готовинских средстава, и има своје оправдање у томе да је путем расподеле тих средстава могуће намирити део потраживања поверилаца виших исплатних редова.

Према томе, делимична деоба ваља по својој природи да заиста буде делимична односно да пружи делимично намирење. Најзад, делимична деоба има посебну процедуру којом је издвојена од осталих врста деоба, покреће се посебним иницијалним актом и спроводи под другачијим правилима него остале врсте деобе, а што произлази из саме одредбе чл. 115 ЗСП, као и одредби које регулишу поступање у другим врстама деоба, а чиме је такође издвојена као посебна врста.

На основу свега изнетог, можемо рећи да је делимична деоба посебна врста деобе у стечајном поступку која се може одредити и спровести по посебној процедури пре главне деобе у сврху делимичног или потпуног намирења поверилаца виших исплатних редова у ситуацији прилива готовинских средстава која по свом обиму оправдавају одређивање и спровођење ове врсте деобе.

Поступак одређивања и спровођења делимичне деобе и намирење поверилаца

Према чл. 115 ЗСП делимичну деобу одобрава стечајно веће на предлог стечајног управника.

Имајући у виду одредбе Закона о стечајном поступку које прописују услове за спровођење осталих врста деоба, одмах је уочљиво да се, у случају делимичне деобе, иста иницира предлогом стечајног управника. Ово значи да ће стечајни управник предложити одређивање делимичне деобе уколико процени да за исто има разлога и оправдања. За разлику од осталих врста деоба, овде није прописано сачињавање нацрта за деобу.

Одмах се поставља питање шта у таквој ситуацији исти предлог мора да садржи с обзиром на то да законодавац није пружио прецизне одредбе којима би исто прописао.

Полазећи од одредби које регулишу садржину нацрта за главну деобу, а имајући у виду и фазу поступка у којој се главна деоба одређује и врши, те намеру и циљ исте, јасно је да предлог стечајног управника за одређивање делимичне деобе мора да садржи количину расположивих средстава која чине деобну масу, списак поверилаца чије се намирење предлаже са ознаком исплатног реда и висином утврђеног потраживања, те проценат намирења који се предлаже.

Предлог, с обзиром да се ради о делимичној деоби, не садржи коначну листу потраживања свих поверилаца већ само поверилаца исплатних редова чије се намирење предлаже. Претпоставка је да се ради о повериоцима виших исплатних редова јер се, сагласно чл. 35 ЗСП, ови повериоци намирују пре поверилаца нижих исплатних редова.

Предлог за делимичну деобу свакако мора да садржи и разлоге због којих стечајни управник предлаже одређивање делимичне деобе, а исти разлози морају да буду такве снаге и убедљивости да оправдавају примену овог института.

Предлог за делимичну деобу стечајни управник ће сачинити уз консултацију са стечајним судијом, а може се консултовати и са одбором поверилаца у смислу чл. 18 ст. 6 ЗСП.

Предлог се подноси стечајном већу, а стечајни управник ће га доставити и стечајном судији и одбору поверилаца као органу који има право приговора на радњу стечајног управника у смислу чл. 27 ЗСП.

Предлог за делимичну деобу истиче се на огласну таблу ради упознавања свих заинтересованих лица и омогућавања улагања приговора.

По протеку рока за приговор (примењују се општа правила о приговарању, па стога и рок од 5 дана) стечајно веће ће о поднетим приговорима одлучити у даљем року од 5 дана (чл. 31 ст. 3 ЗСП), те ће одлучити о поднетом предлогу.

Одлука се доноси у облику решења и решење о делимичној деоби се истиче на огласну таблу суда.

Против донете одлуке стечајног већа је дозвољена жалба сходно чл. 32 ЗСП другостепеном суду.

Жалба којом се одређује делимична деоба има суспензивно дејство аналогно чл. 120 ст. 1 ЗСП.

Аналогија у овом случају има своју сврху с обзиром на то да се ради о значајном располагању са стечајном масом, те да последице таквог располагања могу бити тешке и да се можда не би могле ни исправити.

По правноснажности решења о делимичној деоби, исплату поверилаца обухваћених делимичном деобом врши стечајни управник сагласно чл. 17 ст. 1 тач. 13 и тач. 19 ЗСП.

Нема сметњи да се у оквиру истог стечајног поступка одреди и спроведе више делимичних деоба при чему треба водити рачуна о економској оправданости таквог поступања и чињеници да се кроз делимичне деобе не може извршити расподела деобне масе настале претежним или целокупним уновчењем имовине стечајног дужника. Овим се указује на то да се делимична деоба врши интервентно у случају "изненадног" или, боље речено, прилива новчаних средстава до којих се дошло на релативно брз начин, било уплатом дугованих средстава било брзом продајом дела имовине где није уложен посебан напор у поступку уновчења, а даље уновчење имовине би захтевало дуже време и повећан труд. Поред тога, остварена средства морају да буду у том обиму да обухвате процентуално намирење свих поверилаца једног исплатног реда. Овде се посебно указује да се приликом делимичне деобе не може вршити одабир неких поверилаца једног исплатног реда у сврху намирења, већ делимичном деобом морају да буду обухваћени сви повериоци исплатног реда који се кроз ту деобу намирује. Ово произлази из чл. 35 ЗСП и опште је правило намирења. У противном, поступа се супротно наведеној одредби и привилегују повериоци који су намирени на тај начин.

Из напред наведеног, јасно је да се кроз делимичну деобу најпре врши комплетно намирење поверилаца првог исплатног реда у целости, а потом и другог, те надаље уколико расположива средства то дозвољавају.

Овде се одмах поставља питање која се потраживања првог исплатног реда намирују у делимичној деоби, а с обзиром да се иста врши у ранијој фази поступка када нека, па чак и већина потраживања овог реда

нису ни настала или бар нису доспела. Такође се поставља питање да ли се путем делимичне деобе врши и намирење награде стечајном управнику сразмерно висини масе расположиве за намирење поверилаца, а с обзиром на то да је стечајни управник поверилац првог исплатног реда и да се његово потраживање у одређеној висини и приликом делимичне деобе може определити. И најзад, поставља се питање потраживања поверилаца који претендују на положај поверилаца оног исплатног реда који се намирује кроз делимичну деобу, а који су своја потраживања у моменту делимичне деобе пријавили, али иста нису испитана, те се поставља и питање намирења поверилаца тог исплатног реда који ће своја потраживања пријавити до нацрта за главну деобу и која ће потраживања бити утврђена као потраживања тог исплатног реда.

Одговоре на ова питања ваља тражити у одговарајућим одредбама ЗСП, те оквирима духа истог закона.

Прво, делимичном деобом кроз први исплатни ред намирују се само они трошкови стечајног поступка из чл. 83 ЗСП који су настали до доношења решења о делимичној деоби, али се при томе морају намирити сви ти трошкови у целости.

Нема резона да се кроз делимичну деобу врши резервација средстава за трошкове који нису настали без обзира што се може претпоставити да ће исти настати и који су, са тог становишта, још увек неизвесна потраживања. Повериоци првог исплатног реда, чија потраживања буду настала после одређивања делимичне деобе, намириће своја потраживања по правилима истог исплатног реда кроз, евентуално другу делимичну деобу, али свакако кроз главну деобу или деобе које ће уследити после главне деобе у свему према правилима из чл. 35 ЗСП.

Потраживање мора постојати као подобно за намирење да би се намирило кроз деобу. Ако га нема као стварно постојећег, нису се стекли услови за обезбеђивање наплате истог. У том смислу нема ни услова да се такво потраживање уврсти у поступак намирења.

Наравно, овде треба имати у виду и овлашћења стечајног управника да врши плаћања рачуна проистеклих из потраживања према стечајној маси која су настала после покретања стечаја, а која произлазе из одредбе чл. 16 ЗСП, те могућност да стечајни судија одреди накнаду трошкова

стечајном управнику сагласно чл. 21 ЗСП. Ове одредбе омогућавају плаћање насталих трошкова у току поступка без спровођења поступка делимичне деобе у ком смислу постоји велика вероватноћа да ће трошкови поступка у великој мери бити намирени на тај начин без потребе да те ставке учествују у делимичној деоби ради намирења.

Што се тиче питања награде стечајном управнику везане за поступак спровођења делимичне деобе, несумњиво је да је стечајни управник поверилац првог исплатног реда и да се његова награда може обрачунати сагласно висини масе расположиве за намирење поверилаца кроз делимичну деобу.

Међутим, нема места исплати стечајног управника у том смислу кроз делимичну деобу јер је то супротно одредби чл. 21 ЗСП као и одредби чл. 122 ЗСП.

Наведене одредбе прописују да се награда и накнада стечајном управнику одређује у коначном износу од стране стечајног већа приликом закључења стечаја на завршном рочишту. То тог тренутка постоји само могућност исплате дела награде унапред сагласно одлуци стечајног судије у смислу чл. 21 ст. 3 ЗСП.

Према томе, трошкови стечајног поступка тј. исплата овог повериоца првог исплатног реда није могућа приликом делимичне деобе. Нема сметњи да се од расположиве масе изврши обрачун и резервација средстава у ту сврху сагласно одредбама Правилника о основама и мерилима за одређивање коначне награде за рад стечајних управника и накнаде стварних трошкова, али нема ни могућности да се изврши исплата истог износа јер он није коначан.Коначан износ одредиће стечајно веће ценећи све околности из чл. 21 ст. 2 ЗСП.

Најзад, у делимичној деоби не врши се резервација средстава у сврху евентуалног намирења поверилаца који претендују на статус повериоца исплатног реда који се намирује кроз делимичну деобу, а која потраживања су накнадно пријављена и нису испитана до момента делимичне деобе.

Ово из разлога што се тек приликом испитивања потраживања утврђује ком исплатом реду то потраживање припада. Такво потраживање, у случају да у поступку испитивања потраживања, заиста буде признато као потраживање исплатног реда који је у целини или делимично намирен у делимичној деоби, уживаће приликом главне деобе исти статус који су имала и

потраживања намирена у делимичној деоби. Потраживања нижег исплатног реда неће се моћи намирити док се не намири и то потраживање. Исто је и са потраживањима која су пријављена до сачињавања нацрта за главну деобу.

Међутим, мора се истаћи да се кроз одлуку о делимичној деоби мора извршити резервација средстава на име намирења потраживања која припадају истом исплатном реду који се намирује у делимичној деоби, али су у поступку испитивања потраживања оспорена.

Делимична и главна деоба

С обзиром на то да се део масе расположиве за намирење поверилаца дели кроз делимичну деобу и да се на тај начин врши и делимично намирење поверилаца вишег исплатног реда, ваља рећи и неколико речи у погледу даљег поступања у фази главне деобе, а у ситуацији када је у току ранијег поступка спроведена делимична деоба.

Главна деоба се иницира нацртом за главну деобу. Чл. 116 ЗСП прописује шта такав нацрт мора да садржи.

То је свакако коначна листа свих потраживања, износ сваког потраживања, те исплатни ред сваког потраживања. Према томе, нацрт за главну деобу садржи и листу потраживања са напред наведеним осталим елементима која су била у сврху намирења обухваћена делимичном деобом и делимично или у целости намирена у тој деоби. Наравно, ради се о потраживањима вишег исплатног реда.

Међутим, ово не значи да ће та потраживања бити поново намирена. Нацрт за главну деобу мора да код тих потраживања, у таквој ситуацији, наведе да ли су и у ком проценту намирена, те да садржи предлог у ком проценту их ваља још намирити да би се тај исплатни ред у целости намирио и да би се приступило намирењу поверилаца нижег исплатног реда, који нису намирени. Свакако, мора да садржи и проценат намирења поверилаца нижих исплатних редова, уколико има средстава за њихово намирење.

У том смислу и решење о главној деоби мора да садржи напред наведене податке, односно све податке везане за све повериоце и сва потраживања укључујући и потраживања која су намиривана кроз делимичну деобу с обзиром на чињеницу да главна деоба представља преломну фазу у поступку стечаја после које није могуће више вршити измене у ли-

сти потраживања. Стога је решење о главној деоби у неку руку коначан списак поверилаца и њихових потраживања после кога нема више могућности да се било шта мења увођењем нових странака у поступак.

Делимична деоба и реорганизација

Посебно је питање дејства делимичне деобе у ситуацији када је накнадно, по провођењу делимичне деобе, дошло до усвајања плана реорганизације, што је хипотетички могуће, под одређеним условима.

У таквој ситуацији свакако да усвојени план реорганизације не може поништити дејство правноснажне судске одлуке о одређивању делимичне деобе нити спречити њено спровођење. У том случају мора се признати намирење које је на основу такве одлуке извршено, те се планом реорганизације предвидети и намирење поверилаца истог исплатног реда у истом проценту уколико кроз делимичну деобу нису били обухваћени сви повериоци тог исплатног реда.

Међутим, повериоци који су у целости измирени путем делимичне деобе немају више својство повериоца и као такви не могу учествовати у поступку поводом поднетог плана. Измирењем потраживања они престају да буду повериоци и стога нису више у могућности да учествују у стечајном поступку.

Повериоци који су делимично измирени путем делимичне деобе о поднетом плану реорганизације гласају сразмерно висини својих неизмирених потраживања. Ово јасно произлази из одредбе чл. 132 ЗСП која прописује критеријум у вези гласања. Уколико је у току стечајног поступка дошло до смањења потраживања поверилаца једног исплатног реда путем делимичне деобе, и њихова потраживања према стечајном дужнику су мања и стога и утицај на доношење одлуке о поднетом плану реорганизације.

Закључак

Из свега напред наведеног, можемо закључити следеће:

Делимична деоба је посебна врста деобе.

Она се одређује и спроводи пре фазе главне деобе, у ситуацији прилива готовинских средстава у обиму који оправдава њено спровођење.

Поступак се иницира предлогом стечајног управника који мора да садржи висину расположиве деобне масе, списак поверилаца који учествују у делимичној деоби са ознаком исплатног реда, висином утврђеног потраживања и процентом намирења. Поднети предлог се доставља судским органима стечајног поступка и одбору поверилаца и истиче се на огласну таблу суда, а одлуку о истом доноси стечајно веће које одобрава делимичну деобу или поднети предлог одбија. Против ове одлуке је дозвољена жалба.

Имајући у виду начело хитности у стечајном поступку, а што значи да се уновчење имовине стечајног дужника врши на брз, хитан и ефикасан начин, те да сам Закон о стечајном поступку садржи кратке и хитне рокове за поступање, јасно је да ће до делимичне деобе доћи у стечајном поступку заиста у ретким и изузетним ситуацијама када количина притеклих средстава даје оправдање за провођење таквог поступка пре главне деобе. Упоредноправна искуства указују да у земљама које познају сличну врсту стечајног поступка до делимичне деобе долази заиста врло ретко, а с обзиром на то да између прилива средстава која оправдавају делимичну деобу и уновчења претежног дела имовине односно стварања могућности за главну деобу нема довољног протека времена који би оправдавао спровођење делимичне деобе. Краће речено, уновчење имовине се врши толико брзо да нема рационалног оправдања за провођење делимичне деобе у ситуацији када се врло брзо стварају услови за главну деобу.

Стога приликом одлучивања за примену овог института ваља водити рачуна о више фактора који би дали рационално оправдање спровођењу делимичне деобе. Рационалност и ефикасност треба да буду основни путокази како сваком стечајном управнику тако и сваком судском стечајном органу или поверилачком органу приликом оцене има ли економски разумних разлога и околности који би оправдали примену поступка делимичне деобе. Приликом таквог одлучивања није наодмет нити је забрањено затражити и одговарајућа мишљења стручњака економске струке ради правилне процене ситуације.

Ипак, ваља нагласити да је могућност одређивања делимичне деобе предност Закона о стечајном поступку који је на тај начин омогућио да се повериоци и на тај начин брже и ефикасније намире, а што је основни циљ стечајног поступка. У том смислу увођење овог института представља позитивну иновацију на пољу домаћег стечајног законодавства.

АКТУЕЛНА ПИТАЊА СУДСКЕ ПРАКСЕ

Владимир Тамаш,
судија Врховног суда Србије

СУДСКА ПРАКСА: АНАЛИЗА РАЗМАТРАНИХ СПОРНИХ ПРАВНИХ ПИТАЊА

Уводна разматрања

На Саветовању "Судијски дани – 2006" био је презентиран реферат "Поступак за решавање спорног правног питања и усвојени правни ставови Грађанског одељења Врховног суда Србије" у коме је наведено да је уобичајена пракса да се судије упознају са правним схватањима између два годишња саветовања. Ово је потребно без обзира што се усвојена правна схватања објављују у Билтенима Врховног суда Србије, јер се код њихове презентације дају и додатна објашњења, а и због тога што Билтени нису доступни свим судијама, понекад и због неоправданих разлога. Бољем информисању судова, странака и стручне јавности допринеће и објављивање одлука и усвојених правних схватања на сајту Врховног суда Србије.

Приликом припрема за наредно саветовање одлучено је да се осим приказа усвојених правних схватања анализирају и друга разматрана спорна правна питања. Ово из разлога што је оцењено да често изнети аргументи у реферату и дискусијама могу бити од користи првостепеном суду чији је захтев за покретање поступка за решавање спорног правног питања одбијен због оцене да за то нису испуњени услови прописани одредбама Закона о парничном поступку. Из тог разлога прихваћена је пракса да се и у случају одбијања захтева за усвајање правног схватања реферат судије известиоца и извод из записника са седнице одељења доставља првостепеном суду који је поднео захтев. У наведеном смислу прикази разматраних спорних правних питања могу користити и осталим судовима.

У складу са уобичајеном праксом, предмет реферата су спорна правна питања, усвојени правни ставови и закључци само из верификованих записника са седница Грађанског одељења Врховног суда Србије.

Предмети у којима је одбијен захтев да се заузме став о спорном правном питању

Према члану 176. став 1. 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 члану 178. став 2. 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 предмету Врховног суда Србије број Спп. 36/06, разматраног на седници Грађанског одељења Врховног суда Србије од 29. септембра 2006. године, постављена су спорна правна питања о одговорности Републике Србије за накнаду штете због повреде права на суђење у разумном року у радном спору. У реферату судије известиоца је наведено да би у случају да је право тужиоца на суђењу у разумном року предвиђено чланом 6. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, односно на окончање поступка у року од шест месеци од дана покретања истог сходно члану 122, односно 195. став 3. Закона о раду Републике Србије повређено незаконитим или неправилним радом првостепеног суда, тужена Република Србија била дужна да предузме мере да се повреда оконча као и да тужиоцима накнади штету проузроковану овом повредом, а што је све и предвиђено наведеним законским одредбама и у складу са праксом Европског суда за људска права. Такође је изражен став да не постоје услови да Врховни суд Србије заузме став о спорном правном питању, јер се не ради о спорном правном питању које је од прејудицијелног значаја за одлучивање у већем броју предмета, већ се ради о примени материјалног и процесног права.

Иако је захтев за заузимање правног схватања о спорном правном питању одбијен, у расправи је указано на сложеност проблема, на карактер рока прописаног Законом о раду, а посебно на могућност судске заштите пред домаћим судом због повреде права на правично суђење.

У предмету Врховног суда Србије број Спп. 32/06 одбијен је захтев за решавање спорног правног питања јер се радило о једном предмету у вези стварне надлежности.

Овај предмет се анализира само из разлога да се на известан начин упути критика првостепеном суду и још једанпут укаже да је на седници Грађанског одељења Врховног суда Србије од 17. маја 2005. године у расправи о условима за покретање поступка за решавање спорног правног питања изражен 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. Истовремено се указује да је оцена да ли се ради о већем броју предмета у којима постоји потреба да се заузме став о спорном правном питању уско повезана са оценом да ли се ради о спорном правном питању које је од прејудицијелног значаја за одлучивање о предмету поступка пред првостепеним судом.

Из наведених разлога и у предмету број Спп. 34/06 одбијен је захтев за разматрање спорног правног питања да ли стечене акције улазе у заједничку имовину стечену у браку.

У предмету број Спп. 35/06 захтев за решавање спорног правног питања је 29. септембра 2006. године одбијен из разлога што је Врховни суд Србије заузео правно схватање у ревизијским одлукама које су биле предмет разматрања на седници Грађанског одељења од 10. фебруара 2004. године.

Ради се о спорним правним питањима везаним за права и обавезе уговорних страна из Уговора о ненаменском зајму на бази самофинансирања, чија је вредност обезвређена услед дејства инфлације.

У одлукама Врховног суда Србије изражен је став да се висина потраживања обрачунава методом валоризације износа добијеног зајма умањеног за валоризовани износ депозита, осигурања и отплаћених рата и да се валоризација врши применом оба коефицијента за 23 дана јануара ме-

сеца 1994. године, као и методом упоређивања са тржишним курсом стране конвертибилне валуте која је најчешће била у оптицају у време добијања зајма да би се обезбедила еквивалентност узајамних давања.

У расправи о спорном правном питању је изражено и мишљење да је захтев за решавање спорног правног питања о коме се Врховни суд Србије изјаснио кроз своје одлуке поднет ради одлагања доношења одлука у великом броју предмета пред првостепеним судом.

У предмету Врховног суда Србије број Спп. 31/06 на седници Грађанског одељења од 29. септембра 2006. године одбијен је захтев за заузимање правног схватања о спорном правном питању јер је закључено да спорно правно питање није од значаја за одлучивање у већем броју предмета, јер је постављено само у једном предмету трговинског суда. Поред тога, шта се сматра признањем дуга који води прекиду застаревања нарочито је прописано одредбом члана 387. став 2. Закона о облигационим односима, а с тим у вези неподељена су становишта и судске праксе да се признање дуга може учинити сваком конклудентном радњом којом се јасно, одређено и безусловно признаје основ спорног дуговања.

Иако није прихваћен захтев за заузимање става о спорном правном питању, реферат судије известиоца је достављен првостепеном суду који је поднео захтев. Овако је поступљено због оцене да то може бити од користи првостепеном суду у решавању предмета. У тој функцији је и анализа разматраних спорних правних питања без обзира што о њима није заузето правно схватање.

У предмету број Спп. 38/06 општински суд је након извршеног вештачења за одређивање тржишне вредности експроприсаних непокретности и закљученог првостепеног ванпарничног поступка доставио позивом на два предмета захтев Врховном суду Србије ради заузимања јединственог става након проглашења неуставним члана 44. Закона о експропријацији. Овај захтев је одбијен јер се не ради о већем броју предмета и спорном правном питању од прејудицијелног значаја. И ово је пример непознавања или злоупотребе института решавања спорног правног питања.

У предмету број Спп. 44/06 је постављено спорно правно питање да ли радници имају право на накнаду штете у висини минималне зараде када у дужем периоду нису радно ангажовани, а над туженим предузећем није отво-

рен поступак стечаја. Захтев за покретање поступка за решавање спорног правног питања је одбијен, али је одлучено да се реферат са изводом из записника са седнице достави општинском суду због изнетих аргумената о карактеру утужених потраживања и могућности њиховог остварења.

У предмету број Спп. 42/06 општински суд је поднео захтев за покретање поступка за решавање спорних правних питања да ли се на основу спроведеног поступка приватизације може извршити промена својинског облика на некретнинама у друштвеној својини на којима је у јавним књигама уписано право коришћења у корист субјекта приватизације, те исто питање у случају отуђења у поступку стечаја. Осим реферата судије известиоца у овом предмету сачињен је и кореферат. Након садржајне и полемичне расправе закључено је да због сложености спорних правних питања и последица евентуално усвојеног правног схватања треба укључити и судије Управног одељења Врховног суда Србије, надлежан орган управе и професоре правних факултета.

У предмету број Спп. 1/07 одбијен је захтев Четвртог општинског суда у Београду за покретање поступка за решавање спорног правног питања да ли тужиоци као радници туженог имају право на стимулацију сходно потписаном споразуму и одлуци директора туженог предузећа. Овако је одлучено, јер је прихваћен став судије известиоца да за покретање поступка за решавање спорног правног питања није довољно што у два предмета са истим чињеничним и правним основом постоје различита пресуђења од стране Окружног суда у Београду, те да је у таквој ситуацији потребно да окружни суд уједначи судску праксу.

Правна схватања усвојена у поступку решавања спорног правног питања

На седници Грађанског одељења Врховног суда Србије од 7. новембра 2006. године, усвојено је правно схватање да нова одлука Агенције за приватизацију Републике Србије о реструктурирању истог субјекта приватизације – извршног дужника има правна дејства раније донете одлуке о његовом реструктурирању и спречава наставак прекинутог поступка и спровођења новог извршења. У разлозима је наведено да када Агенција за приватизацију има овлашћење да покрене ново реструктурирање

због непредвиђених потешкоћа у том процесу и о томе донесе одлуку, очигледно је да за то постоји оправдани циљ и да је то једна од мера да би се омогућило спровођење реструктурирања, а избегао стечај, који је најнеповољнији по права запослених. Доношење, пак, новог решења о реструктурирању, значи, поштовање рокова за прекид поступка из члана 31. Закона о изменама и допунама Закона о приватизацији.

На седници Грађанског одељења Врховног суда Србије од 22. децембра 2006. године усвојено је правно схватање да се одлуком Агенције за приватизацију о прекиду поступка приватизације донетом у току поступка реструктурирања, прекидају и законом прописани рокови забране одређивања или спровођења принудног извршења и било које мере поступка извршења ради намирења потраживања субјекта приватизације за све време док прекид траје а најдуже до истека рока од 90 дана. У разлозима је наведено да је реструктурирање субјекта приватизације могућа, а не и обавезна фаза у оквиру поступка приватизације која претходи поступку продаје капитала или имовине субјекта приватизације. Ради се о врсти поравнања, коју верификује Агенција за приватизацију прихватањем програма реструктурирања са циљем заштите субјеката приватизације и поверилаца. Реструктурирање омогућава да се избегне стечај, да се субјект приватизације стабилизује и оспособи и да се створе услови за спровођење приватизације. Полазећи од законских услова и разлога доношења одлука о прекиду поступка приватизације и реструктурирању субјекта приватизације, следи да прекид прописаних рокова за време прекида поступка приватизације подразумева и прекид рокова трајања забране одређивања и спровођења извршења и било којих мера поступка извршења ради намирења потраживања према субјекту приватизације у реструктурирању. Обавезе субјекта приватизације из извршних исправа се тиме не гасе, већ се додатним роком стварају повољнији услови да се субјект приватизације консолидује, оконча приватизација и повериоци намире у једнаком третману.

На седници Грађанског одељења Врховног суда Србије од 23. јануара 2007. године усвојено је правно схватање да нема идентитета захтева ради утврђивања потраживања оспореног у поступку ликвидације (стечаја) над туженим са кондемнаторним захтевом о спору за исплату новчаног потраживања о коме међу странкама парница тече пре покретања поступка ликвидације (стечаја).

Остали усвојени правни ставови и закључци

На Општој седници Врховног суда Србије од 17. маја 2006. године усвојен је начелни правни став да о захтевима за рехабилитацију по Закону о рехабилитацији, који се ступио на снагу 25. априла 2006. године, окружни суд одлучује сходно правилима ванпарничног поступка.

Након тога, на седници Грађанског одељења Врховног суда Србије од 13. јуна 2006. године утврђено је правно схватање да је поступак по Закону о рехабилитацији једностраначки и да изузетно првостепени суд може признати својство учесника у поступку физичком и правном лицу који имају правни интерес да учествују у поступку.

Наведеним начелним правним ставом и правним схватањем покушано је отклонити нејасноће и недоречености Закона о рехабилитацији.

На седници Грађанског одељења Врховног суда Србије од 15. марта 2007. године, усвојено је правно схватање о грађанско-правном имунитету судија, а према коме се тужба ради накнаде штете против судије због незаконитог или неправилног рада одбацује као недозвољена. Правно схватање је усвојено након подношења великог броја тужби против судија у споровима мале вредности, а правно схватање са разлозима је објављено у Билтену Врховног суда Србије бр. 1/2007.

На седници Грађанског одељења од 23. јануара 2007. године усвојен је закључак да се рок у коме послодавац може отказати запосленом уговор о раду због фалсификоване дипломе рачуна од дана сазнања за чињенице које су основ за отказ, без обзира када је диплома заиста фалсификована или употребљена. Овим закључком је допуњен закључак Грађанског одељења Врховног суда Србије од 15. новембра 2005. године о отказу уговора о раду због употребе фалсификоване исправе о стручној спреми.

Значај и обавезност усвојених правних схватања

Према члану 178. став 4. Закона о парничном поступку, Врховни суд Србије одлучује о захтеву за решавање спорног правног питања по правилима поступка за усвајање правних ставова, а према члану 179. став 2. и члану 189. истог Закона, правно схватање се доставља суду који је покренуо поступак и објављује у Билтену Врховног суда Србије, а ако је Вр-

ховни 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 члану 28. став 1. и члану 40. став 2. 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 схватања, а посебно какве су последице када првостепени суд не прихвати правно схватање или то правно схватање не прихвати другостепени суд у поступку одлучивања по жалби, а странке немају право на изјављивање ревизије, док су могућности захтева за заштиту законитости ограничене. Правилно је да се усвојена правна схватања прихватају и да делују ауторитетом доносиоца и снагом аргумената, али, изгледа, не постоји процесни механизам да се обезбеди обавезност примене правног схватања усвојеног у поступку решавања спорног правног питања. То се односи и на остала правна схватања усвојена на седницама Грађанског одељења Врховног суда Србије.

Приликом разматрања поступка за решавање спорног правног питања потребно је указати и на Одлуку Уставног суда Републике Србије објављену у "Службеном гласнику РС", бр. 106/2006 од 24. новембра 2006. године којом је одбијен предлог и нису прихваћене иницијативе за утврђивање неуставности одредаба члана 176. до 180. Закона о парничном поступку ("Службени гласник РС", бр. 125/2004).

По оцени Уставног суда, решавајући спорно правно питање Врховни суд Србије не одлучује о предмету спора, већ се одредбама о решавању спорног правног питања даје могућност Врховном суду да заузме правни став по правном питању које се појави као спорно у поступку пред првостепеним судом и то под условом да се одређено правно питање појавило као спорно у већем броју предмета и да је то од прејудицијелног значаја за одлучивање о предмету поступка пред првостепеним судовима. Првостепени суд у захтеву за решавање спорног правног питања може да изнесе и сопствено тумачење спорног правног става, што значи да се не ради о успостављању прецедента. Будући да у правном схватању које зау-

зима, став Врховног суда Србије нема карактер одлуке о конкретној правној ствари на коју се може уложити правни лек, већ се као деперсонализовано правно схватање објављује у Билтену Врховног суда Србије, Уставни суд је оценио да оспорени правни институт представља механизам којим се кроз заузимање правних схватања Врховног суда Србије обезбеђује правна сигурност и једнакост у поступцима пред нижестепеним судовима, као и суђење у разумном року. Имајући у виду да се оспореним институтом решавања спорног правног питања од стране Врховног суда Србије не искључује могућност улагања правних лекова на појединачне одлуке првостепених судова, што значи да се оспореним одредбама не нарушава ни начело независности суда и двостепеног одлучивања, нити се уводи суђење на основу правних схватања Врховног суда Србије.

Јасминка Станојевић,
судија Врховног суда Србије

СПОРОВИ ИЗ УГОВОРА О ИСПОРУЦИ ЕЛЕКТРИЧНЕ ЕНЕРГИЈЕ

Увод

"Упозоравајуће" судске одлуке, њихова бројност и различитост, показују да су спорови настали из уговора о испоруци електричне енергије и даље актуелни, те да и поред постојеће законске регулативе, изграђене судске праксе и појединих правних ставова и мишљења највише судске инстанце, спорна питања из ове области и даље заврађују посебну пажњу.

На то указују и захтеви појединих судова да се у погледу неких од тих питања, заузме правно схватање по процедури за решавање спорног правног питања из члана 176-180. Закона о парничном поступку. Врховни суд Србије, оцењујући да постављена спорна правна питања немају прејудицијелни значај за одлучивање о предмету поступка у већем броју предмета, одбио је такав захтев, али је и закључио да би она могла бити једна од тема овог саветовања, са циљем да се тиме допринесе побољшању рада судова.

Најчешћи спорови из ове области су државински спорови по тужбама физичких лица, као потрошача, против енергетског субјекта који врши дистрибуцију електричне енергије, ради заштите државине од извршеног сметања незаконитим искључењем електричне енергије, са захтевима за одређивање привремене мере поновног прикључења на електричну мрежу туженог, као и спорови по тужбама ради чинидбе, такође са захтевима за поновно прикључење на мрежу електричне енергије. У све већем броју, заштиту права на испоруку електричне енергије, потрошачи захтевају и тужбама за утврђење, различитих "модалитета" са истим циљем да се спречи евентуална обустава испоруке електричне енергије.

У свим овим споровима, без обзира на њихову различиту природу и врсту поступка, тужиоци су потрошачи, а тужени је привредно друштво за дистрибуцију електричне енергије које је користећи се овлашћењима утврђеним Законом о енергетици[1] и Уредбом о условима испоруке електричне енергије[2] из различитих разлога, а најчешће због неплаћеног рачуна, обуставила потрошачима даљу испоруку електричне енергије. Поменутим прописима одређена је садржина материјално-правног односа странака у спору, као и уговором о продаји електричне енергије, који се према одредби члана 56. и члана 57. Закона о енергетици и члана 14. Уредбе, закључује у писменој форми и садржи, поред елемената утврђених законом који уређује облигационе односе и друга права и обавезе утврђена овим Законом и Уредбом, као посебним прописима у овој области.

Услови и начин обуставе испоруке електричне енергије прописани су Уредбом о условима испоруке електричне енергије. Према члану 27. став 2. тачка 10. Уредбе, купцу електричне енергије се може обуставити њена испорука, ако не извршава обавезе за испоручену електричну енергију у прописаном, односно уговореном року. У том случају, испоручилац је дужан да пре обуставе испоруке електричне енергије, купцу достави писмену опомену о недостацима, односно неправилностима због којих му се може обуставити испорука електричне енергије, одређујући му примерен рок за отклањање тих недостатака, односно неправилности, који не може бити краћи од три дана, нити дужи од 30 дана од дана достављања писмене опомене (члан 27. став 5).

Ако купац електричне енергије сматра да му је испоручилац неправилно обуставио испоруку електричне енергије, може уложити приговор испоручиоцу о коме је испоручилац дужан да одлучи у року од три дана. У случају основаности приговора, испоручилац је дужан да обезбеди услове за поновно прикључење објекта купца у најкраћем могућем року, а најкасније 24 часа од момента утврђивања да је испорука електричне енергије неосновано обустављена (члан 29. Уредбе).

[1] "Службени гласник РС", бр. 84/2004
[2] "Службени гласник РС", бр. 107/2005

Надлежност редовног и управног суда

Управо ова одредба Уредбе, као и поједине одредбе Закона о енергетици који се односе на контролу активности енергетских субјеката и инспекцијски надзор над применом одредаба овог Закона, отвориле су ***питање надлежности судова*** за решавање спорова насталих између испоручиоца и потрошача коме је због неплаћеног рачуна обустављена испорука електричне енергије. Наиме, у оквиру овлашћења утврђених овим законом, којима се обезбеђује контрола активности енергетских субјеката на обезбеђивању редовног снабдевања купаца енергијом и услугама, њихову заштиту и равноправни положај, Агенција за енергетику и Министарство за енергетику, преко надлежног инспектора, одлучује о појединачним правима и дужностима физичких и правних лица по правилима управног поступка кад је то овим законом одређено, обезбеђујући и управни надзор над законитошћу тих аката од стране Владе Републике Србије, односно ресорног министра. Међутим, овлашћења ових органа да решавају у управним стварима из области енергетике, не искључују надлежност суда да по правилима парничног поступка одлучује у споровима насталим обуставом испоруке електричне енергије, који су по својој природи грађанско-правни спорови из имовинско-правних односа успостављених уговором о продаји електричне енергије (члан 1. ЗПП). Захтев тужилаца у овим споровима не односи се на оцену законитости појединачних аката енергетских субјеката и органа у вршењу законом утврђених овлашћења, већ на заштиту права утврђених уговором и законом. У том смислу је и правни став седнице Одељења за грађанско-правне спорове Врховног суда Србије од 4.12.1985. године, са којим се сагласило и Одељење за управне спорове, које без обзира на измењену законску регулативу у овој области, али не и суштинску у односима дистрибутера и потрошача, није изгубило на актуелности и значају.

Сметање државине обуставом електричне енергије

Сваки држалац ствари и права има право на заштиту од узнемиравања или одузимања државине (сметање државине)[3]. Закон прописује да

[3] Члан 75. Закона о основама својинско-правних односа ("Службени лист СФРЈ", бр. 6/80 и 36/90 и "Службени лист СРЈ", бр. 29/96)

суд пружа заштиту према последњем стању државине и насталом сметању, при чему није од утицаја право на државину, правни основ државине и савесност држаоца.[4] Слична одредба налази се у члану 448. Закона о парничном поступку које одређује да ће се расправљање о тужби због сметања државине ограничити само на претресање и доказивање чињеница посредног 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.

Из наведених одредби произилази да је свака државина заштићена од одузимања ствари противно вољи дотадашњег држаоца или узнемиравања држаоца које се врши без одузимања ствари. Мада законом није изричито предвиђено, да би држалац имао право на заштиту, одузимање државине ствари или узнемиравање државине права мора бити ***противправно***. То значи да у случајевима када закон или други пропис дозвољава одузимање или узнемиравање државине, односно када се оно врши на основу законског овлашћења од стране надлежног органа, нема сметања државине и држалац не ужива државинску заштиту.[5] У том смислу правно релевантне чињенице за одлучивање да ли је обуставом испоруке електричне енергије извршено сметање државине јесу: да ли је тужилац био у државини ствари или права, да ли је извршено одузимање или узнемиравање државине, те да ли је такав акт противправан. Ако је обустава испоруке електричне енергије извршена у оквиру овлашћења утврђених законом, та радња не би представљала сметање државине. Ако је до искључења дошло прекорачењем тих овлашћења или на начин противан закону у том случају би наведена радња представљала сметање државине.

Да се подсетимо: одредбом члана 63. Закона о енергетици, одређено је да у случају техничких или других сметњи у испоруци електричне енергије, чији је узрок на објекту купца или у случају када купац не извршава уговорне обавезе, енергетски субјект за пренос, односно транспорт или дистрибуцију, обуставиће испоруку електричне енергије купцу, под условима и на начин прописан овим законом и другим прописима донетим у складу са законом. Пре обуставе испоруке енергије купцу ***мора*** би-

[4] Члан 78. истог Закона

[5] Решење ВСС, Гзз. бр. 117/90 "Нема сметања државине ако радња којом се врши сметање није противна законским овлашћењима, нити одлуци надлежног државног органа".

ти достављена писмена опомена у којој је одређен рок за отклањање уочених неправилности и недостатака, који не може бити краћи од три дана од дана достављања опомене.

Уредбом Владе РС о условима испоруке електричне енергије је на идентичан начин предвиђена могућност обуставе електричне енергије купцу због неизвршавања обавезе из уговора у прописаном, односно уговореном року, са изричитом обавезом енергетског субјекта, као испоручиоца, да је у том случају ***дужан*** да пре обуставе испоруке електричне енергије купцу достави писмену опомену са одређивањем примереног рока у коме може отклонити утврђене неправилности.

Дакле, ако је тужиоцу обустављена испорука електричне енергије на начин и под условима утврђеним наведеним прописима, подразумевајући ту и обавезну радњу достављања писмене опомене пре искључења, тиме тужени, као испоручилац електричне енергије, није извршио сметање државине. Рачун у коме је само исказана висина дуга, по основу испоручене електричне енергије и рок плаћања, како је то предвиђено чланом 36. Уредбе, не испуњава услове писмене опомене у смислу напред наведених прописа.

Оваквим тумачењем се не даје превелик значај обавези достављања писменог упозорења, с обзиром да је то једина мера заштите купца као потрошача у односу на овлашћење продавца да једностраним актом или радњом престане са извршењем обавезе испоруке електричне енергије, која на овом степену цивилизацијског развоја друштва, јесте незаменљив услов живота и рада људи, због чега је и законодавац ову врсту делатности уврстио као делатност од општег интереса.

Треба још напоменути да је суд у парницама због сметања државине овлашћен да одреди ***привремене мере*** које се примењују у извршном поступку, када оцени да је то неопходно ради отклањања хитне опасности противправног оштећења или спречавања насиља или отклањања ненакнадиве штете (члан 449. ЗПП).[6]

---

[6] Правни став ВСС од 22.6.1983. 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".

- Решење Окружног суда у Ваљеву, Гж. бр. 748/04 од 3.6.2004. године – "Нема услова за одређивање привремене мере у спору због сметања државине, уколи-

Тужба за утврђење

У грађанским предметима општинских судова запажен је већи број захтева тужилаца за утврђење да не постоји потраживање туженог у односу на тужиоца за испоручену електричну енергију или да тужени нема право да обустави њену испоруку, као и захтева за утврђење висине обавезе тужиоца, као купца, за испоручену електричну енергију.

Тужиоци су лица којима је обустављена испорука електричне енергије или којима је достављањем опомене стављена у изглед таква могућност. Спорови ове врсте изазвани су чињеницом да испоручилац електричне енергије, као поверилац накнаде за испоручену електричну енергију, не тражи испуњење ове уговорне обавезе у посебној парници, већ се редовно користи законским овлашћењем и искључује дужника са електричне мреже, чиме прекида и даљу испоруку електричне енергије. Са друге стране, дужник сматра да за то нема услова, јер је висина потраживања за испоручену електричну енергију спорна или је потраживање по основу кога је извршено искључење, застарело.

Одлуке судова у погледу ових захтева су различите, зависно од оцене да ли се поднетим тужбама захтева утврђење постојања или непостојања права или правног односа у смислу члана 188. Закона о парничном поступку, или утврђење чињеница.

Наиме, тужба ове врсте је допуштена уколико за предмет има утврђивање постојања или непостојања одређеног грађанског права или правног односа, под условом да тужилац, пре доспелости захтева за чинидбу из истог односа, има правни интерес за доношење декларативне одлуке суда. Има превентивни карактер, јер се утврђењем да један правни однос постоји или не постоји, отлања неизвесност у погледу тог односа и унапред отклања или смањује могућност евентуалне повреде и неког тужиочевог права убудуће, због чега се ова врста тужбе назива и прејудицијелном тужбом.

Тужбе за утврђење да не постоји потраживање туженог према тужиоцу у одређеном износу или да тужени нема право да обустави испору-

ко је радња која се означава као акт сметања државине дозвољена по материјалном праву".

ку електричне енергије, припадале би врсти тзв. ***негативних тужби за утврђење***. Најчешћи повод за овакву врсту судске заштите је истицање туженог неког права које истовремено угрожава одређено право тужиоца.[7] Ово угрожавање од стране туженог мора бити таквог интензитета да за тужиоца постоји оправдана потреба за правним обезбеђењем путем пресуде, у чему се и налази правни интерес тужиоца који закон предвиђа као посебну процесну претпоставку за подношење декларативне тужбе. Ако је дошло до повреде права чиме су створени услови за кондемнаторну заштиту (тужба за чинидбу), тужба за утврђење не би била дозвољена.

Везано за спорни однос о коме говоримо, достављањем рачуна испоручилац тврди да потрошач на име утрошене електричне енергије дугује одређени износ. Писмена опомена да у остављеном року измири ту обавезу, стављањем у изглед да ће му у противном испорука електричне енергије бити обустављена, оправдава негативну тужбу за утврђење онога коме је опомена достављена, ако сматра да наведени износ не дугује. Таква тужба са становишта процесног права била би дозвољена, независно од чињеница на којима се заснива. Наиме, обзиром на уговорни карактер односа странака у спору, обавеза потрошача, као дужника, а тиме и право повериоца на испуњење обавезе, може престати на један од начина утврђених законом. Обавеза престаје кад се испуни, и у другим законом одређеним случајевима (члан 295. Закона о облигационим односима). Како се испоручилац енергије, са разлогом, не користи правом да кондемнаторном тужбом захтева наплату свог новчаног потраживања, иницирање судског поступка тужбом за утврђење је једина могућност да дужник истакне све оне приговоре због којих сматра да није дужан платити износ који му је утврђен испостављеним рачуном или опоменом. Ово посебно из разлога што би плаћањем тако утврђене обавезе, у циљу отклањања могућности да му због тога буде обустављена испорука електричне енергије, изгубио право да тужбом из неоснованог обогаћења захтева повраћај онога што је исплатио, без обзира да ли је знао или не да није дужан платити.

[7] М. Живановић, *Тужба за утврђење у парничном поступку,* докторска дисертација 1991. година

Кад говоримо о примени одредаба Закона о облигационим односима у овој области, треба рећи да је заштити купаца као потрошача намењен још један пропис из овог закона. Уговор који закључују странке у спору о коме је било речи, припада групи формуларних уговора који настају безусловним прихватањем опште и сталне понуде коју је једна од уговорних страна јавно упутила неодређеном броју лица, без могућности прихватиоца да учествује у одређивању садржине уговора (***уговори по приступу***). Прописујући обавезност општих услова одређених од стране једног уговарача, који може имати монопол на тржишту као једини понуђач одређене робе или услуге, а ради заштите слабије стране која приступа уговору, Закон о облигационим односима у члану 143. став 1. прописује забрану да се општим условима предвиде одредбе које су противне циљу уговора или добрим пословним обичајима. Санкција за непоштовање ове забране је ништавост таквих одредби општих услова. Поред тога, ту је и одредба из става 2. истог члана, која се у пракси ретко примењује, а која овлашћује суд да одбије примену појединих одредби општих услова које лишавају другу страну права да стави приговоре, или оних на основу којих она губи права из уговора или губи рокове, или које су иначе ***неправичне*** или ***претерано строге*** према њој. То су значајна овлашћења суда која нису довољно заживела у пракси иако представљају ефикасно средство заштите потрошача и неку врсту контроле понашања привредних субјеката на тржишту, што је посебна тема.

Судска пракса

Што због врсте спора (сметање државине), или вредности предмета спора, занемарљив број предмета са овом проблематиком је разматран по ревизији, али је Врховни суд Србије још давне 1985. године на седници Одељења за грађанске спорове, одржане у децембру те године, усвојио неколико правних схватања из ове области. Ово је прилика да се на њих укаже, јер иако су у међувремену релевантни прописи више пута мењани (раније Закон о електропривреди, а сада Закон о енергетици), уговорни однос између испоручиоца електричне енергије и потрошача, садржајно није промењен.

1. Надлежност за одлучивање о захтеву за прикључење на електроенергетску мрежу нових потрошача

Суд није надлежан да одлучује о захтевима нових потрошача да се њихови електроенергетски објекти прикључе на електроенергетску мрежу.

2. Активна легитимација у споровима за установљење службености провођења електроенергетског вода

Захтев за установљење службености провођења електроенергетског вода могу поднети суду и електропривредна организација и нови потрошачи електричне енергије.

3. Државинска заштита при коришћењу електропривредних објеката

Државинску заштиту ужива и електропривредна организација која је сметана у коришћењу електропривредних објеката и потрошач који је сметан у коришћењу електричне енергије.

У случају сметања државине изградњом електроенергетских објеката држалац непокретности не може тражити уклањање тих објеката, ако је то економски и друштвено неоправдано.

4. Извршење обавеза из уговора о испоруци електричне енергије

У споровима ради извршења обавезе из уговора о испоруци електричне енергије, поред одредби Закона о електропривреди, супсидијарно се примењују одредбе Закона о облигационим односима.

5. Одлучивање у споровима због обуставе испоруке електричне енергије

Суд је надлежан да суди о захтевима потрошача због обуставе испоруке електричне енергије.

Ако је до обуставе испоруке електричне енергије дошло супротно Закону о електропривреди, Општим условима о испоруци електричне енергије и уговора о испоруци електричне енергије, раније стање ће се успоставити на трошак електропривредне организације, а ако је до обуставе испоруке електричне енергије дошло на основу поменутих прописа и уговора о

испоруци електричне енергије, раније стање ће се успоставити на терет потрошача, под условом да он истодобно изврши обавезе или отклони недостатке због којих је дошло до обуставе испоруке електричне енергије.

6. Одговорност за накнаду штете потрошачу због обуставе испоруке електричне енергије услед неплаћања цене

Електропривредне организације и потрошач су једнако одговорни за штету коју потрошач претрпи због обуставе испоруке електричне енергије услед неплаћања цене електричне енергије, без обзира што потрошач претходно није писмено упозорен од стране електропривредне организације, јер су обе стране биле неуредне у извршењу својих обавеза па се имају применити правила о подељеној одговорности.

* * *

Ставови изнети у овом реферату могу се сажето исказати кроз следећи

З а к љ у ч а к

1. Овлашћења органа утврђених Законом о енергетици да решавају у управним стварима из области енергетике, не искључују надлежност редовног суда да по правилима парничног поступка одлучује у грађанско-правним споровима насталим обуставом испоруке електричне енергије.

2. Нема сметања државине, ако је обустава испоруке електричне енергије извршена на начин и под условима утврђеним Законом о енергетици, подразумевајући ту и обавезно достављање писмене опомене пред искључење.

3. Изузетно, дозвољена је тужба за утврђење постојања или непостојања одређеног права из уговора о испоруци електричне енергије, под условом да за то постоји правни интерес тужиоца и да се заштита права на испоруку електричне енергије не може остварити другом врстом тужбе.

УПРАВНО ОДЕЉЕЊЕ

Проф. др Бранко Лубарда,
Правни факултет Универзитета у Београду

ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ДРЖАВНИХ СЛУЖБЕНИКА

Домаће право разликује две категорије државних службеника: државне службенике на положају и државне службенике на извршилачким радним местима. Државни службеници на положају јесу службеници који имају посебна овлашћења и одговорности у погледу вођења и усклађивања рада у државном органу, што је и основни разлог да се предвиде посебна законска решења у погледу њиховог именовања, односно заснивања радног односа, остваривања права из радног односа, уређивања могућег сукоба интереса, дисциплинске одговорности, као и заштите права, при чему нарочито важну улогу има Високи службенички савет. У погледу државних службеника на положају у судовима и јавним тужилаштвима, положаји се одређују актом Врховног суда Србије (тако, само је секретар Врховног суда Србије положај у Врховном /касационом/ суду), односно актом Републичког јавног тужиоца. Најзад, положаји у осталим државним органима одређују се актима тих органа (нпр. у Народној скупштини, Генералном секретаријату Председника Републике, код Повереника за информације од јавног значаја, у Републичком одбору за решавање сукоба интереса итд). [1]

Државни службеници на извршилачким радним местима, који могу бити и руководиоци ужих унутрашњих јединица у државном органу, нису на положају, односно у зависности од сложености и одговорности послова, потребних знања и способности, као и услова рада, разврставају се по звањима од звања референта, сарадника до звања саветника. У оквиру саветничких звања, разликују се по степену сложености: виши саветник – најсложенији послови (завршен факултет и најмање седам година радног искуства у струци); самостални саветник – сложени послови који захтевају

[1] Ближе о државним службеницима на положају и Високом службеничком савету у истоименом раду, Радно и социјално право, број 1-6/2006 страна 53-64

посебно специјалистичко знање и искуство (завршен факултет и најмање пет година радног искуства у струци); саветник - сложени послови (завршен факултет и најмање три године радног искуства у струци); млађи саветник (завршен факултет и завршен приправнички стаж). Закон разликује два сарадничка звања, која карактеришу мање сложени послови: сарадник (завршена виша школа и најмање три године радног искуства у струци) и млађи сарадник (завршена виша школа и завршен приправнички стаж). Најзад, за обављање административних, техничких и других рутинских послова предвиђена су два звања: звање референта (завршена средња школа и најмање две године искуства у струци) и звање млађег референта (завршена средња школа и завршен приправнички стаж).

Уредбом Владе разврставају се положаји и радна места руководиалаца ужих унутрашњих јединица, одређују послови који се раде у сваком од звања, прописују мерила за опис послова радних места у правилнику о унутрашњем уређењу и систематизацији радних места која важе за органе државне управе, службе Владе, судове, јавна тужилаштва и Републичко јавно правобранилаштво. Радна места у осталим државним органима разврставају се њиховим актима.

Поред закона и подзаконских аката Владе (уредбе, одлуке и др), мање значајан извор службеничког права јесте колективни уговор о раду, пошто се Законом о државним службеницима предвиђа да се посебним колективним уговором државним службеницима могу утврдити права која овим законом нису утврђена, у складу са овим законом и општим прописима о раду. Закон не прокламује начело *in melius* у погледу вишег обима права, односно дикција законодавца је више усмерена ка другим правима која нису уређена овим законом или Законом о платама државних службеника (друга примања државних службеника).

МАТЕРИЈАЛНОПРАВНИ УСЛОВИ ЗА ЗАСНИВАЊЕ РАДНОГ ОДНОСА

Материјалноправни услови за заснивање радног односа државног службеника укључују пунолетство, држављанство Србије, неосуђиваност на казну затвора од најмање шест месеци, да радни однос није престајао у државном органу због теже повреде радне дужности, као и

да испуњава прописану стручну спрему, радно искуство или друге услове одређене законом, другим прописом или правилником о систематизацији радних места.

ФОРМАЛНОПРАВНИ УСЛОВИ ЗА ЗАСНИВАЊЕ РАДНОГ ОДНОСА

Формалноправни услови за заснивање радног односа државног службеника условљени су предвиђеношћу радног места правилником о систематизацији и уклапањем у донесени кадровски план. Кад руководилац утврди да су оба услова испуњена одлучује да је потребно да се радно место попуни, при чему се извршилачко радно место попуњава *премештајем* из истог или другог државног органа ако је изабрани кандидат већ државни службеник или *заснивањем радног односа* ако изабрани кандидат није државни службеник.

Предност при попуњавању извршилачког радног места има *премештај***,** са или без напредовања, али ако руководилац одлучи да се радно место не попуни премештајем, може да се спроведе *интерни конкурс*, а ако интерни конкурс није спроведен или није успео, обавезно се спроводи *јавни конкурс*.

ИНТЕРНИ КОНКУРС

Ако радно место није попуњено премештајем државног службеника из истог државног органа, у органима државне управе и службама Владе обавезно се спроводи интерни конкурс, који оглашава Служба за управљање кадровима, а на коме могу да учествују само државни службеници из органа државне управе и служби Владе који раде на радном месту које има исто звање, који испуњавају услове за напредовање, или који су нераспоређени.

Конкурсна комисија, коју именује руководилац, и у којој је један члан државни службеник из Службе за управљање кадровима, спроводи интерни конкурс. Ако интерни конкурс успе, руководилац доноси *решење о премештају* с једног на друго радно место (у истом државном органу) или о премештају у свој државни орган. При том, руководилац је дужан

да изврши избор са листе кандидата коју утврди конкурсна комисија. Учесник интерног конкурса има право на жалбу на решење о премештају, у року од осам дана од дана пријема решења. Жалба одлаже извршење решења. О жалби одлучује Жалбена комисија Владе.

ЈАВНИ КОНКУРС

Ако интерни конкурс није успео, спроводи се јавни конкурс, који оглашава Служба за управљање кадровима, и који садржи податке о државном органу, радном месту, условима за запослење, месту рада, стручној оспособљености, знањима и вештинама које се оцењују у изборном поступку и начин њихове провере, рок у коме се подносе пријаве, адресу за подношење пријаве и доказима о испуњењу услова. Рок за подношење пријава не може бити краћи од 15 дана.

Јавни конкурс спроводи конкурсна комисија коју именује руководилац. Конкурсна комисија одбацује неблаговремене, недопуштене, неразумљиве или непотпуне пријаве закључком против кога није допуштена посебна жалба.

Конкурсна комисија сачињава листу кандидата који су постигли најбоље резултате, а руководилац је дужан да изабере кандидата са листе за избор.

Руководилац доноси решење о премештају (ако је изабрани кандидат већ државни службеник), односно решење о пријему у радни однос (ако изабрани кандидат није државни службеник). Решење садржи лично име кандидата, назив државног органа, назив радног места. Решење се доставља и свим учесницима јавног конкурса, који имају право да изјаве жалбу у року од осам дана од дана пријема решења, ако сматра да изабрани кандидат не испуњава услове, да није учествовао у изборном поступку, или да су се у изборном поступку десиле неправилности које утичу на објективност исхода изборног поступка. Учесник јавног конкурса, при том, има право да под надзором службеног лица државног органа прегледа документацију јавног конкурса.

Жалбена комисија (Владе) одлучује о жалбама учесника (интерног и) јавног конкурса, примењујући закон о општем управном поступку. Ко-

мисија о жалби одлучује у року од 30 дана од дана његовог пријема, а против одлуке жалбене комисије може се покренути управни спор.

СТУПАЊЕ НА РАД

Изабрани кандидат дужан је да ступи на рад у року од 15 дана од дана коначности решења, ако изабрани кандидат не ступи на рад у остављеном року, руководилац може да изабере неког другог кандидата са листе за избор. Права и обавезе из радног односа у државном органу стичу се од дана ступања на рад.

ПРОБНИ РАД

Сем државних службеника на положају, државних службеника у кабинету, као и приправника, државни службеници на извршилачким радним местима - пробни рад траје шест месеци, ако је радни однос заснован на неодређено време.

Током пробног рада непосредно претпостављени (ментор) прати рад и по окончању пробног рада руководиоцу даје писмено мишљење да ли је државни службеник задовољио на пробном раду.

Државном службенику који не задовољи на пробном раду, руководилац отказује радни однос без права на новчану накнаду због отказа.

КРЕТАЊЕ У СЛУЖБИ

Кретање у служби државног службеника може бити изражено као напредовање, али и као распоређивање – премештај због потреба процеса рада независно од оцењивања или напредовања.

ОЦЕЊИВАЊЕ И НАПРЕДОВАЊЕ

Закон о државним службеницима садржи значајне новине у области оцењивања и напредовања на раду, чиме се доприноси јачању професионализације и деполитизације државне управе. Не оцењује се државни службеник који руководи државним органом, државни службеник који је

засновао радни однос на одређено време, као и државни службеник који је у календарској години радио мање од шест месеци.

ОЦЕЊИВАЊЕ

Оцењивање је претпоставка за правилно одлучивање о напредовању (или стручном усавршавању) државних службеника, али и метод откривања и отклањања недостатака у раду државних службеника. Оцењивање се заснива на вредновању резултата рада, стваралачке способности, самосталности, предузимљивости, савесности и прецизности, сарадње са другим државним службеницима и др. од значаја за успешно извршавање послова радног места.

Што је оцена повољнија, отвара се могућност бржег напредовања.

Оцењивање може бити редовно и ванредно.

Руководилац је дужан да редовно оцењује рад државног службеника једном годишње (до краја фебруара): "не задовољава", "задовољава", "добар", "истиче се", "нарочито се истиче". До ванредног оцењивања долази ако је државни службеник оцењен са "не задовољава", кад се по правилу упућује на додатно стручно оспособљавање, али у року од 90 дана од дана коначности решења поново буде оцењен оценом "не задовољава". Радноправна последица незадовољавајуће оцене јесте одлука о престанку радног односа.

Против решења (руководиоца) о оцени рада, државни службеник има право на жалбу у року од осам дана од дана пријема решења, при чему жалба има деовлутивно дество, јер о жалби одлучује жалбена комисија (Владе).

НАПРЕДОВАЊЕ

Напредовање је врста кретања у служби, које може бити у облику премештаја на непосредно више извршилачко радно место; прелазак у виши платни разред; постављење на положај (или виши положај).

Решење о премештају

Државни службеник напредује на основу решења о премештају на више извршилачко радно место било у непосредно вишем звању или у истом

звању на радном месту руководиоца уже унутрашње јединице у државном органу. Да би дошло до напредовања, потребно је да су испуњени услови за рад на радном месту у погледу радног искуства, да је у питању слободно радно место, као и да је државни службеник оцењен два пута узастопно оценом "нарочито се истиче", односно четири пута узастопно оценом "истиче се".

Решење о преласку у виши платни разред

Државни службеник може да напредује и самим преласком у виши платни разред, остајући на истом радном месту. Самим Законом о платама државних службеника и намештеника ("Службени гласник РС", бр. 62/2006, 63/2006, 115/2006), који је ступио на снагу 1. јануара 2007. године (осим одредби које ступају раније, односно касније), предвиђено је да државни службеник напредује за два платна разреда ако је две године узастопно одређена оцена "нарочито се истиче"; за један платни разред оцена "истиче се", а за један платни разред напредује државни службеник коме је три године узастопно одређена оцена "добар" или оцена "добар" и "истиче се" без обзира на њихов редослед.

Државном службенику, пак, који ступа на радно место руководиоца унутрашње јединице уважава се коефицијент за два платна разреда.

Решење о постављењу на положај

Државни службеник напредује на основу решења о постављењу на положај, при чему тај положај може бити не само непосредно виши положај већ сваки положај, ако државни службеник има девет година радног искуства, ако је положај слободан, као и ако је оцењен четири пута узастопно оценом "истиче се", односно два пута узастопно оценом "нарочито се истиче".

РАСПОРЕЂИВАЊЕ – ПРЕМЕШТАЈ

До премештаја државног службеника долази због потреба рада, при чему државни службеник на положају не може бити премештен. Разликују се трајни и привремени премештај.

Трајан премештај, услед организације и рационализације послова, јавља се на основу решења о премештају на друго одговарајуће радно место у истом државном органу (у истом звању), за што се не тражи сагла-

сност државног службеника. Разуме се, државни службеник има право на жалбу, о чему одлучује жалбена комисија.

Привремени премештај у истом државном органу јавља се на основу решења на друго одговарајуће радно место због замене одсутног државног службеника или услед повећаног обима посла, али најдуже једну годину. И против овог решења, разуме се, државни службеник има право на жалбу.

Привремени премештај у други државни орган јавља се на основу писменог споразума руководилаца два државна органа, због повећања обима посла, с тим да такав премештај мора бити на одговарајуће радно место и трајати не дуже од шест месеци. При том, државни службеник задржава права из радног односа, укључујући и право да се врати на радно место на коме је радио пре привременог премештаја. Против овог решења, државни службеник може изјавити жалбу.

СТРУЧНО УСАВРШАВАЊЕ И ОСПОСОБЉАВАЊЕ

Од суштинског значаја за реализацију начела професионализације државне управе јесте начин законског регулисања материје стручног усавршавања и оспособљавања, што је у најтешњој вези са шансама за напредовање на раду. Законодавац разликује правни режим општег стручног усавршавања и посебно стручно усавршавање, као и додатно образовање.

Опште стручно усавршавање

Право и дужност државног службеника јесте на стручно усавршавање према потребама државног органа. Програм општег усавршавања доноси Влада, на предлог Службе за управљање кадровима.

Посебно усавршавање

Према посебним потреба одређеног државног органа, руководилац доноси програм за сваку годину.

Додатно образовање

У циљу обазбеђивања једнакости шанси, додатно образовање може да се обезбеди државном службенику, на основу интерног конкурса,

при чему предност има државни службеник са вишим просеком оцена у последње три године. Државни службеник који стекне право на додатно образовање, закључује уговор о додатном образовању, који може да садржи и клаузулу о мировању радног односа, ако је потребно да службеник одсуствује са рада, с тим да се овим уговором државни службеник обавезује да ће остати на раду у државном органу два пута дуже од трајања (мировања радног односа ради) додатног образовања.

ДИСЦИПЛИНСКА ОДГОВОРНОСТ

Законом о државним службеницима уређена је област дисциплинске одговорности на доста целовит начин, с тим да се ипак оставља Кодексу понашања државних службеника дефинисање одређених лакших повреда дужности из радног односа. Кодекс понашања државних службеника доноси Високи службенички савет, али овај кодекс до јуна 2007. године још није донет, мада се може очекивати његово доношење од стране Високог службеничког савета у току ове године.

Законом је наведена листа лакших и тежих повреда дужности из радног односа, а одређене су и врсте дисциплинских казни, које укључују новчану казну, (привремену) забрану напредовања и престанак радног односа. Законом је предвиђано да се за лакше повреде дужности може изрећи новчана казна до 20% плате за пуно радно време, а за теже повреде дужности новчана казна од 20% до 30% плате, и то у трајању до шест месеци, као и забрана напредовања од две до четири године, као и најтежа казна – престанак радног односа. У односу на општи правни режим радних односа, који, према Закону о раду Србије не познаје више новчану казну (будући да је она некомпатибилна са стандардима из Конвенције МОР-а бр. 95 о заштити зараде), али предвиђа удаљење са рада без накнаде зараде као самосталну дисциплинску меру, Закон о државним службеницима задржава ову, теоријски спорну и међународним стандардима инкомпатибилну, дисциплинску казну.

Као дисциплински органи јављају се руководилац или дисциплинска комисија (од три члана, од којих један мора бити диплимирани правник), а кад је у питању дисциплинска одговорност државних службеника на положају – Високи службенички савет.

Првостепени дисциплински поступак

Првостепени дисциплински поступак покреће руководилац писменим закључком, на који жалба није допуштена. Покретање дисциплинског поступка за лакше повреде дужности застарева протеком шест месеци од извршене повреде, а за теже повреде протеком једне године.

Дисциплински поступак води руководилац или дисциплинска комисија, који/а одлучује о дисциплинској одговорности. Вођење дисциплинског поступка за лакше повреде застарева протеком једне године од покретања поступка, а за теже протеком две године од покретања дисциплинског поступка.

Вођење дисциплинског поступка подразумева заказивање усмене расправе, уз уважавање права на одбрану државног службеника, које се остварује непосредно од стране државног службеника или преко заступника. Могуће је да државни службеник за расправу достави своју писмену одбрану. За остала питања вођења поступка примењују се одредбе закона којим се уређује општи управни поступак.

Државни службеник против кога је покренут дисциплински поступак због теже повреде радне дужности може бити удаљен с рада до окончања дисцплинског поступка ако би његово присуство на раду штетило интересу државног органа или ометало вођење дисциплинског поступка. На решење о удаљењу државни службеник може да изјави жалбу у року од пет дана од дана пријема, али жалба не одлаже извршење решења, с тим да је жалбена комисија дужна да о жалби одлучи у року од пет дана од дана пријема жалбе (ћутање се сматра одбијањем жалбе).

Дисциплински орган приликом одмеравања дисциплинске казне води рачуна о тежини последица повреде дужности, степену одговорности (кривице), субјективним и објективним околностима под којима је повреда извршена. Узима се у обзир и изречена дисциплинска казна, уколико није избрисана из казнене евиденције (а брише се из казнене евиденције уколико нова казна не буде изречена у наредне две године од изречене казне за лакшу, а четири године за тежу повреду дужности).

Другостепени дисциплински поступак

Другостепени дисциплински поступак, на основу жалбе државног службеника која се доставља у року од осам дана од достављања решења

првостепеног дисциплинског органа, а води се пред Жалбеном комисијом Владе (за државне службенике у правосуђу – Жалбеном комисијом правосуђа; за друге државне службенике – жалбена комисија тих других државних органа).

Чланове Жалбене комисије Владе и, међу њима, председника Жалбене комисије, именује Влада међу државним службеницима који су дипломирани правници са најмање пет година радног искуства у правној струци, на предлог руководиоца Службе за управљање кадровима, која обавља стручно-техничке и административне послове за потребе Жалбене комисије.

Жалбена комисија Владе одлучује по жалби у року од 30 дана од дана пријема жалбе.

Против одлуке Жалбене комисије Владе може да се покрене управни спор.

II ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ПОЛИЦИЈСКИХ СЛУЖБЕНИКА

Закон о полицији ("Службени гласник РС", бр. 101/2005) садржи извесна специфична решења у погледу радних односа у односу на Закон о државним службеницима ("Службени гласник РС", бр. 79/05), што је условљено специфичностима послова и услова рада полицијских службеника. Другим речима, по правилу се постављају строжи услови за заснивање радног односа на пословима у полицији, особена решења се јављају за низ полицијских, односно државних службеника на положају, пошто је Закон о државним службеницима прописао да се одредбе Закона о подели радних места на положаје и извршилачка радна места не примењују на полицијске (царинске и пореске службенике и на државне службенике који раде на безбедносним пословима и у заводима за извршење заводских санкција). Особена решења се огледају у томе што Закон о полицији изричито искључује могућност вођења управног спора (нпр. поводом одлука /решења/ о распоређивању и стицању звања, ако се одбије захтев за преиспитивање ових одлука).

Закон о полицији садржи и значајне новине и у нашем законодавству, међу којима је од посебног значаја не само признавање права на синдикално организовање већ и признавање права на штрајк (право на колек-

тивно преговарање се изричито не спомиње овим Законом, али се може сматрати да је право на колективно преговарање признато у ширем контексту права синдиката државних службеника на закључивање посебног колективног уговора, пошто чланство у синдикату државних службеника је отворено и за полицијске службенике, као особену подврсту државних службеника), под одређеним условима, што је корак даље у односу на Закон о државним службеницима који предвиђа право на синдикално организовање и колективно преговарање, али не предвиђа и право на штрајк државних службеника, вероватно у намери да препусти Закону о штрајку да уреди у којој мери се право на штрајк може признати државним службеницима. Закон о полицији, додуше, у циљу очувањае јавне безбедности, предвиђа својеврсни минимум процеса рада, односно да је овлашћено службено лице за време учешћа у штрајку дужно да примењује полицијска овлашћења, ако је то потребно ради: заштите живота и безбедности људи; хватања и привођења лица затеченог у вршењу кривичног дела које се гони по службеној дужности; спречавања учиниоца и откривање учиниоца кривичног дела за које се гони по службеној дужности. Уз то, полицијски службеници немају право на штрајк у случају: ратног или ванредног стања; оружане побуне, устанка или других облика насилног угрожавања демократског и уставног поретка Србије или основних слобода и права; проглашења елементарне непогоде на подручју двеју или више подручних полицијских управа Министарства или на целој територији Републике Србије; опасности од угрожавања јавног реда у већем обиму.

У циљу спречавања сукоба интереса, слично Закону о државним службеницима, Закон о полицији предвиђа неспојивост делатности (самосталне привредне или професионалне делатности) са послом у полицији.

УСЛОВИ ЗА ЗАСНИВАЊЕ РАДНОГ ОДНОСА

Посебни услови за заснивање радног односа полицијских службеника, поред услова за пријем у радни однос у државном органу, укључују да полицијски службеник нема двојно држављанство, да је држављанин Србије са пребивалиштем, односно боравиштем у Србији, да има регулисану војну обавезу (мушкарац), да има психофизичке способности (што се доказује лекарским уверењем Завода за здравствену заштиту радника Министарства унутрашњих послова), да нема безбедносних сметњи (сходно

прописима о условима за добијање оружаног листа, при чему није предвиђена жалба против решења о престанку радног односа ако настану у току радног односа безбедносне сметње, али се може покренути управни спор), као и да није осуђивано за кривично дело које се гони по службеној дужности или против кога се води кривични поступак, или да није осуђивано на безусловну казну затвора у трајању дужем од три месеца, или је служба у државном органу престала изрицањем дисциплинске казне престанка радног односа.

Наглашенија лојалност полицијских службеника држави као послодвацу огледа се и у симболици полагања заклетве на Дан полиције, у циљу заштите јавне безбедности, заштити права и грађанских слобода.

ВРСТЕ ЗВАЊА ПОЛИЦИЈСКИХ СЛУЖБЕНИКА И ДРУГИХ ЗАПОСЛЕНИХ

Особеност звања полицијских службеника, овлашћених службених лица и других запослених у полицији уређена је Законом о полицији, као и услови за стицање и губитак звања.

У погледу овлашћених службених лица и полицијских службеника који обављају послове противпожарне заштите, Законом су предвиђена звања у зависности од стручне спреме: од млађег полицајца до самосталног полицајца – са средњом стручном спремом; од млађег полицијског наредника до самосталног полицијског наредника – са вишом стручном спремом; од полицијског инспектора до главног полицијског саветника – са високом стручном спремом. Осим тога, министар Правилником о систематизацији радних места, за поједине категорије униформисаних полицијских службеника утврђује чинове, односно звања другачијег назива, ако то више одговара природи послова које обављају.

У погледу осталих полицијских службеника и других запослених, звања укључују: од млађег до самосталног референта – са средњом спремом; од млађег стручног сарадника до самосталног стручног сарадника – са вишом стручном спремом; од инспектора до главног саветника – са високом стручном спремом.

ОЦЕЊИВАЊЕ И НАПРЕДОВАЊЕ

Веома слично Закону о државним службеницима, Законом о полицији су предвиђене као позитивне оцене "довољан – 2", "добар – 3", "истиче се – 4", "нарочито се истиче – 5", а као негативна оцена "недовољан – 1". Рад полицијског службеника се такође оцењује једанпут годишње, при чему запослени може уложити приговор старешини који је дао оцену, који приговор и своје мишљење о приговору доставља старешини који по овлашћењу министра решава по приговору (пошто Закон не предвиђа надлежност Жалбене комисије /Владе/).

Запослени чији је рад у последње две године оцењен највишом оценом, а у звању је провео најмање половину времена предвиђеног за стицање непосредно вишег звања, може превремено, односно ванредно напредовати (само једанпут).

Против аката о распоређивању и стицању звања, ванредном унапређењу може се поднети захтев за преиспитивање одлуке доносиоцу акта у року од 15 дана од дана доношења акта, али против акта донетог по овом захтеву не може се водити управни спор.

СТАЖ ОСИГУРАЊА У УВЕЋАНОМ ТРАЈАЊУ

Полицијски службеник због отежаних услова рад, природе посла и одговорности, на основу Правилника о систематизацији радниох места, има право на увећани стаж осигурања – за 12 месеци ефективног рада признаје се 16 месеци стажа осигурања.

Полицијском службенику може престати радни однос и ако је навршио 20 година пензијског стажа, од чега најмање 10 година ефективно проведених на радним местима на којима се стаж рачуна са увећаним трајањем.

ПЛАТЕ ДРЖАВНИХ СЛУЖБЕНИКА

Плате државних службеника уређују се Законом о платама државних службеника и намештеника, док је Законом о полицији предвиђено да министар, уз сагласност Владе, доноси акт о платама запослених у Министарству унутрашњих послова.

ДИСЦИПЛИНСКА ОДГОВОРНОСТ

Законом о полицији предвиђени су виши износи новчане казне за лакше (од 10 до 30 одсто) и теже повреде дужности (од 30 до 50 одсто од месечне плате запосленог) у односу на Закон о државним службеницима.

Законом о полицији је одређен првостепени дисциплински орган (директор полиције; начелник подручне полицијске управе), као и дисциплинска комисија (30 чланова које именује министар) као другостепени дисциплински орган, која одлучује (у већу од три члана, од којих је један члан ван Министарства) о приговору.

ПРИМЕНА ДРУГИХ ПРОПИСА

Закон о полицији предвиђа супсидијарну примену Закона о државним службеницима на положају, дужности, права и одговорности запослених у Министарству, ако самим Законом о полицији није друкчије одређено, што, *mutatis nutandis*, важи и за право на покретање управног спора.

III УПРАВНИ СПОР

У погледу управног спора основна начелна разлика коју уводи Закон о државним службеницима јавља се између правног положаја државних службеника на положају и државних службеника на извршилачким радним местима. Наиме, за разлику од правног положаја државних службеника на извршилачким радним местима, који по правилу имају право на жалбу против првостепеног решења руководиоца о правима, обавезама и одговорностима из радних односа, што је процесна претпоставка за остваривање права на покретање управног спора против коначног решења о правима из радног односа, правни положај државних службеника на положају карактерише метод тзв. негативне енумерације, тј. у начелу жалба није доспуштена против решења о именовању државних службеника на положају. Другим речима, управни спор се не може покренути ако је у неком случају жалба државног службеника на извршилачким радним местима остала неискоришћена, јер је непосредно покретање управног спора (пре исцрпљивања жалбеног поступка) процесно недозвољено. На тај на-

чин, истеком рока за жалбу, првостепено решење стиче истовремено и коначност и правноснажност (као и извршност).

Закон о државним службеницима, тако, у погледу државних службеника на положају, предвиђа да против решења Владе о постављењу на положај жалба није допуштена, а може се водити управни спор, јер је решење о постављењу коначно у првом степену. Потом, против решња о престанку рада на положају, жалба није допуштена, а може се покренути управни спор. Узгред, одредбе Закона о државним службеницима којима се уводи ограничење разлога за разрешење је важан елемент деполитизације и професионализације државне управе. Надаље, против решења Високог службеничког савета о дисциплинској одговорности државних службеника на положају (о изрицању новчане казне, забрани напредовања; престанку радног односа) жалба није допуштена, а може се водити управни спор. Или, против решења Високог службеничког савета о правима и дужностима државног службеника који руководи државним органом, кад је државног службеника поставила Влада, жалба такође није допуштена – може се водити управни спор. Најзад, против решења о престанку радног односа по сили закона, жалба није допуштена, а може се покренути управни спор.

Насупрот државним службеницима на положају, правни режим државних службеника на извршилачким радним местима карактерише, по правилу, право на интерну заштиту, односно право на жалбу против првостепеног решења, и то у року од осам дана од пријема решења, при чему жалба има суспензивно дејство (одлаже извршење решења). Тако, учесник интерног огласа има право на жалбу; против решења о премештају, односно решења о пријему у радни однос, учесник јавног конкурса има право да изјави жалбу. Право на жалбу је предвиђено и против првостепеног решења о отказу радног односа државном службенику који не задовољи на пробном раду. Потом, против решења (руководиоца) о оцени рада, државни службеник има право на жалбу, с тим да жалба има деволутивно дејство, јер о жалби одлучује Жалбена комисија Владе. Исто важи у погледу решења о премештају (трајном или привременом, као и привременом премештају у други државни орган), преласку у виши платни разред, итд. У погледу дисциплинске одговорности, право на жалбу предвиђено је у случају удаљења са рада, али не одлаже извршење. Жалбена комисија одлучује о жалби у року од пет дана од пријема жалбе.

Уколико је државни службеник на извршилачком радном месту искористио право на жалбу, (као незадовољна странка из управног поступка) може покренути управни спор, јер се ради о решењу (управном акту) против кога више нема места жалби у управном поступку. Ако се државни службеник обрати тужбом суду после њеног пропуштања (или пре коришћења управне жалбе), суд одбацује тужбу (без испитивања њених навода).

Управни спор јесте спор о законитости, како формалноправне, тако и материјалноправне незаконитости (не и целисходности), тужбом оспореног коначног управног акта (решења). Тужба се подноси у року од 30 дана од дана достављања акта државном службенику.

Сходно Закону о уређењу судова из 2001, Управни суд, као нови специјализовани суд, надлежан је за решавање управних спорова, али како Управни суд још увек није основан, решавање управних спорова државних службеника (на положају и извршилачким радним местима) у надлежности је Врховног суда Србије, који ове спорове решава у већу. Суд доноси пресуду у већу већином гласова (већање и гласање се одвија без присуства странака).

Управно-судски поступак је једностепен, што значи да је одлука Врховног суда којом се окончава поступак одмах и правноснажна. Судском пресудом управни спор се мериторно окончава, док се судским решењем поступак немериторно окончава (одбацивање тужбе због неотклањања неуредне тужбе; због процесних препрека у погледу тужбе). Судском пресудом се решава управни спор, било да се доноси пресуда о одбијању тужбе (као неоснована), било пресуда о уважавању тужбе (као основана).

LEGAL POSITION OF NOMINATED CIVIL SERVANTS

Summary

The paper deals with the legal position of civil servants who are nominated by the relevant act of Government. The author analisys the Law on Civil Servants of Serbia, came into force 1st of July 2006. The aims of this law are depolitization, professionalization of civil servants. The particular intention is given to the Merit system and the role of Civil Service Councile, composed of nine members of distinguished layers and other experts. The selection procedure on public announsment is treated in details.

МАТЕРИЈАЛНО ПРАВО

Љубодраг Пљакић,
судија Врховног суда Србије

ПРОДАЈА КАПИТАЛА И ИМОВИНЕ СУБЈЕКТА ПРИВАТИЗАЦИЈЕ МЕТОДОМ ЈАВНОГ ТЕНДЕРА

- О приватизацији -

Приватизација је правно економска мера у земљама у транзицији. Регулисана је сетом закона који чине заокружену целину, а међу њима је најзначајнији Закон о приватизацији[1] - у даљем тексту: Закон. Овим Законом се уређују услови и поступак промене власништва друштвеног, односно државног капитала и тај процес чини садржину приватизације.

Предмет приватизације је друштвени, односно државни капитал у предузећима и другим правним лицима. У поступку приватизације може се продати имовина или део имовине субјекта приватизације, односно поједини делови. Одредбе Закона се примењују на субјекте приватизације који имају седиште на територији Републике Србије.

Субјекти надлежни за спровођење приватизације су: Агенција за приватизацију, Акцијски фонд и Централни регистар за хартије од вредности.

Агенција за приватизацију – у даљем тексту: Агенција, је правно лице које продаје капитал, односно имовину и промовише, иницира, спроводи и контролише поступак приватизације у складу са законом.

Акцијски фонд је правно лице на које се преносе акције ради продаје у складу са законом и законом којим се уређује Акцијски фонд.

Централни регистар за хартије од вредности садржи јединствену базу података о издатим акцијама, као и о променама тих података, у складу са Законом.

[1] ("Службени гласник РС" 38/01....45/05)

Закон посебан нагласак ставља на чињеницу да се поступак приватизације покреће иницијативом надлежног органа субјекта приватизације и припремом проспекта за приватизацију. Иницијативу за покретање поступка могу да дају и министарство надлежно за послове приватизације као и заинтересовани купци.

Иницијатива за приватизацију је акт субјекта приватизације којим се изражава намера за спровођење приватизације и подноси се у писменој форми. Проспект за приватизацију је приказ основних података о субјекту приватизације који Агенција оглашава у средствима јавног информисања и тиме га чини доступним јавности.

Законом предвиђени модели приватизације су: продаја капитала и пренос капитала без накнаде. Методи продаје капитала субјекта приватизације су јавни тендер и јавна аукција.

- Трговински и управни спор -

Сваки закон, по свом етимолошком значењу, мора да, утврђујући права и обавезе физичких и правних лица преко својих материјалноправних одредаба, истовремено обезбеди и њихову правну сигурност. Она се постиже, за случај да до спора дође, преко процесних одредаба покретањем поступка заштите код одговарајућег суда. Управо заједничке карактеристике свих закона о приватизацији су да процесне одредбе о надлежности судова нису јасно и до краја разрађене. Наравно, у таквој ситуацији квалитет материјално-правних одредаба губи на свом значају. Све ово упућује на закључак да због нејасних процесних одредаба о надлежности судова, законодавцу до краја није била јасна правна природа донетих аката у процесу приватизације.

Практични проблеми су настајали код оцене да ли одређени правни однос, везан за поступак приватизације, треба да се расправи код Трговинског суда или у управном спору код Врховног суда Србије.[2] Генерално посматрано, линија разграничења би била на релацији доношења акта са правном природом управног акта из члана 6. Закона о управним споровима у којим ситуацијама се

[2] Љ. Пљакић: Разграничење надлежности управних и трговинских судова у поступку приватизације XIV Конгрес правника у привреди 2005. године

заснива надлежност Управног одељења Врховног суда Србије и на другој страни, решавања питања поводом закљученог уговора у поступку приватизације, у коме случају постоји надлежност Трговинског суда.

"Поднетом тужбом оспорава се 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 побијаном решењу."[3]

Познат је пример карактера аката које је доносио Централни регистар хартија од вредности. У недостатку одговарајуће одредбе процесног карактера о надлежности суда да расправи законитост донетог акта Централног регистра, полазећи од његове правне природе из Закона, Управно одељење Врховног суда Србије је заузело правни став да се ради о надлежности Трговинског суда, иако би Централни регистар као један од три субјекта који спроводи поступак приватизације морао да у вршењу јавних овлашћења доноси управне акте. Тек доношењем новог Закона о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената[4], у одредби члана 187. став 3. и 4. предвиђено је да Централни регистар у управним стварима сходно примењује одредбе Закона којима се уређује управни поступак и да су та решења коначна, те да се против њих може покренути управни спор.

У управно-судској пракси се поставило питање могућности улагања приговора, па тиме и вођења управног спора у односу на проведени поступак продаје друштвеног капитала и то не само имовине за коју се знало да предузеће са њом располаже, већ истицањем приговора да предузеће располаже и другом имовином која није обухваћена поступком продаје. Врховни суд Србије је заузео став да се ово спорно правно питање има расправити код Трговинског суда јер се ради о имовини која није обухваћена проспектом за приватизацију[5].

"Тужилац у тужби оспорава законитост решења туженог органа истичући да је тужени утврдио да је предузеће које је приватизовано у време приватизације располагало и имовином од четири стана чија је тржишна вредност најмање неколико хиљада евра.

---

[3] Пресуда ВСС Уж. 98/03 од 30. 09. 2004. године
[4] ("Службени гласник РС" 47/06)
[5] Пресуда ВСС У. 6479/04 од 31. 05. 2006. године

Према одредби члана 22. став 2. Закона о приватизацији, програм приватизације доноси надлежни орган субјекта приватизације, па је суд имао у виду и одредбу члана 6. Закона о Агенцији за приватизацију којом је прописано да у погледу обављања послова контроле поступка приватизације Агенција проверава само усклађеност програма приватизације или програма реструктурирања са прописима."

- Одлуке на јавном тендеру -

Овај аутор се већ неколико година бави управно-судском праксом приватизације па овај реферат са већ објављеним на тему аукцијске продаје[6] чини заокружену целину ставова судова о продаји друштвеног и државног капитала у времену транзиције у Србији.

Продаја капитала, односно имовине јавним тендером (члан 26.-33. Закона), представља метод приватизације јавним прикупљањем понуда потенцијалних купаца према утврђеним условима продаје. Организује га и спроводи Агенција.

Сам поступак обухвата: Припрему јавног тендера, јавни позив за подношење понуда, подношење и пријем понуда, отварање и оцену понуда, закључивање уговора и друге техничке радње од значаја за спровођење јавног тендера.

Агенција објављује јавни позив за учешће на јавном тендеру који садржи назив и друге податке о субјекту приватизације, власничку структуру капитала, као и проценат капитала који се продаје. Министар надлежан за послове приватизације образује комисију (тендерска комисија), која прати спровођење јавног тендера. Она одобрава резултате јавног тендера на предлог Агенције. Да би учешће на јавном тендеру било озбиљно, Закон предвиђа да подносилац понуде уплаћује депозит. Закон је овластио Владу Републике Србије да ближе пропише сам поступак и технику продаје овом методом па је Влада и донела одговарајућу уредбу[7] - у даљем тексту: Уредба.

---

[6] Љ. Пљакић - Продаја капитала и имовине субјекта приватизације методом јавне аукције - Билтен судске праксе ВСС 2/06

[7] ("Службени гласник РС" 45/01...110/03)

- Поступак заштите -

Поступак заштите учесника после утврђених резултата поступка, односно одређивања купца предвиђени су одредбом члана 32. Закона. Према овој одредби, учесник јавног тендера има право да приговора на законитост спроведеног поступка који се подноси министарству надлежном за послове приватизације у року од 8 дана од дана пријема обавештења о резултатима јавног тендера. Рок за одлучивање по приговору је 8 дана од дана пријема приговора, а према члану 32. став 5. Закона акт органа донет по пријему приговора је коначан. Правна заштита предвиђена Законом код управних органа на овај начин се исцрпљује па остаје недоречено питање могућности коришћења судске заштите.

Анализом цитираних законских одредби, у недостатку јасног става законодавца, остаје неколико отворених питања за закључивање. Какав је карактер акта о образовању Комисије за спровођење јавног тендера, правна природа коначног акта донетог по пријему приговора (управни акт или акт располагања) и зависно од тога – могућност коришћења судске заштите? Ако судске заштите има, на чијој страни је активна легитимација за оспоравање донете одлуке или можда, закљученог уговора, као и обим разлога за оспоравање одлуке? Одговор се наравно, не може добити анализом Уредбе, обзиром да она уређује само технику спровођења тендера.

Управно-судска заштита са праксом

Одмах ћемо рећи да одлука надлежног министарства о образовању Комисије за праћење и провођење тендера или стављање ван снаге те одлуке, не представља управно одлучивање, нити донете одлуке имају карактер управног акта, па се не могу оспоравати у управном спору. Ове одлуке представљају акте правне технике и нису саме себи циљ, већ треба да омогуће спровођење поступка и доношење одлуке на јавном тендеру. У том правцу се изјаснио Врховни суд Србије.[8]

"Према ставу Врховног суда Србије, решење о образовању Комисије за преговоре са јединим учесником тендера, донето на основу члана 21. став 1. цитиране Уредбе, па и решење о измени решења о образовању ове комисије, представља акт правне технике донет у поступку праће-

[8] Пресуда ВСС У. 4100/02 од 11. 12. 2002. године

ња и спровођења тендера, а не управни акт, у смислу члана 6. Закона о управним споровима, јер се њиме не решава о праву или обавези физичког или правног лица у каквој управној ствари."

Акт органа из члана 32. став 5. донетог по приговору учесника јавног тендера на одлуку о резултатима поступка, односно одређивању купца, има сва обележја управног акта из члана 6. Закона о управним споровима. Акт је донет од ресорног министра као државног органа. Тим актом се решава о праву физичког или правног лица као учесника на јавном тендеру, а одлука је донета од државног органа у управној ствари. Тужба у управном спору се подноси Врховном суду Србије, јер је тужени орган министарство. Како се не ради о управно-рачунском спору, за оцену законитости акта не би био надлежан Виши трговински суд.

Што се тиче обима испитивања законитости одлуке у управном спору – испитује се законитост спроведеног поступка, али не и целисходност. Суд у управном спору није овлашћен да цени на пример, шта би било повољније решење – висина зараде понуђача или улагање у стамбене потребе, или проширење производње. Из овог питања следе и могућности суда у управном спору да одлучи у спору пуне јурисдикције. Суд може да уважи тужбу и поништи одлуку министарства ако одлука на тендеру не садржи разлоге због којих Агенција сматра да је неко бољи понуђач, али не може да у спору пуне јурисдикције утврди најбољег понуђача који би то био по критеријумима којима би суд дао предност.

Остаје питање легитимације за вођење управног спора. Тужбу за покретање управног спора могу поднети учесници јавног тендера, који нису задовољни донетом одлуком. Субјект приватизације према томе, нема легитимацију за покретање управног спора.

У овом правцу су усвојени правни ставови Одељења за управне спорове Врховног суда Србије са седнице од 19. 02. 2003. године.

Будући да одлука Агенције о рангирању учесника тендера има карактер управног акта, њен диспозитив мора да буде јасан и одређен, у смислу члана 198. став 2. ЗУП-а. Повреда ове процесне одредбе је разлог за уважавање поднете тужбе у управном спору.[9]

[9] Пресуда ВСС У. 6470/05 од 19. 04. 2006. године

"Наиме ако је прописано да Агенција утврђује редослед важећих понуда и да се најповољнија понуда рангира на прво место тендер листе, противречна је одлука Агенције о рангирању важећих понуда са истовремено донетом одлуком о одбијању понуде прворангираног понуђача са предлогом да се на преговоре закључивања уговора о продаји позове другорангирани понуђач, а обзиром да је тендерска комисија одлуком о одобравању резултата тендера само прихватила одлуку Агенције и сама одлука тендерске комисије је у овом смислу противречна."

Већ смо рекли да Агенција, у смислу члана 29. став 1. Закона, објављује јавни позив уз учешће на јавном тендеру. Она има овлашћење и да објави да је продужен рок за учешће на јавном тендеру. Ни објављивање јавног позива, нити обавештење о продужењу рока немају карактер управног акта.[10]

"Како је тужилац у тужби навео као акт против кога подноси тужбу позив Агенције за учешће на јавном тендеру ради продаје капитала субјекта приватизације којим се обавештавају учесници тендера да се рок за учешће на јавном тендеру за куповину капитала продужава до 21. 10. 2005. године, те одлагање рока окончања тендера за приватизацију, то произлази да тужилац није поднео тужбу против управног акта којим је решавано о његовом одређеном праву или обавези у поступку продаје капитала субјекта приватизације методом јавног тендера."

Основна Уредба не прописује децидирано шта ће се догодити са тендером уколико тендерска комисија не одобри резултате тендера утврђене предлогом Агенције (ова правна празнина је отклоњена Изменама и допунама Уредбе[11]), али без обзира на такво неодобравање одлуке Агенције од стране тендерске комисије, последица може једино да буде одлука по којој се тендер проглашава неуспелим. Овакво закључивање произлази из овлашћења која тендерској комисији даје члан 29. Закона и члан 3. Уредбе.[12]

"Основано се тужбом истиче да је оспорено решење незаконито, јер одлука тендерске комисије којом се не одобрава одлука Агенције о рангирању понуђача не садржи разлоге о томе због чега се не одобрава

[10] Пресуда ВСС У. 6673/05 од 02. 02. 2007. године
[11] ("Службени гласник РС" 59/03)
[12] Пресуда ВСС У. 3208/03 од 15. 03. 2006. године

предлог Агенције. Комисија јесте овлашћена да не одобри предлог ранг листе, али за такву своју одлуку мора да да разлоге без чије оцене Агенција није могла да донесе одлуку о проглашењу јавног тендера неуспелим. Одлука Агенције о проглашењу јавног тендера неуспелим такође, мора да садржи не само констатацију у образложењу да Комисија не одобри предлог Агенције, већ образложење о томе на основу којих разлога Комисије о неодобравању, Агенција тендер проглашава неуспелим. Како образложење одлуке Комисије не садржи разлоге, већ само констатацију да је одлука о неодобравању рангирања донета "са три гласа против одобравања" учињена је повреда правила поступања која је имала битног утицаја на одлучивање, а није отклоњена ни по приговору тужиоца на законитост спроведеног поступка."

Који још акти немају карактер управних аката?

Закон у одредби члана 41 а) предвиђа могућност по којој Агенција има право на раскид уговора о продаји друштвеног капитала за случај да не дође до испуњења уговора од стране купца. Истовремено настаје обавеза Агенције да капитал који је предмет уговора пренесе Акцијском фонду. Тај пренос нема карактер управног одлучивања, он представља рефлекс раскида уговора па се о ваљаности поступања преноса капитала може одлучивати поводом законитости раскида уговора.[13]

"Како је одредбом члана 41 а) Закона о приватизацији прописано да се због неиспуњења уговорних обавеза уговор о продаји друштвеног капитала раскида, а капитал који је предмет продаје преноси Акцијском фонду, то је Агенција за приватизацију применом цитиране одредбе наведеног Закона искористила право на једнострани раскид уговора о продаји због неиспуњења обавезе купца.

По налажењу Врховног суда Србије, одлука туженог органа о преносу капитала предузећа Акцијском фонду, није управни акт у смислу цитиране одредбе члана 6. Закона о управним споровима, већ последица раскида напред наведеног уговора, па се против такве одлуке не може водити управни спор."

[13] Пресуда ВСС У. 2263/06 од 10. 07. 2006. године

У вези са применом цитиране одредбе је и карактер обавештења Агенције упућеног купцу да раскида уговор о продаји друштвеног капитала због неизвршења уговора.[14]

"Како оспорени акт – обавештење туженог органа о раскиду због неиспуњења, у смислу члана 41 а) Закона о приватизацији, уговора о продаји друштвеног капитала методом јавне аукције одређеног предузећа, нити у форми, ни по садржини, нема карактер управног акта из цитираног члана 6. Закона, јер нема решавајући карактер и није донет у управној ствари, то је Врховни суд Србије, на основу члана 28. став 1. тачка 2. Закона о управним споровима, одлучио као у диспозитиву овог решења."

У послове Агенције, у смислу члана 9. став 1. тачка 7. Закона о Агенцији за приватизацију, спада и спровођење реструктурирања у поступку приватизације или упућивање захтева надлежном органу да спроведе реструктурирање у поступку приватизације. Само покретање поступка реструктурирања или поновног покретања за случај да први поступак није успео, нема карактер управног одлучивања, већ се о таквом карактеру евентуално, може говорити поводом донетих одлука везаних за сам поступак.[15]

"Имајући у виду изнето, произлази да наведеном одлуком Агенција за приватизацију није решавала о одређеном праву или обавези физичког или правног лица, већ се само покреће поступак у овом случају, новог реструктурирања субјекта приватизације, којим се ново реструктурирање оглашава за сва заинтересована лица. Стога ова одлука по својој садржини не представља управни акт у смислу члана 6. Закона о управним споровима, па се против ње не може водити управни спор."

[14] Пресуда ВСС У. 2262/06 од 07. 09. 2006. године
[15] Пресуда ВСС У. 3560/06 од 15. 11. 2006. године

Снежана Живковић,
судија Врховног суда Србије

ДОЗВОЛА ЗА РАД НАСТАВНИКА, ВАСПИТАЧА И СТРУЧНИХ САРАДНИКА

У В О Д

У правној теорији лиценца се у ужем смислу дефинише као право коришћења неког права индустријске својине трећег лица: патента, узорка, модела, робног или услужног жига и може бити уговорна, принудна или законска, а у економији лиценца такође представља право на употребу неког производа или технолошког поступка погодног за индустријску примену које је набављено од проналазача или другог власника и представља део нематеријалне имовине предузећа. Међутим, **лиценца**, која **је као посебан институт уведена Законом о основама система образовања и васпитања ("Службени гласник РС" број 62/03...101/05 – у даљем тексту: Закон)** је дефинисана као дозвола за рад коју морају поседовати одређена лица за обављање послова у установама из делатности образовања и васпитања, односно као лично и неотуђиво право које не може бити ограничено у корист неког трећег, а може престати одузимањем или његово искоришћавање може у одређеном временском периоду бити суспендовано. Како се судска заштита у погледу остваривања и коришћења права наставника, васпитача и стручних сарадника на лиценцу обезбеђује у управном спору, то, уз приказ и анализу основних законских одредаба, реферат жели да укаже на могуће проблеме у примени овог института, о којима ће се и суд изјаснити кроз своје одлуке.

ОПШТЕ НАПОМЕНЕ

Закон у одељку VIII који се односи на наставнике, васпитаче и стручне сараднике разликује услове за њихов пријем у радни однос у установе из делатности образовања и васпитања (члан 111) од услова за рад наставника, васпитача и стручног сарадника (члан 112). Општи услови за пријем у радни однос ових лица је да имају одговарајуће образовање, психичку, физичку и

здравствену способност за рад са децом и ученицима и да нису осуђивани правоснажном пресудом за кривично дело за које је изречена безусловна казна затвора у трајању од најмање 6 месеци, односно да нису правоснажном пресудом осуђени за кривично дело против достојанства личности и морала, али да би обављали послове наставника, васпитача и стручног сарадника морају имати дозволу за рад.

Појам наставника, васпитача и стручних сарадника одређен је чланом 107. Закона. Васпитно-образовни рад у дечијем вртићу остварује васпитач у складу са посебним Законом, а васпитни рад са ученицима у школи са домом, такође остварује васпитач. Наставу и друге облике образовно-васпитног рада у школи остварује наставник. Стручне послове у дечијем вртићу обављају педагог и психолог и други стручни сарадници, а у школи то могу бити, поред ових стручних сарадника и библиотекар, односно у школи за образовање одраслих лица и андрагог, с тим што, зависно од потреба школе и програма који се остварује, стручне послове могу да обављају и дефектолог, логопед, социјални или здравствени радник. Закон одређује и појам помоћног наставника, као лица које обавља послове припреме лабораторијских вежби, извођења и демонстрирања поступака, техничко-технолошке припреме, извођења дела практичне наставе и других послова под непосредним руководством наставника, **али не одређује да помоћни наставник мора имати дозволу за рад.** То произилази и из одредаба члана 112. ст. 2. и ст. 3. овог Закона, којим је одређен круг лица и временски период у коме се послови наставника, васпитача и стручног сарадника могу обављати без лиценце. Међу лицима која без лиценце могу обављати предметне послове су и приправници, који у току трајања приправничког стажа од најдуже две године од заснивања радног односа се, поред осталог, оспособљавају за самосталан образовно-васпитни рад, односно стручни рад савладавања програма за увођење у рад наставника, васпитача и стручног сарадника и полагање испита за лиценцу. Право да полажу испит за лиценцу стичу после навршених годину дана рада, а уколико овај испит не положе у року од две године од дана заснивања радног односа престаје им радни однос. Приправници који савладају програм увођења у посао наставника, васпитача и стручног сарадника имају право на полагање испита за лиценцу, с тим што **програм за стицање лиценце, начин провере савладаности тог програма, трошкове полагања испита и орган управе пред којим се полаже испит за лиценцу прописује министар (члан 113. став 6. и члан 114. став 6. Закона), што је и учинио доно-**

шењем Правилника о дозволи за рад наставника, васпитача и стручних сарадника ("Службени гласник РС" број 22/05 – у даљем тексту: Правилник). Значајно је напоменути и да Национални просветни савет, поред осталих надлежности има и задатак да утврђује стандарде за стицање дозволе за рад, који се објављују у "Просветном гласнику", као и да Центар за професионални развој запослених, као организациона јединица Завода за унапређивање образовања и васпитања обавља стручне послове из делатности овог Завода, који се односе и на полагања испита за дозволу за рад наставника, васпитача и стручног сарадника.

ИЗДАВАЊЕ ЛИЦЕНЦЕ И ВОЂЕЊЕ РЕГИСТРА

Према одредбама члана 27. тачка 7. и члана 114. став 2. Закона Министарство издаје лиценцу и води регистар наставника, васпитача и стручних сарадника којима је издата лиценца, а у регистар се уносе и подаци о суспензији и одузимању лиценце. Законом је лиценца дефинисана као јавна исправа и одређено да је регистар лиценце јаван, тако да на захтев лица које има правни интерес Министарство издаје извод из регистра.

Установе које обављају делатност образовања и васпитања су дужне да благовремено Министарству доставе све податке у вези са лиценцом наставника, васпитача и стручног сарадника, а садржај и начин вођења регистра, као и образац лиценце прописује министар, што је и учинио Правилником. Ове установе подносе захтев Министарству за одобравање полагања испита за лиценцу, а испит се полаже у Министарству пред комисијом коју образује министар. Из одредби Закона и Правилника произилазило би да је Министарство дужно да по службеној дужности изврши упис у регистар лиценци лица која су положила испит и добила дозволу за рад. Уписивање лиценце у регистар представља завршну фазу у поступку признавања, односно остваривања права наставника, васпитача и стручног сарадника на рад. По мишљењу аутора овог реферата, **регистар лиценце спада у јавне регистре са материјално-правним последицама**, јер се уписом у регистар лиценце, суспензије лиценце и одузимања лиценце стичу или губе одређена права, а евидентирањем свих чињеница у вези са лиценцом обезбеђује се већа сигурност у обављању послова у установама из делатности образовања и васпитања.

Међутим, само право на добијање лиценце (чл. 115. Закона) условљено је поседовањем одговарајућег образовања из члана 110. Закона, савлада-

ним програмом увођења у посао наставника, васпитача и стручног сарадника и положеним испитом за лиценцу, а Министарство је дужно да лицу које испуњава ове услове на лични захтев, у року од 60 дана од подношења захтева, изда лиценцу. Уколико лице које поднесе захтев не испуњава наведене услове министар ће решењем одбити захтев за издавање лиценце и такво решење је, према члану 115. став 3. Закона, коначно у управном поступку. Судска заштита против решења министра којим се одбија захтев за добијање лиценце није обезбеђена ван управног спора, нити је Законом искључена могућност вођења управног спора против овог решења. Сматрам да **решење министра којим се одбија захтев за издавање лиценце садржи све елементе управног акта** из члана 6. Закона о управним споровима и у погледу доносиоца и његове ауторитативности, јер према лицу које подноси захтев иступа у вршењу власти и овлашћења датог наведеним прописом, а несумњиво има решавајући карактер и производи непосредно правне последице за подносиоца захтева, као појединца, због чега је испуњен и услов да је конкретан и донет у управној ствари издавања дозволе за рад. Како се решење доноси од стране министра, то сагласно садашњој законској регулативи, за оцену законитости решења о одбијању захтева за издавање лиценци је надлежан Врховни суд Србије. Ово решење, као и сви управни акти, мора садржати саставне делове прописане чланом 196. Закона о општем управном поступку, мора бити донето и потписано од стране министра, јер је то овим Законом одређено и мора, као сви управни акти, у образложењу решења (чл. 199. ст. 2. ЗУП-а), садржати утврђено чињенично стање, које је од значаја за одлучивање по поднетом захтеву за издавање лиценци и примену материјалног права, односно одредби члана 115. став 1. Закона.

У поступку који претходи издавању лиценце постоји могућност да министар донесе и **решење којим се одбија захтев за одобравање полагања испита за лиценцу ако кандидат не испуњава прописане услове** – члан 15. став 5. Правилника. Сматрам да и ово решење **има карактер управног акта** из члана 6. Закона о управним споровима са истих разлога са којих тај карактер има и решење министра о одбијању захтева за издавање лиценце, па и такво решење може бити предмет оцене законитости пред судом у управном спору. Како се наведена решења министра доносе по захтеву странке, те уколико министар у законом прописаном року не одлучи о захтеву, могуће је пред судом вођење и спора због ћутања администрације у смислу члана 24. Закона о управним споровима.

СУСПЕНЗИЈА ЛИЦЕНЦЕ

Из одредаба Закона које се односе на суспензију лиценце произилази да се лиценца обавезно суспендује на шест месеци наставнику, васпитачу и стручном сараднику коме је престао радни однос због изречене мере за теже повреде радних обавеза из члана 131. тачка 2) 6) 7) 10) и 11. Закона, у ком случају суспензија тече од наредног дана од дана престанка радног односа, (члан 118. став 2. и 8. Закона). Такође, лиценца се суспендује и под условима одређеним ставом 3. члана 118. Закона: када према извештају просветног саветника наставник, васпитач или стручни сарадник не остварује образовно-васпитни рад на начин и по поступку којим се омогућава постизање прописаних циљева и задатака програма образовања и васпитања, а за кога просветни саветник утврди да није отклонио недостатке у свом раду ни после датих стручних примедби, предлога и упозорења у писаном облику, па је на основу тога најмање два пута негативно оцењен од стране просветног саветника. Закон не одређује трајање суспензије лиценце по основу члана 118. став 3., већ само њен почетак (члан 118. став 8. Закона). При томе је закон предвидео само могућност изјављивања приговора наставника, васпитача или стручног сарадника на извештај просветног инспектора у случају суспензије лиценце по основу члана 118. став 3. То би значило да се приговор не може изјавити ако се лиценца суспендује на основу члана 118. став 2. Закона, и не би подразумевало доношење посебног решења. Дозвољени приговор на извештај просветног инспектора се подноси у року од 8 дана од дана пријема извештаја просветног инспектора, а министар је дужан да решење по приговору донесе у року од 30 дана од дана подношења приговора и то решење министра је коначно у управном поступку. Сматрам да **и решење министра по приговору наставника, васпитача или стручног сарадника на суспензију лиценце је управни акт**, из истих разлога који се односе и на акт министра о одбијању захтева за издавање лиценце, као и да се оцена законитости овог решења министра, према садашњој законској регулативи, такође врши од стране Врховног суда Србије. Иначе послови стручно – педагошког надзора које врши просветни саветник су ближе регулисани одредбама члана 138. Закона, услови које мора испуњавати лице које обавља послове просветног саветника чланом 139., а начин вршења стручно - педагошког надзора чланом 140. Закона. Како суспензија лиценце представља ограничење стеченог права, то извештај просветног саветника о суспензији лиценце, као и решење министра донето по приговору на тај извештај морају бити детаљно образложени, како

би суд са сигурношћу могао да оцени и испита постојање услова из члана 118. став 3. Закона за суспензију лиценце. При томе министар одлучујући по приговору је дужан да оцени све наводе приговора сагласно одредбама члана 235. Закона о општем управном поступку. Суспензија лиценце може бити укинута, односно престати, уколико наставник, васпитач или стручни сарадник, коме је суспендована лиценца по основу става 3. члана 118. положи испит за лиценцу, о чему се такође морају спровести одговарајуће промене у регистру лиценци.

ОДУЗИМАЊЕ ЛИЦЕНЦЕ

Закон је у члану 119. прописао услове под којима се одузима лиценца, али не и орган који врши одузимање лиценце. Наиме, лиценца се одузима наставнику, васпитачу или стручном сараднику коме је два пута суспендована лиценца, а стекли су се услови за нову суспензију, као и лицу које је правоснажном пресудом осуђено за кривично дело против достојанства личности и морала, корупцију у просвети, фалсификовање јавне исправе коју издаје школа и примања мита у обављању послова наставника, васпитача и стручног сарадника. По самом Закону се лиценца сматра одузетом наредног дана од дана престанка радног односа наставника, васпитача и стручног сарадника, односно од дана правоснажности пресуде, при чему лице коме је одузета лиценца нема право на њено поновно издавање. Закон, према томе, садржи презумпцију када се сматра лиценца одузетом у смислу члана 119. став 1. Закона, па би произилазило да се не доноси посебно решење о одузимању лиценце. Међутим, сматрам да се ради о недоречености у закону и да одузимање лиценце као дозволе за рад, значи губитак стеченог права, које се не може поново остварити, те да би стога **било потребно донети и посебно решење о одузимању лиценце**.

ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ НАСТАВНИКА, ВАСПИТАЧА И СТРУЧНИХ САРАДНИКА ИЗ ПРЕЛАЗНИХ И ЗАВРШНИХ ОДРЕДАБА ЗАКОНА

У прелазним и завршним одредбама Закона детаљно је регулисан правни положај наставника, васпитача и стручних сарадника који су до дана ступања на снагу овог Закона засновали радни однос у установи образовања и васпитања. За њих, уколико имају положен стручни испит, се сматра да

имају лиценцу од дана ступања на снагу овог Закона, а уколико немају положен стручни испит, као и приправнике, који су до дана ступања на снагу овог Закона засновали радни однос, имају право да полажу стручни испит, али по програму и на начин прописан до дана ступања на снагу овог Закона, и у року од две године од његовог ступања на снагу, при чему уколико положе стручни испит сматра се да имају лиценцу од положеног стручног испита. (члан 163). У примени ове одредбе закона **може се поставити као спорно питање признање стручног испита лица која су испит положила на подручју република бивше СФРЈ**. Међутим, после ступања на снагу овог Закона у прелазном периоду до краја школске 2005/2006 годину омогућено је лицима без лиценце који испуњавају услове за наставника, васпитача и стручног сарадника да заснују радни однос у установама, по прописима који су важили до дана ступања на снагу овог Закона, с тим што имају обавезу да стекну лиценцу у року од две године од доношења програма за лиценцу (члан 165). Из наведених одредби произлази да је законодавац потпуно заштитио и регулисао положај наставника, васпитача и стручних сарадника у погледу стицања права на лиценцу до краја школске 2005/2006 године, омогућивши им или да полажу стручни испит по ранијим прописима и уподобљавајући тако положени стручни испит са лиценцом, односно омогућавајући им да се до краја наведене године запосле и без лиценце, али уз обавезу да исту стекну у року од две године од доношења програма за лиценцу. Сматрам да у примени наведених одредаба неће бити много спорних питања и потребе да Суд заузме одређене правне ставове кроз своје одлуке и праксу због изнетог детаљног регулисања правног положаја наставника, васпитача и стручних сарадника у прелазним и завршним одредбама Закона.

ЗАКЉУЧАК

Решења која министар просвете по Закону о основама система образовања и васпитања доноси у поступку издавања и важења лиценце наставника, васпитача и стручних сарадника имају карактер коначних управних аката, чија се законитост оцењује у управном спору.

Катарина Манојловић-Андрић,
судија Врховног суда Србије

ЗАШТИТА УСТАВНИХ ПРАВА ПРИПАДНИКА НАЦИОНАЛНИХ МАЊИНА У ИЗБОРНОМ СПОРУ

Ко само ријечи законске знаде, тај још закона не зна, док му не схвати разум и смисао.[1]

1. УВОД

У Републици Србији су 21.1.2007. године, одржани избори за народне посланике Народне скупштине Републике Србије.

Врховном суду Србије је у току избора, између осталог, поднето и осам жалби којима је оспоравано проглашење изборних листа националних мањина због тога што њихови подносиоци нису обезбедили законом прописан број од 10.000 потписа бирача потребан за утврђивање изборне листе. Ови изборни спорови, су на једноставан и лак начин могли бити решени применом "ријечи закона", али је Суд сматрао да је за доношење одлука неопходно проникнути у суштину проблема учешћа представника националних мањина у изборном процесу. У прописаном року од само 48 сати за одлучивање по жалбама, требало је размотрити питање делотворног остваривања права припадника националних мањина на учествовање у јавним пословима које се отелотворује кроз пасивно бирачко право, у контексту општих начела њиховог уживања, законитости и легитимности њиховог ограничења и могућности предузимања мера "позитивне дискриминације". Полазиште за доношење одлука су били прописи о избору народних посланика у Народну скупштину Републике Србије, али су одговори на постављена питања могли бити нађени тек тумачењем одредаба о људским и мањинским правима гарантованих новим Уставом Републике

[1] Члан 993. Општег имовинског закона за Црну Гору из 1888. године

Србије и потврђеним међународним уговорима који су саставни део правног поретка Републике Србије.

Овај текст је покушај да се укаже на сложеност судског феномена и судијску дужност у примени права, али и правде, која свој посебан значај добија у поступку заштите људских права.

2. МЕЂУНАРОДНИ ПРАВНИ ОКВИРИ

2.1. Право на учествовање у јавним пословима и изборно право

"Свођење свих човекових права на она која му подари држава не задовољава неке основне моралне обзире и пориче основне људске квалитете. Оно је у нескладу са људском слободом и једнакошћу. Зато се међу субјективним правима издвајају она која се не дугују држави и њеној вољи, већ их људско биће има самим тим што је људско биће, дакле, независно од државе и без државе. Ова права називају се људским правима."[2]

Грађанска и политичка права спадају у прву "генерацију" људских права, први пут гарантованих у документима грађанских револуција с краја 18. и почетка 19. века. Политичка права у ширем смислу обухватају слободу изражавања, окупљања и удруживања, а у ужем смислу право на учествовање у јавним пословима, активно и пасивно бирачко право и право на равноправан приступ јавним службама. Та права су данас заштићена многим међународним инструментима.

Право на учестовање у јавним пословима извире из начела народног суверенитета, а у парламентарним демократијама се, пре свега, односи на бирање представника у законодавно тело. То значи да се право на учествовање у јавном животу првенствено реализује кроз изборно право.

Резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 217 А (III) од 10.12.1948. године, усвојена је и прокламована Универзална декларација о људским правима или Општа декларација о правима човека. Чланом 21. ове декларације прописано је да свако има право да учествује у управљању јавним пословима своје земље непосредно или преко слободно изабраних представника и да на равноправној основи ступа у јавну

[2] В. Димитријевић, Д. Поповић, Т. Папић и В. Петровић, Међународно право људских права, Београдски центар за људска права, Београд, 2006., стр. 38

службу у својој земљи. Воља народа је основа државне власти: ова воља треба да се изражава на повременим и слободним изборима, који ће се спроводити општим једнаким правом гласа, тајним гласањем или одговарајућим поступком којим се обезбеђује слобода гласања.

Међународни пакт о грађанским и политичким правима, који је усвојен од стране Генералне скупштине Уједињених нација 16.12.1966. године, а који је Југославија ратификовала 2.6.1971. године, је у члану 25. прокламовао право и могућност сваког грађанина, без икакве дискриминације и без неоснованих ограничења да: учествује у управљању јавним пословима, било непосредно, било преко слободно изабраних представника, бира или буде биран на повременим истинским, општим, једнаким и тајним изборима, који обезбеђују слободно изражавање воље бирача и буде примљен, под општим једнаким условима, у јавне службе своје земље.

Имајући у виду Универзалну декларацију о људским правима која треба да осигура опште и стварно признање и поштовање права прокламованих у њој, као и да је циљ Савета Европе постизање већег јединства између његових чланица, а да је очување и развијање основних људских права и слобода један од начина на који том циљу треба тежити, државе чланице Савета Европе су у Риму 4.11.1950. године, донеле Конвенцију о заштити људских права и основних слобода. У Протоколу број 1 уз Конвенцију, усвојеном у Паризу 20.3.1952. године, прокламовано је право на слободне изборе. Чланом 3. Протокола високе стране уговорнице се обавезују да у примереним временским размацима одржавају слободне изборе тајним гласањем, под условима који обезбеђују слободно изражавање мишљења народа при избору законодавних тела.

Основни принципи изборног система, као основ остваривања права на слободне изборе, формулисани су у Завршном документу Организације за европску безбедност и сарадњу на Другом заседању Конференције о људској димензији у Копенхагену 1990. године (Копенхашки документ). Ти принципи се могу сажети у следеће речи: универзалност, једнакост, правичност, тајност, слобода, јавност и одговорност. Да би се обезбедило да ће воља народа послужити као основа ауторитета власти, државе чланице су се Копенхашким документом обавезале да ће: одржавати слободне изборе у разумним интервалима, како је утврђено законом; омогућити да бар на једном нивоу парламента сва места буду слободно бирана вољом грађана; гарантовати оп-

ште једнако право гласа свим грађанима који су стекли зрелост; обезбедити да се гласа тајним гласањем или неком другом слободном процедуром гласања и да се гласови пребројавају и преносе тачно, а да се званични резултати објављују; поштовати право грађана да настоје да стекну политичке или јавне функције, као појединци или представници политичких партија или организација, без дискриминације; поштовати право појединаца или група да оснивају, потпуно слободно, своје сопствене политичке партије или друге политичке организације и да за такве политичке партије и организације обезбеде неопходне законске гаранције како би им омогућили да се међусобно надмећу на основу једнаког третмана пред законом и властима; обезбедити да закон и државна политика омогуће да се политичка кампања спроводи у фер и слободној атмосфери у којој ни административни поступци, насиље, нити застрашивање неће спречити партије и кандидате да слободно искажу своје ставове и оцене, нити онемогућити грађане да за те ставове и оцене сазнају и о њима дискутују или да гласају без страха да ће им се због тога наудити; обезбедити да нема законских или административних препрека на путу несметаног приступа медијима на непристрасној основи за све политичке групације и појединце који учествују у изборном процесу, обезбедити да кандидати који добију потребан број гласова у складу са законом на време преузму дужност и да им се дозволи 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.

2.2. Права националних мањина

Међународни прави акти не садрже дефиницију мањина тако да је одређивање овог појма, пре свега, предмет теорије. Тешкоће универзалног дефинисања мањина су условљене различитим околностима у појединим друштвима. У неким државама су критеријуми за њихово одређивање национални, у другима верски, а у новије време се све више говори и о другим мањинским групама. У појединим земљама Латинске Америке и Јужноафричкој Републици мањинска група је доминантна, тј. одлучујуће утиче на управљање државом и друштвом, па се не може сматрати мањином коју треба заштитити.

У међународном праву се данас посебна пажња поклања правима следећих мањинских група: националних мањина, домородачких народа (Индијанци у Америци, Ескими у Канади, Маори на Новом Зеланду и др),

угрожених група (нпр. лица са инвалидитетом), лица умешаних у оружане сукобе (рањеници, болесници, заробљеници, цивилно становништво и др), лица без држављанства (апатриди) и избеглица.

Према члану 2. Декларације Уједињених нација о правима припадника националних или етничких, верских и језичких мањина, припадници мањина имају следећа права: на учешће у културном, религиозном, социјалном и привредном животу; на учешће у одлучивању на националном и, где је могуће регионалном нивоу који се односи на мањине којима припадају или региону у којем живе, на начин који није у складу са националним законодавством; на оснивање и одржавање својих удружења; на успостављање и одржавање, без дискриминације, слободних и мирољубивих контаката са другим члановима њихових група и са лицима која припадају другим националним мањинама, као и контакте дуж граница са грађанима других земаља чланица са којима су везани, национално, етнички, верски и језички.

Оквирна конвенција за заштиту националних мањина Савета Европе намеће општу обавезу државама чланицама да створе неопходне услове за ефикасно учешће припадника националних мањина у културном, социјалном и економском животу и јавним пословима, нарочито оним који их се тичу (члан 15).

Став 35. Копенхашког документа обавезује земље чланице ОЕБС-а да поштују права националних мањина на пуно учешће у државним пословима укључујући учешће у пословима који се односе на заштиту и промовисање идентита тих мањина.

Право на учествовање припадника националних мањина у јавним пословима (политичку партиципацију) је у врло уској вези са начелом недискриминације.

Протоколом број 12 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, државе потписнице, чланице Савета Европе, имајући у виду основно начело да су сви људи једнаки пред законом и имају право на једнаку заштиту закона, решене да предузму даље кораке ради унапређивања и једнакости свих људи колективном применом опште забране дискриминације путем Конвенције за заштиту људских права и основних слобода, потврђујући да начело недискриминације не спречава потписнице да предузимају мере ради унапређивања пуне и стварне једнакости под условом да постоји објективно и разумно оправдање за овакве мере, са-

гласиле су се, поред осталог, о томе да ће се свако право које закон предвиђа остваривати без дискриминације по било ком основу као нпр. полу, раси, боји коже, језику, вероисповести, политичком и другом уверењу, националном или друштвеном пореклу, повезаности са националном мањином, имовини, рођењу или другом статусу, као и да јавне власти неће ни према коме вршити дискриминацију по поменутим основима.

3. ЉУДСКА И МАЊИНСКА ПРАВА И СЛОБОДЕ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

3.1. Имплементација норми о људским правима

Спровођење у живот међународног режима људских права поверено је државама које су дужне да осигурају људска права свим лицима у својој надлежности. Да би неко лице могло да користи право гарантовано међународним уговором неопходно је да оно постане део унутрашњег права једне државе, јер се међународно право у начелу не односи непосредно на појединце.

Инкорпорација међународних норми у унутрашње законодавство најчешће се врши уставом.

Одредбама члана 3. Устава Републике Србије[3] утврђује се да је владавина права основна претпоставка Устава и почива на неотуђивим људским правима (став 1). Владавина права се остварује слободним и непосредним изборима, уставним јемствима људских и мањинских права, поделом власти, независном судском влашћу и повиновањем власти Уставу и закону.

Према члану 16. став 2. Устава, општеприхваћена правила међународног права и потврђени међународни уговори саставни су део правног поретка Републике Србије и непосредно се примењују.

Устав Републике Србије у члану 18. ст. 1. и 2. утврђује непосредну примену људских и мањинских права и то како оних која су зајемчена Уставом, тако и оних која су зајемчена општеприхваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима и законом.

[3] "Службени гласник РС" бр. 98/2006

Међународне норме се морају унутрашњим законодавством прилагођавати у погледу начина остваривања зајемчених права и дозвољених ограничења.

Чланом 18. став 2. Устава је утврђено да се законом може прописати начин остваривања права само ако је то Уставом изричито предвиђено или ако је то неопходно за остваривање појединачног права због његове природе при чему закон ни у ком случају не сме да утиче на суштину зајемченог права.

Одредбе члана 10. Устава регулишу случајеве и услове ограничења људских и мањинских права. При ограничавању људских и мањинских права, сви државни органи, а нарочито судови, дужни су да воде рачуна о суштини права које се ограничава, важности сврхе ограничења, природи и обиму ограничења, односу ограничења са сврхом ограничења и о томе да ли постоји начин да се сврха ограничења постигне мањим ограничењем права (став 3).

У члану 21. Устава проглашена је општа антидискриминаторна клаузула која важи за остваривање свих људских и мањинских права. Пред Уставом и законом су сви једнаки (став 1). Свако има право на једнаку законску заштиту без дискриминације (став 2). Забрањена је свака дискриминација, непосредна или посредна, по било ком основу, а нарочито по основу расе, пола, националне припадности, друштвеног порекла, рођења, вероисповести, политичког или другог уверења, имовног стања, културе, језика, старости и психичког и физичког инвалидитета.

Примена норми међународног права не зависи само од њихове инкорпорације у домаћи правни поредак, већ и од њиховог правилног тумачења.

Одредбе о људским и мањинским правима се, према члану 18. став 3. Устава, тумаче у корист унапређења вредности демократског друштва, сагласно важећим међународним стандардима људских и мањинских права као и пракси међународних институција које надзиру њихово спровођење.

Стандарди тј. појмови које норме међународног и унутрашњег права садрже без посебног дефинисања, морају се тумачити у складу са општим правним начелима које признају просвећени народи. Ова начела се изводе из принципа заједничких свим или већини признатих правних система света.

3.2. Права националних мањина зајемчена Уставом и законом

Заштита мањина је добила системски карактер тек после Првог светског рата под окриљем Друштва народа. Између два светска рата мањине су биле заштићене као групе чији су представници имали право да заступају њихове интересе пред међународним органима и телима.

Уједињене нације и Савет Европе су се после Другог светског рата определили за заштиту индивидуалних права мањина.

Устав Републике Србије, у складу са најновијим тенденцијама међународног права, припадницима националних мањина, поред права која су Уставом зајемчена свим грађанима, јемчи додатна, како индивидуална, тако и колективна права. Једно од основних уставних начела, прокламовано у члану 14, је заштита националних мањина. Националним мањинама се јемчи посебна заштита ради остваривања потпуне равноправности и очувања њиховог идентитета. Одредбама члана 76. припадницима националних мањина јемчи се равноправност пред законом и једнака законска заштита, и истовремено се забрањује било каква дискриминација због припадности националној мањини.

Једно од индивидуалних права националних мањина је и равноправност у вођењу јавних послова гарантована чланом 77. Устава. Припадници националних мањина имају, под истим условима као остали грађани, право да учествују у управљању јавним пословима и да ступају на јавне функције (став 1). При запошљавању у државним органима, јавним службама, органима аутономне покрајине и јединицама локалне самоуправе води се рачуна о националном саставу становништва и одговарајућој заступљености припадника националних мањина (став 2).

Савезна Република Југославија је 2002. године донела Закон о заштити права и слобода националних мањина[4], који се у Републици Србији примењује на основу члана 20. став 5. Закона за спровођење Уставне повеље државне заједнице Србија и Црна Гора[5] и члана 12. Уставног закона за спровођење Устава Републике Србије[6].

---

[4] "Службени лист СРЈ", бр. 11/2002 и 57/2002
[5] "Службени лист СЦГ", број 1/2003
[6] "Службени гласник РС", број 98/2006

Према члану 2. Закона о заштити права и слобода националних мањина, национална мањина у смислу овог закона је свака група држављана Савезне Републике Југославије која је по бројности довољно репрезентативна, иако представља мањину на територији Савезне Републике Југославије, да припада некој од група становиштва које су у дуготрајној и чврстој вези са територијом Савезне Републике Југославије и поседује обележја као што су језик, култура, национална или етничка припадност, порекло или вероисповест, по којима се разликује од већине становништва, и чији се припадници одликују бригом да заједно одржавају свој заједнички идентитет, укључујући културу, традицију, језик или религију (став 1). Став 2. овог члана прописује да ће се националним мањинама сматрати све групе држављана који се називају или одређују као народи, националне и етничке заједнице, националне и етничке групе, националности и народности, а испуњавају услове из става 1. овог члана.

Одредбама члана 4. наведеног закона, предвиђено је да органи власти у Савезној Републици Југославији могу у складу са Уставом и законом да доносе прописе, појединачне правне акте и да предузимају мере у циљу обезбеђења пуне и ефективне равноправности између припадника националних мањина и припадника већинске нације (став 1). Органи власти ће донети правне акте и предузимати мере из става 1. овог члана у циљу поправљања положаја лица која припадају ромској националној мањини (став 2). Прописи, појединачни акти и мере из става 1. овог члана се не могу сматрати актом дискриминације (став 3).

Из наведених одредаба се види да је држава на себе преузела обавезу да доношењем нових прописа и појединачних аката ојача положај и права припадника националних мањина ради обезбеђивања њихове суштинске равноправности са припадницима већинске нације, а у складу са међународним обавезама које је преузела, пре свега, ратификујући 2001. године Оквирну конвенцију за заштиту националних мањина Савета Европе, која у члану 2. став 2. прописује да се уговорнице обавезују да усвоје, где је то потребно, одговарајуће мере за унапређење у свим областима емономског, социјалног, политичког и културног живота, пуне и ефективне равноправности између припадника националне мањине и оних који припадају већини, у ком погледу ће се водити рачуна о посебним условима припадника националних мањина.

Да би се достигли међународни стандарди није, дакле, довољно да држава ратификује неки међународни уговор и тако покаже бригу о људским правима, већ је неопходно да предузме читав низ активности и донесе одговарајуће мере које ће омогућити конкретно остваривање зајемчених права. Потреба предузимања таквих корака је нарочито карактеристична за економска, социјална и културна права, као и за постизање пуне равноправности група лица која су у неједнаком положају са осталим грађанима. Зато је чланом 21. став 4. Устава Републике Србије утврђено да се не сматрају дискриминацијом посебне мере које Република Србија може увести ради постизања пуне равноправности лица или групе лица која су суштински у неједнаком положају са осталим грађанима.

4. РЕЛЕВАНТНИ ПРОПИСИ О ИЗБОРУ НАРОДНИХ ПОСЛАНИКА У НАРОДНУ СКУПШТИНУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Изборно право у Републици Србији прокламовано је чланом 52. Устава Републике Србије који гласи: "Сваки пунолетан, пословно способан држављанин Републике Србије има право да бира и да буде биран. (Изборно право је опште и једнако, избори су слободни и непосредни, а гласање је тајно и лично). Изборно право ужива правну заштиту у складу са законом."

Одредбом члана 100. став 1. Устава утврђено је да Народну скупштину чини 250 народних посланика који се бирају на непосредним изборима, тајним гласањем, у складу са законом. Према ставу 2. истог члана, у Народној скупштини обезбеђује се равноправност и заступљеност полова и представника националних мањина, у складу са законом.

Избори за народне посланике у Народну скупштину Републике Србије одржани јануара месеца 2007. године, спроведени су на основу Закона о избору народних посланика (у даљем тексту: Закон)[7] и подзаконских аката које је донела Републичка изборна комисија.[8]

---

[7] "Службени гласник РС", бр. 35/2000, 69/2002, 57/2003, 72/2003, 18/2004, 85/2005 и 101/2005

[8] Упутство за спровођење Закона о избору народних посланика "Службени гласник РС", бр. 103/2006, 109/2006 и 5/2007

Закон је донет 2000. године у време важења ранијег Устава Републике Србије[9], а примењује се и даље до његовог усклађивања са новим Уставом, на основу члана 12. Уставног закона за спровођење Устава Републике Србије.

Закон је 2004. године претрпео већи број измена и допуна.

Допунама Закона омогућено је гласање лицима којима је након 2000. године било ускраћено бирачко право без икаквог образложења и то: немоћним лицима или спреченим лицима, бирачима који се налазе у притвору или издржавају заводску санкцију и бирачима који имају боравиште у иностранству. На тај начин је обезбеђено остваривање међународним актима и Уставом признатог општег права гласа свим пунолетним и пословно способним држављанима Републике Србије.

Поједине допуне Закона настале су као производ мера "позитивне дискриминације" ("афирмативне акције"). Наиме, тим допунама су фаворизоване жене и изборне листе националних мањина, са циљем да се отклоне последице дугогодишње неравноправне заступљености припадника ових групација у највишем представничком телу у Републици. Иако је формално женама и припадницима националних мањина ранијим Уставом било гарантовано пасивно бирачко право, као и мушкарцима и припадницима већинског народа, стварна неједнакост испољена кроз незнатну заступљеност жена и представника националних мањина у Народној скупштини је и даље постојала.

Одредбама члана 40а) Закона прописано је да на изборној листи међу свака четири кандидата по редоследу на листи (прва четири места, друга четири места и тако до краја листе) мора бити по један кандидат – припадник оног пола који је мање заступљен на листи, а укупно на изборној листи мора бити најмање 30% кандидата мање заступљеног пола на листи. Међутим, ову допуну Закона нису пратиле и измене одредаба чл. 83. и 84. Закона, које ре-

---

Упутство за спровођење избора за народне посланике Народне скупштине Републике Србије на територији Републике Црне Горе "Службени гласник РС" број 103/2006

Правила о раду бирачких одбора за спровођење избора за народне посланике "Службени гласник РС", број 103/2006

9 "Службени гласник РС", број 1/90

гулишу начин на који подносилац изборне листе додељује посланичке мандате кандидатима са изборне листе, па подносиоци изборних листа имају и даље право да мандате које су добили на изборима за народне посланике доделе кандидатима са изборне листе према критеријумима које сами одреде, а не према сразмерној полној заступљености.

У члану 81. Закона који је прописивао да у расподели мандата учествују само изборне листе које су добиле најмање 5% гласова од укупног броја гласова бирача који су гласали у изборној јединици, додата су три нова става која гласе: "Политичке странке националних мањина и коалиције политичких странака националних мањина учествују у расподели мандата и кад су добиле мање од 5% гласова од укупног броја бирача који су гласали. (Политичке странке националних мањина су све оне странке чији је основни циљ представљање и заступање интереса националне мањине и заштита и побољшање права припадника националних мањина, у складу с међународним стандардима.) О томе да ли подносилац изборне листе има положај политичке странке националне мањине, односно коалиције политичких странака националних мањина одлучује Републичка изборна комисија при проглашењу изборне листе, а на предлог подносиоца изборне листе који мора бити стављен при подношењу изборне листе."

Укидањем цензуса за расподелу мандата створена је већа могућност да представници политичких странака националних мањина постану посланици у Народној скупштини и ангажују се на заступању права и интереса националних мањина и њиховој заштити.

У Закону је, међутим, и даље остала непромењена одредба члана 43. став 1., према којој је изборна листа, па и изборна листа политичке странке националне мањине, утврђена када је својим потписима подржи најмање 10.000 бирача.

Републичка изборна комисија је 15.11.2006. године, донела Упутство за спровођење Закона о избору народних посланика, којим је у члану 23. став 1. тачка 8. прописала да се уз изборну листу коју подноси странка националне мањине или коалиција политичких странака националних мањина прилаже најмање 3.000 судски оверених изјава бирача који подржавају изборну листу. Упутство је јавно објављено, ступило на правну снагу и још увек важи, а са његовом садржином били су упознати сви учесници у поступку спровођења избора који су одржани јануара месеца 2007. године.

5. ЗАШТИТА УСТАВНИХ ПРАВА ПРИПАДНИКА НАЦИОНАЛНИХ МАЊИНА У ИЗБОРНОМ СПОРУ

Републичка изборна комисија је у току поступка кандидовања за јануарске изборе 2007. године, утврдила и прогласила четири изборне листе политичких странака националних мањина које је својим потписима подржало више од 10.000 бирача у складу са чланом 43. став 1. Закона.

Поред тога, Републичка изборна комисија је утврдила и прогласила и три изборне листе политичких странака националних мањина и једну изборну листу коалиције политичких странака националних мањина уз које је приложено више од 3.000, али мање од 10.000 законом прописаних потписа бирача. Решења о проглашењу ових изборних листа и о одбијању приговора против њих, Комисија је засновала на одредби члана 23. став 1. тачка 8. Упутства за спровођење Закона о избору народних посланика.

Одлучујући по жалбама против наведених решења Републичке изборне комисије, Врховни суд Србије се нашао пред деликатним правним проблемом, јер је спорно правно питање неопходног броја потписа бирача за утврђивање изборне листе политичке странке или коалције странака националних мањина у исто време било различито регулисано у два важећа општа правна акта – једном законском и другом подзаконском, чију уставност није био надлежан да оцењује. Уставни суд Србије, у чијој надлежности је била оцена уставности спорних одредаба Закона (члан 43. став 1) и Упутства (члан 23. став 1. тачка 8), у том периоду фактички није функционисао.

Врховни суд је закључио да се у таквој правној ситуацију легалитет у примени људских, односно мањинских права, може постићи само кроз целокупно сагледавање позитивног права у Републици Србији и њеног правног поретка, који је према члану 194. став 1. Устава јединствен.

У правном поретку Републике Србије људска и мањинска права зајемчена Уставом, општеприхваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима и законима се непосредно примењују. Начин њиховог остваривања се не може прописивати подзаконским актима, па ни упутствима за спровођење закона, већ само законом, при чему се законским решењима ни у ком случају не сме утицати на суштину зајемченог права. Сви закони и други општи акти донети у Републици Србији морају бити сагласни с Уставом и не смеју бити у супротности са потврђеним међународним уговорима и општеприхваћеним правилима међународног права.

Индивидуално уставно право на учешће у јавним пословима треба да обухвати сва лица, без обзира да ли она припадају већинској нацији или некој националној мањини. То право треба да се примењује равноправно. Да би се искључила могућа дискриминација у његовом остваривању, члан 25. Пакта о грађанским и политичким правима зајемчује сваком грађанину право на учешће у политичком животу без неоснованих, односно неразумних ограничења.

Неравноправност у остваривању основних људских права је често прикривена јер се крије иза одредаба које изгледају објективно и на око важе за све. У примени таквих одредаба треба стално имати на уму да једнакост људи не сме бити само формална, него мора бити и стварна, што подразумева да се не могу примењивати једнака мерила на неједнаке ситуације.

Решавајући конкретне изборне спорове, Суд је имао у виду да је основна сврха зајемченог уставног права припадника националних мањина да учествују у управљању јавним пословима, обезбеђивање њихове равноправне заступљености у Народној скупштини. С тим у вези нужно се наметнуло питање да ли се тај циљ може остварити ако је и за проглашење листе националне мањине потребно испунити општи услов од 10.000 судски оверених изјава бирача који подржавају изборну листу. Ово првенствено због тога што према попису становништва из 2002. године у Републици Србији живи 7.498.001 становник, од чега је преко 6.000.000 Срба, а да су најбројније националне мањине Мађари (293.299), Бошњаци (136.087), Роми (108.193), Хрвати (70.602), Албанци (61.647), и Словаци (59.021).

Наизглед неутрални општи критеријум који представља услов за остваривање зајемченог права, као што је 10.000 потписа бирача, који су неопходни да би се изборна листа сматрала утврђеном, могао би бити непремостива препрека за припаднике појединих националних мањина да подносе своје изборне листе, а то је пре свега случај са оним националним мањинама чије је укупно бирачко тело мање од законом прописаног броја потребних потписа бирача. То не значи да припадници националних мањина не могу бити кандидати на другим изборним листама, али у том случају они не заступају права и интересе своје националне мањине већ програм странке на чијој су листи кандидовани. За разлику од одговарајуће полне заступљености која је као обавезна прописана чланом 40а) Закона и која је предуслов за обезбеђење равноправности и заступљености жена у Народној скупштини, Законом

није прописана обавеза заступљености представника националних мањина на изборним листама које нису мањинске, па се равноправност и заступљеност припадника националних мањина у Народној скупштини у складу са Законом може првенствено остварити преко изборних листа политичких странака националних мањина. Уколико припадници националне мањине због своје мале бројности и посебних услова у којима живе фактички нису у могућности да прикупе 10.000 судски оверених потписа бирача који подржавају изборну листу националне мањине, тиме се утиче на суштину њиховог зајемченог уставног права на учешће у јавном животу.

Циљ уставног утврђивања људских и мањинских права је не само у томе да се означи њихова садржина, већ и да се њиховим титуларима омогући коришћење зајемчених права. Стога се у складу са међународним стандардима мора обезбедити да не постоје ни административне, нити било које друге неразумне баријере које спречавају припаднике националних мањина у остваривању њихових права. У том смислу се од земаља чланица ОЕБС-а, међу којима је и наша земља, захтева да предузму мере које ће, поред осталог, обезбедити да прикупљање потписа за кандидате на изборним листама буде регулисано на начин или облик који не дискриминише мањинске групе.

С обзиром на то да држава није предузела одговарајуће мере за измену Закона ради регулисања посебних услова потребних за утврђивање и проглашење изборних листа политичких странака националних мањина, како би се омогућило остваривање права припадника националних мањина на партиципацију у Народној скупштини, поставља се питање да ли је то могао и морао да учини највиши суд Републике Србије, ради заштите Уставом зајемчених права припадника националних мањина. Врховни суд Србије је кроз своје одлуке донете у изборном спору на то питање дао позитиван одговор. Доносећи своје одлуке Суд је тумачио одредбе о људским и мањинским правима у корист унапређења демократије у нашем друштву и сагласно важећим међународним стандардима, а у складу са начелом једнаког поступања са једнаким стварима, односно неједнаког поступања са неједнаким стварима сразмерно њиховој неједнакости. Таквим тумачењем, припадницима националних мањина нису дата већа права од оних која имају по Уставу и закону, већ је обезбеђена њихова суштинска равноправност са припадницима већинског народа, а на тај начин је обезбеђена и равноправност између припадника различитих нацио-

налних мањина међусобно, с обзиром на то да немају исту бројност, исте економске и социјалне услове живота, исти степен образовања, исти степен хомогености и политичке организованости и сл.

На основу свега наведеног, Управно одељење Врховног суда Србије је на седници одржаној 5.1.2007. године, утврдило следеће правно схватање:

"Како Законом о избору народних посланика није прописан број потписа бирача потребан за утврђивање изборне листе националне мањине, а број од 10.000 потписа бирача би сагласно међународним стандардима људских и мањинских права могао да представља препреку за ефективно остваривање уставних права припадника националних мањина да буду бирани у Народну скупштину и да учествују у управљању јавним пословима, приликом утврђивања испуњености услова за проглашење изборне листе националне мањине, потребан број потписа бирача који подржавају изборну листу цени се према бројности националне мањине, економским, социјалним и другим условима у којима њени припадници живе и то тако да се обезбеди пуна равноправност између припадника националне мањине и грађана који припадају већини."

6. УЛОГА СУДА У ЗАШТИТИ ЉУДСКИХ ПРАВА

Са ширењем каталога кодификованих људских права повећава се обавеза суда да пружи заштиту свакоме коме је повређено и ускраћено људско или мањинско право. Ова обавеза повећава одговорност судија у примени норми о људским правима, али отвара и нове просторе у "изрицању правде".

У највећем броју случајева одредбе о људским правима су јасне, па се судија не суочава са проблемом њихове примене. Али, свођење суђења на строгу правну технику формалне примене опште правне норме на конкретан случај може довести до неправичних решења, а на тај начин и кршења људских права. Та могућност нарочито постоји када норма занемари разлику између два случаја на која се има применити нпр. прописивањем истих услова или истих мерила за неједнаке ситуације. На судији је да то препозна, правилним тумачењем правних норми схвати њихов смисао и њихову суштину и пронађе одговарајуће решење које се неће сводити на аутоматизам, али ни довести у питање принцип правне сигурности.

"Када се судија нађе пред проблемом примене очигледно неправичне норме позитивног права, он ће, путем интерпретације такве норме, следити легитимитет људских права, као и универзалне међународне стандарде просвећених народа, и такву норму применити онако како то одговара смислу и разуму тих стандарда и достојанству правде и правичности."[10]

Поступајући на наведени начин, судије Управног одељења Врховног суда Србије су донеле пресуде у изборним споровима Уж. 4/07 од 5.1.2007. године, Уж. 5/07 од 5.1.2007. године, Уж. 6/07 од 8.1.2007. године, Уж. 7/07 од 8.1.2007. године, Уж. 9/07 од 10.1.2007. године, Уж. 10/07 од 10.1.2007. године, Уж. 11/07 од 10.1.2007. године и Уж. 12/07 од 10.1.2007. године. Ове пресуде омогућиле су да у Народној скупштини Републике Србије по први пут буду народни посланици кандидати са две изборне листе политичких странака ромске националне мањине, као и да за народног посланика буде изабран кандидат са изборне листе политичке странке албанске националне мањине.

7. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

"Постоје, дакле, правна начела која су јача од сваког правног прописа, тако да је закон, који је супротан њима, без важења. Та начела називамо природно право или умно право. Свакако да око њих постоје извесне недоумице, али вековни рад им је ипак дао трајну чврстину, и са тако далекосежном сагласношћу мишљења сакупио их је у такозваним декларацијама права човека и грађанина, да те недоумице може одржати само још намерна скепса."[11]

[10] С. Перовић, Људска права и судијска независност, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 1998. година, стр. 188

[11] Г. Радбрух, Филозофија права, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 1998. година, стр. 210

Јелена Ивановић,
судија Врховног суда Србије

ПРИНУДНО ИЗВРШЕЊЕ ОДЛУКА ПОВЕРЕНИКА ЗА ИНФОРМАЦИЈЕ ОД ЈАВНОГ ЗНАЧАЈА

Афирмација права на приступ информацијама од јавног значаја, започета је доношењем Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја[1] (у даљем тексту: Закон), чији је основ доношења препорука Р (2002) број 2 Комитета министара државама чланицама о увиду у службена документа, усвојена 21.2.2002. године и донета на основу овлашћења из члана 15б) Статута Савета Европе. Ова афирмација је настављена усвајањем Устава Републике Србије[2], установљењем овог права у оквиру права на обавештеност.

Уставни и законски оквири

Одредба члана 51. Устава прописује да свако има право да истинито, потпуно и благовремено буде обавештаван о питањима од јавног значаја и средства јавног обавештавања су дужна да то право поштују. Свако има право на приступ подацима који су у поседу државних органа и организација којима су поверена јавна овлашћења у складу са законом.

Закон садржи шест глава од којих је за тему овог реферата неопходно осврнути се на: Основне одредбе, Поступак пред органом власти, Поступак пред Повереником, Накнаду штете и Казнене одредбе.

Основним одредбама дефинисани су: предмет закона, информација од јавног значаја, орган јавне власти, законске претпоставке о оправданом интересу, садржина права на приступ информацијама од јавног знача-

[1] "Службени гласник РС" бр. 120/04
[2] "Службени гласник РС" број 98/06

ја, начело једнакости, начело забране дискриминације новинара и јавних гласила као и ограничење права.

Одредбом члана 1. Закона прописано је да се њиме уређују права на приступ информацијама од јавног значаја којима располажу органи јавне власти, ради остварења и заштите интереса јавности да зна и остварења слободног демократског поретка и отвореног друштва. Ради остваривања права на приступ информацијама од јавног значаја којима располажу органи јавне власти, овим Законом установљен је Повереник за информације од јавног значаја (у даљем тексту: Повереник), као самосталан државни орган, независан у вршењу своје надлежности. Информација од јавног значаја дефинисана је одредбом члана 2. којом је прописано да је то информација којом располаже орган јавне власти, настала у раду или у вези са радом органа јавне власти, садржана у одређеном документу, а односи се на све оно о чему јавност има оправдани интерес да зна. Члан 3. Закона одређује да је орган јавне власти: државни орган, орган територијалне аутономије, орган локалне самоуправе, као и организација којој је поверено вршење јавних овлашћења, као и правно лице које оснива или финансира у целини односно у претежном делу државни орган.

Садржина права на приступ информацијама од јавног значаја дефинисана је чланом 5. и то тако да свако има право да му буде саопштено да ли орган власти поседује одређену информацију од јавног значаја, односно да ли му је она иначе доступна. Свако има право да му се информација од јавног значаја учини доступном тако што ће му омогућити увид у документ, који садржи информације од јавног значаја, право на копију тог документа, као и право да му се на захтев, копија документа упути поштом, факсом, електронском поштом или на други начин. Начело једнакости подразумева да права из Закона припадају свима под једнаким условима без обзира на држављанство, пребивалиште, боравиште, односно седиште или лично својство као што је раса, вероисповест, национална и етничка припадност, пол и слично, а установљена је и забрана дискриминације новинара и јавних гласила у том смислу што орган власти не сме стављати у бољи положај ни једног новинара или јавно гласило, када је више њих упутило захтев, тако што ће само њему или њему пре него другим новинарима или јавним гласилима омогућити остваривање права на приступ информацијама од јавног значаја.

Такође, оно што је за примену врло битно јесте да је Главом III и IV Закона прописан поступак пред органом власти и пред Повереником па је одређено да тражилац подноси писмени захтев органу власти за остваривање права на приступ информацијама од јавног значаја.

Чланом 16. Закона прописано је да је орган власти дужан да без одлагања најкасније у року од 15 дана од дана пријема захтева тражиоца обавести о поседовању информације, стави му на увид документ који садржи тражену информацију, односно изда му или упути копију тог документа. Ако удовољи захтеву, орган власти неће издати посебно решење, већ о томе сачињава службену белешку, али ако одбије да у целини или делимично обавести тражиоца о поседовању информације да му стави на увид документ који садржи тражену информацију, да му изда, односно упути копију тог документа дужан је да донесе решење о одбијању захтева и да то решење писмено образложи као и да у решењу упути тражиоце на правна средства која може да изјави против таквог решења. Иначе на поступак пред органом власти примењују се одредбе закона којим се уређује општи управни поступак, а који се односи на решавање првостепеног органа, осим ако законом није другачије одређено.

Чланом 22. Закона прописано је да тражилац може изјавити жалбу Поверенику у року од 15 дана од дана достављања решења органа власти и прописани су разлози за изјављивљање жалбе. На поступак пред Повереником примењују се одредбе Закона којим се уређује општи управни поступак, а који се односи на решавање другостепеног органа по жалби, ако овим законом није другачије одређено, при чему Повереник доноси решење без одлагања, а најдоцније у року од 30 дана од дана предаје жалбе, пошто омогући органу власти да се писмено изјасни, а по потреби и жалиоцу. Такође Повереник може по пријави или по службеној дужности да донесе решење којим утврђује да орган власти осим органа из члана 22. став 2. овог Закона није извршио своје обавезе предвиђене овим Законом и да му наложи мере за њихово извршење пошто претходно омогући органу власти да се писмено изјасни.

Глава VII која се односи на накнаду штете има само један члан (члан 44) којим је прописано да орган власти одговара за штету насталу тиме што јавно гласило није могло да објави информацију пошто му је неоправдано ускратио и ограничио права на приступ информацијама од јавног значаја из члана 5. овог Закона, односно тиме што је новинар или

јавно гласило стављен у бољи положај супротно одредби члана 7. овог Закона. Главом IX у чл. 46. до 48. Закона прописана је прекршајна одговорност овлашћеног лица у органу власти и овлашћеног и одговорног лица у државном органу за (не)поступање по одредбама Закона.

Извршење одлука Повереника

У примени дела Закона који се односи на поступак до доношења одлуке Повереника, у досадашњој пракси Врховног суда Србије није било значајних интервенција сем што је заузет став који се тиче својства првостепеног органа као странке у управном спору који гласи:

"Орган власти који решава по поднетом захтеву за приступ информацији од јавног значаја има процесни положај првостепеног управног органа па у тој ствари не може имати и положај странке ни бити тужилац у управном спору".

Међутим, проблем у пракси настаје при покушају принудног извршења одлука Повереника односно приликом примене члана 28. Закона који, поред обавезности одлука овог органа, прописује и обавезу Владе РС да у случају потребе обезбеди извршење тих одлука. Дилема настала због примене овог члана, је повод за писање овог реферата. Она се пре свега односи на то који орган спроводи извршење одлука Повереника и у ком поступку.

Закон јасно прописује да орган власти и Повереник поступају по одредбама Закона о општем управном поступку[3] (у даљем тексту: ЗУП) и то оним, које се односе на решавање првостепеног органа и другостепеног органа по жалби осим ако је Законом другачије одређено, што органу власти и Поверенику даје својство првостепеног и другостепеног органа.

Поступак по Закону је врста посебног управног поступка чије одредбе у смислу члана 3. ЗУП-а и у прописаним неопходним одступањима од правила општег управног поступка, морају да буду у складу са основним начелима ЗУП-а.

Прва асоцијација када се помене извршење одлука управног органа (које се по правилу доносе у управном поступку), јесте извршење прописано посебном главом ЗУП-а по којој се административним путем спроводе одлу-

[3] ("Службени лист СРЈ", бр. 33/97 и 31/01)

ке у којима су одређене неновчане обавезе. Одлуке које доноси Повереник као другостепени орган су такве да се њима: одбацује жалба из формалних разлога ако је она недопуштена, изјављена од неовлашћеног лица и неблаговремена или преурањена; одбија жалба као неоснована, ако је орган власти доказао да је поступио у складу са законом; уважава жалба као основана и налаже органу јавне власти да поступи по захтеву и тражену информацију достави жалиоцу у одређеном року уз обавезу да обавести Повереника о извршењу налога из решења; обуставља поступак ако подносилац одустане од жалбе или престану разлози за даље вођење поступка по жалби када орган власти у међувремену достави тражену информацију жалиоцу.

Одлука којом се уважава жалба и даје налог органу власти за поступање садржи налоге за чинидбу што би указивало на могућност извршивости овакве одлуке.

Међутим, одредбом члана 267. ЗУП-а прописано је да административно извршење спроводи орган који је ствар решавао у првом степену, ако посебним прописом није другачије одређено. Ако је прописано да административно извршење не може спровести орган који је управну ствар решавао у првом степену, а посебним прописом није одређен орган који је за то овлашћен, извршење спроводи надлежни државни орган на чијем се подручју налази пребивалиште, односно боравиште или седиште извршеника ако законом није друкчије одређено. Одредбом члана 264. ЗУП-а прописано је да се извршење спроводи против лица које је обавезно да испуни обавезу (извршеник).

У примени цитираних прописа на одлуке Повереника, ово би значило да је првостепени орган, који би био надлежан за спровођење извршења одлуке другостепеног органа, истовремено и орган који спроводи извршење и извршеник.

По мишљењу аутора овог реферата ова кумулација својства извршеника и органа који спроводи извршење као и непостојање одредаба ЗУП-а или другог прописа које би давале овлашћење Поверенику као другостепеном органу да сам спроведе извршење своје одлуке као и одредби прописа о надлежности другог државног органа из седишта органа власти, искључује могућност примене института административног извршења на одлуке Повереника.

Једина процесна ситуација прописана ЗУП-ом која би могла да има сличности са овом која по Закону изазива дилему око тога ко спроводи извршење одлука Повереника, јесте она прописана чланом 236. ЗУП-а када због недоношења решења у прописаном року (члан 208. став 2) другостепени орган може да тражи да му првостепени орган саопшти разлоге због којих решење није донето у року. Ако нађе да су разлози недоношења решења оправдани или да су условљени кривицом странке, тада првостепеном органу другостепени орган одређује рок за доношење решења који не може бити дужи од 1 месеца, а ако разлози недоношења нису оправдани, другостепени орган тражи од првостепеног да му достави списе предмета. Уколико другостепени орган може да реши управну ствар према списима предмета, тада доноси своје решење, а ако не може сам спроводи поступак и својим решењем решава управну ствар и само ако нађе изузетно да ће поступак брже и економичније провести првостепени орган, наложиће њему да то учини, да му прикупљене податке достави у одређеном року после чега ће сам решити управну ствар када доноси решење које је коначно. И у овом случају иако налаже својим решењем доношење првостепеног решења, другостепени орган нема процесних могућности да по одредбама ЗУП-а натера првостепени орган да то уради, већ је у обавези да сам донесе одлуку.

Следећа спорна процесна ситуација је да ли је Влада Републике Србије орган који спроводи извршење или само обезбеђује спровођење извршења одлука Повереника имајући у виду одредбу члана 28. Закона.

Језичким тумачењем ове норме може се закључити да се ради о обавези обезбеђења спровођење извршења, а не његовом спровођењу. Из одредбе других прописа као што су Закон о Влади и Пословник Владе не произилази да се овакво поступање налази у делокругу рада Владе. Обезбеђење спровођења могло би да значи прописивање одређених мера које значе лакше спровођење прописа којим би децидирано било прописано ко спроводи ово извршење и у ком поступку. Такође Влада може да донесе подзаконски акт којим би ближе регулисала управо ову спорну правну ситуацију.

Пракса Врховног суда Србије

У пракси Врховног суда Србије уочена су три предмета у којима су тражиоци информација покушали да остваре заштиту од непоступања органа власти по решењима Повереника којима се органима власти налаже да омогуће тражиоцима приступ информацијама.

Све три тужбе су поднете због "ћутања администрације" и то: две против органа власти, а једна против Владе Републике Србије – Административне комисије.

У предмету Врховног суда Србије[4] тужени је првостепени орган (орган власти), али је он окончан одбачајем тужбе по члану 27. Закона о управним споровима[5] (у даљем тексту: ЗУС), јер тужилац није поступио по налогу за уређење тужбе. Предмет Врховног суда Србије[6] у коме је тужени такође првостепени орган, окончан је одбачајем тужбе, али због недостатка процесних претпоставки за тужбу из члана 24. ЗУС-а, јер није било доказа да се тужилац због непоступања првостепеног органа обратио надлежном другостепеном органу нити је поновио тражење. У предмету Врховног суда Србије[7] по тужби за "ћутање администрације" тужена је Влада Републике Србије по захтеву за обезбеђење спровођења извршења одлуке Повереника, јер није донела закључак о дозволи извршења, а то није урадила ни у поновљеном захтеву. Међутим, у току управног спора тужилац је изменио тужбу утолико што је тражио да се у управном спору испита законитост акта (обавештења) Владе Републике Србије упућеног Поверенику којим га обавештава о томе да у делокругу њеног рада није извршење одлука Повереника. Врховни суд Србије је нашао да овакво обавештење Владе нема карактер управног акта у смислу члана 6. ЗУС-а па је тужбу одбацио применом члана 28. став 1. тачка 2. ЗУС-а.

У погледу тога ко спроводи извршење одлука Повереника и у ком поступку, Врховни суд Србије није заузимао ставове ни кроз пресуде, ни на седници Управног одељења.

По мишљењу аутора овог реферата:

Влада Републике Србије не спроводи извршење Повереника за информације од јавног значаја.

Одлучивање о обезбеђењу извршења одлука Повереника у смислу члана 28. Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја од стране Владе Републике Србије не представља доношење акта који има

[4] Решење Врховног суда Србије У. бр. 6747/06 од 28.2.2007. године.
[5] ("Службени лист СРЈ", бр. 46/96)
[6] Решење Врховног суда Србије У. бр. 6754/05 од 15.6.2006. године.
[7] Решење Врховног суда Србије У. бр. 4648/06 од 30.5.2007. године.

карактер управног акта. Због тога ни одлучивање по захтеву тужбе за доношење одлуке од стране Владе РС о дозволи извршења Повереника не представља управно одлучивање против кога би била дозвољена заштита у управном спору. Тако ни неодлучивање Владе Републике Србије по захтеву тужбе не представља решавање у управној ствари, па нема места ни подношењу тужбе из члана 24. Закона о управном спору.

Прекршајна одговорност и накнада штете

Циљ доношења Закона није да тражилац информације издејствује доношење одлуке Повереника, већ да фактички добије тражену информацију којој је тражио приступ. Једини Законом прописани инструмент за то за сада, јесте могућност прекршајног кажњавања под условима прописаним одредбом члана 45. и 46. Закона, као и установљена одговорност органа власти за накнаду штете по члану 44. Закона.

Одредбом члана 45. прописано је да надзор над спровођењем овог Закона врши министарство надлежно за послове информисања, а то је Министарство културе и по члану 16. Закона о министарствима[8] као и по члану 20. Закона о министарствима[9]. Одредбом члана 46. Закона прописана је могућност новчаног кажњавања и то тако што ће се новчаном казном од 5.000,00 до 50.000 динара казнити за прекршај овлашћено лице у органу власти ако орган власти: поступи противно начелу једнакости (члан 6); дискриминише новинара или јавно гласило (члан 7); не означи носач информације, где је и када тражена информација објављена (члан 10. став 2); не саопшти истиниту и потпуну информацију, односно не омогући увид у документ који садржи истиниту и потпуну информацију (члан 11); тражиоцу не стави на увид документ и не изради копију документа на језику на којем је поднет захтев (члан 18. став 4); и одбије да прими захтев, не обавести тражиоца о поседовању информације или не обезбеди увид у документ који садржи тражену информацију, односно не упути копију документа на одговарајући начин, не донесе решење о одбијању захтева и одбије да пружи тражиоцима неопходну помоћ за остваривање њихових права (члан 38. став 2. тачка 1).

[8] "Службени гласник РС" број 19/04...79/05"
[9] "Службени гласник РС" број 43/07

Једина могућност за сада да се на орган власти утиче у смислу савеснијег и бржег поступања у фази поступка који се одвија пред тим органом као првостепеним, а посебно у поступању по одлукама Повереника којима је жалба уважена и дат налог првостепеном органу да поступи у одређеном смислу, приликом њиховог извршавања, јесте обавештавање од стране Повереника, Министарства културе, које је по члану 45. Закона надлежно за вршење надзора па самим тим и за покретање односно подношење захтева за покретање прекршајног поступка. Такође треба испитати да ли је, имајући у виду значај права које је предмет заштите прекршајног поступка прописаног Законом запрећена новчана казна адекватна или би прописивањем могућности изрицања веће новчане казне била остварена боља превентивна функција ове врсте казне у смислу квалитетнијег поступања органа власти према чијем овлашћеном лицу је ову новчану казну могуће изрећи.

З А К Љ У Ч А К

Из постојеће правне регулативе не произилази да извршење одлука Повереника спроводи Влада Републике Србије, већ га само обезбеђује.

Одлучивање о обезбеђењу извршења одлука Повереника у смислу члана 28. Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја од стране Владе Републике Србије не представља доношење акта који има карактер управног акта. Због тога ни одлучивање по захтеву тужбе за доношење одлуке од стране Владе РС о дозволи извршења Повереника не представља управно одлучивање против кога би била дозвољена заштита у управном спору. Тако ни неодлучивање Владе Републике Србије по захтеву тужбе не представља решавање у управној ствари, па у тој ситуацији нема места ни подношењу тужбе из члана 24. Закона о управном спору.

Принудно извршење одлука Повереника не спроводи се по одредбама ЗУП-а о административном извршењу.

Неопходно је наставити са даљом афирмацијом права на приступ информацијама од јавног значаја, јер је то један од начина да се одржи континуитет демократизације друштва и у ту сврху неопходно је:

Хитно прописати поступак (принудног) извршења одлука Повереника.

Повећати новчане казне запрећених прекршаја против овлашћеног лица у органу власти.

Милена Петровић,
саветник Врховног суда Србије

ЛЕГАЛИЗАЦИЈА БЕСПРАВНО ИЗГРАЂЕНИХ ОБЈЕКАТА

Основне одредбе Закона о планирању и изградњи[1] – у даљем тексту Закон, дефинишу да појам "изградња објекта" подразумева скуп радњи који обухвата претходне радове, израду техничке документације, припремне радове за грађење, грађење објекта и стручни надзор у току грађења објекта.

У пракси се дешава да се изградњи и реконструкцији објеката приступа без предузимања наведених радњи, које су прецизно прописане одредбама члана 88. до 128. Закона, односно без прибављања одобрења за изградњу – грађевинске дозволе. Оваква изградња представља "бесправну градњу" која је веома присутна на нашим просторима, а посебно је изражена у градским општинама, због миграције становништва из села у градове и све тежег и ређег решавања стамбеног питања путем добијања стана.

Бесправна изградња се не може приписати само недисциплини инвеститора, већ је до ње често долазило и због непостојања планских аката, што је била препрека за исходовање грађевинских дозвола, као и због немогућности промета градског-грађевинског земљишта, па су инвеститори градили на земљишту које је ван промета, за које, иако су са корисницима склопили уговоре, нису имали валидан доказ о праву коришћења.

Стога питање бесправне градње није само правно питање, већ је у првом реду питање социјалне, економске па и политичке природе. Сви досадашњи закони којима је била регулисана изградња објеката, забрањивали су бесправну градњу, али је до ње неминовно долазило па су се тако изграђени објекти наслеђивали и били предмет промета. Због овакве природе бесправне град-

[1] "Службени гласник РС", број 47/03

ње, било је покушаја усаглашавања или популарно речено легализације бесправне градње и пре ступања на снагу Закона, на нивоу градских одлука, а и посебним Законом за издавање грађевинске односно употребне дозволе за одређене објекте[2] који је престао да важи доношењем Закона.

-Решења у закону о планирању и изградњи -

Закон забрањује било какву бесправну градњу од његовог ступања на снагу (13. мај 2003. године), па убудуће. Затечена ситуација са објектима изграђеним без грађевинске дозволе пре ступања на снагу Закона регулисана је одредбама од члана 160. до 164. Закона.

Одредбом члана 160. Закона предвиђена је обавеза власника објеката изграђених или реконструисаних без грађевинске дозволе пре ступања на снагу закона, да у року од шест месеци од дана ступања на снагу Закона, пријави надлежном органу објекат чије је грађење, односно реконструкција завршена без грађевинске дозволе, уз достављање прописане документације. По истеку овог рока надлежни орган у року који не може бити дужи од 60 дана обавештава власника, односно инвеститора објекта о условима за издавање одобрења за изградњу, односно о документацији коју је дужан да приложи уз захтев.

Како је закон ступио на снагу 13. маја 2003. године, то значи да су инвеститори, односно власници бесправних објеката били дужни да их пријаве до 13.11.2003. године, а да је надлежни орган био дужан да их обавести о поднетој пријави до 13.01.2004. године. По добијању обавештења власници објекта су обавезни да поднесу захтев за издавање одобрења у року од 60 дана од добијања обавештења и приложе документацију која је прописана чланом 161. Закона.

Законом о изменама и допунама Закона о планирању и изградњи[3], у даљем тексту Закон о изменама и допунама Закона, који је ступио на снагу 26.04.2006. године, у члану 48. дат је нови рок од 6 месеци од дана ступања на снагу овог закона, за подношење пријава за објекте чије је грађење односно реконструкција завршена без грађевинске дозволе до дана ступања на снагу закона, с тим што сада рок за надлежни орган да обавести власника, од-

[2] "Службени гласник РС", број 16/97
[3] "Службени гласник РС", број 34/06

носно инвеститора о могућностима усклађивања објекта са урбанистичким планом, односно условима за издавање одобрења за изградњу, односно о документацији коју је дужан да приложи уз захтев износи 90 дана од пријема пријаве (раније је тај рок износио 60 дана од истека рока за пријаву). Изменама је продужен и рок за инвеститоре за поступање по добијању обавештења па и овај рок сада износи 90 дана од дана пријема обавештења.

Имајући у виду ова законска решења поставља се питање шта са објектима чија је изградња започета и завршена у периоду од 13. маја 2003. године до 26. априла 2006. године, без претходног прибављања грађевинске дозволе.

Према ставу Врховног суда Србије, накнадно одређени рок у члану 48. Закона о изменама и допунама закона односи се на објекте чија је изградња, односно реконструкција завршена до дана ступања на снагу закона (13. маја 2003. године). Ово стога што Закон онемогућава било какву бесправну градњу, и његовим ступањем на снагу изградња без грађевинске дозволе санкционисана је искључиво налагањем рушења што је предвиђено у члану 141. став 1. тачка 1., без обзира да ли је на тој парцели дозвољена таква врста градње одговарајућим планом, за разлику од ранијег законског решења у Закону о изградњи објеката[4], када је инспектор био у обавези да прво наложи обуставу радова и остави рок за прибављање грађевинске дозволе када утврди да се објекат гради на парцели на којој је планом предвиђена таква врста градње, а рушење је налагано само у случају да усаглашавање није могуће. Поред овога у циљу спречавања бесправне градње одредбама Закона је прописана кривична и прекршајна одговорност за инвеститоре и извођаче радова уколико врше градњу без претходно прибављене грађевинске дозволе, а и за одговорна лица у правном лицу која дозволе прикључење таквог објекта на електроенергетску, термоенергетску или телекомуникациону мрежу, водовод и канализацију.

-Поступање надлежних органа по поднетим пријавама-

За поступање органа по поднетим пријавама и захтевима прописани су рокови у члану 160. Закона и члану 48. Закона о изменама и допунама закона. У пракси често долази до прекорачења ових рокова због вели-

[4] "Службени гласник РС" број 43/01

ког броја поднетих пријава, а не често и због неажурности надлежних органа. Ово доводи до ситуације да се пре одлуке о поднетој пријави и захтеву доносе решења о рушењу објеката применом одредбе члана 141. Закона, уз образложење да би питање легализације могло имати значаја тек у поступку извршења.

Врховни суд Србије је у вези оваквог поступања надлежних органа заузео јасан став у донетим пресудама, да су такви ставови управних органа супротни закону, јер се члан 141. Закона односи на будућу бесправну градњу, односно градњу после ступања на снагу Закона, а не и на објекте чија је изградња, односно реконструкција завршена пре доношења Закона, за које је цитираним одредбама Закона предвиђена могућност легализације.

За објекте који су изграђени пре ступања на снагу Закона мера рушења се може само наложити применом одредбе члана 162., и то у ситуацији када власник објекта уопште није пријавио објекат у року из члана 160., или није поднео захтев у року из члана 161. Када је власник објекта пријавио објекат у законом прописаном року решење о рушењу се не може донети пре него што надлежни орган не поступи по пријави, односно не обавести власника – инвеститора о условима за издавање одобрења за изградњу и документацији коју је дужан да приложи, или утврди да по поднетој пријави нема услова за издавање одобрења за изградњу.

-Врсте и карактер одлука које надлежни орган доноси по поднетој пријави-

Законодавац је у прелазним и завршним одредбама Закона прописао, да ако је изградња завршена без грађевинске дозволе испуњава прописане услове за грађење и коришћење, одобрење за изградњу и употребну дозволу орган надлежан за издавање одобрења за изградњу може издати једним решењем, што је добро законско решење, јер се на овај начин скраћује поступак и за странку и за надлежни орган, у односу на редован поступак у коме се прво издаје грађевинска дозвола, а након завршетка градње употребна.

Међутим, по схватању овог аутора законом није прецизно регулисан начин поступања органа када утврди да пријављени објекат није могуће ускладити са урбанистичким планом, односно условима за издавање одобрења.

У ставу 3. члана 160. Закона и ставу 3. члана 48. Закона о изменама и допунама Закона прописано је да надлежни орган у одређеном року обавештава власника односно инвеститора о условима за издавање одобрења односно могућностима усклађивања објекта са урбанистичким планом. Имајући у виду цитиране чланове надлежни орган би о поднетој пријави могао у форми обавештења да обавести подносиоца пријаве о немогућности легализације. Према ставу Врховног суда Србије, такво обавештење по својој садржини представља првостепени управни акт који се може испитивати у управном поступку и чија се законитост може оценити у управном спору. То што је надлежни орган решавајући на основу законом датих овлашћења о одређеном праву подносиоца пријаве одлучио обавештењем, а не доношењем решења на основу члана 192. ЗУП-а, који се у овом случају примењује као процесни закон, не значи да се не ради о управном акту, јер је на овај начин одлучено о управној ствари која је била предмет поступка, а обавештење представља акт управног органа којим је по пријави странке донета мериторна одлука.

За разлику од обавештења којим се подносилац пријаве обавешатава о немогућности легализације, обавештење власнику да испуњава услове за издавање одобрења за изградњу и о документацији коју треба да приложи не представља управни акт, јер у том случају у његовој пријави није донета мериторна одлука, а мериторно ће се одлучити решењем о грађевинској и употребној дозволи.

-Раније донете одлуке и подношење пријаве-

Међу раније донетим одлукама надлежних органа у вези бесправне градње могу се појавити две врсте:

- правоснажна решења о рушењу донета на основу раније важећих прописа
- правоснажне одлуке о одбијању захтева за легализацију било по раније важећим прописима или по сада важећем Закону.

Закон није предвидео ограничење у погледу подношења пријава за објекте изграђене без грађевинске дозволе до ступања на снагу Закона у погледу постојања правоснажног решења о рушењу за те објекте. То значи да ако такво решење није извршено, а власник у међувремену испуни

услове за легализацију, он по схватању овог аутора може у законом прописаном року поднети пријаву без обзира на постојање решења о рушењу. У оваквој правној ситуацији, орган би могао да застане са извршењем док се не одлучи о пријави и захтеву, па уколико нису испуњени услови за легализацију неће доносити ново решење о рушењу јер оно већ постоји, а ако по поднетој пријави донесе решење о грађевинској и употребној дозволи онда ће се поступак по правоснажном решењу о рушењу обуставити будући да је оно правно неизвршиво (члан 257. став 1. тачка 3. ЗУП-а).

По ставу Врховног суда Србије, то што је власник објекта једном одбијен за легализацију бесправног објекта, не значи да се са истим захтевом не може поново појавити у законом прописаном року ако је у међувремену стекао неки од услова, које раније није имао, а који су неопходни за легализацију (доказ о коришћењу или власништву на грађевинском земљишту на коме се објекат налази). У том правцу изјаснио се и Савезни суд у пресуди[5].

"Правноснажно постаје само оно решење којим је неком лицу признато неко право. Ако је захтев странке одбијен, а тим решењем није признато право неком трећем лицу, такво решење не постаје правноснажно у управном поступку, па странка може поновити свој захтев и по њему се мора мериторно одлучити".

У овој ситуацији се може појавити као спорно питање, питање благовремености поднете пријаве, јер је законом прецизно одређен рок у коме се она може поднети. Оваквих примера у примени Закона није било, али би по схватању аутора ово питање могло да се превазиђе утврђивањем да ли је прва пријава поднета у законом прописаном року, па би у случају одбијања прве пријаве и подношења нове пријаве, нова била благовремена ако је прва поднета у законом прописаном року. Наравно ово се односи само на поновно подношење пријаве по важећем Закону, док се благовременост на овај начин не би могла рачунати ако је решење о одбијању захтева за легализацију донето по раније важећим прописима, у ком случају се пријава мора поднети у законом прописаном року.

[5] СС-Уж. бр.4707/58 од 07.11.1958.

-Право на подношење тужбе у управом спору по донетим решењима-

Против коначног решења донетог по пријави за бесправно изграђени објекат тужбу може поднети власник, односно инвеститор тог објекта као лице по чијој пријави је донето решење и евентуално заинтересовано лице које је учествовало у управном поступку.

Не ретко се дешава да општински орган управе, као доносилац првостепеног решења, поднесе тужбу против коначног решења којим је незадовољан.

Према правном ставу Врховног суда Србије првостепени орган који је донео решење по захтеву странке не може бити тужилац у управном спору, јер решењем којим је одлучено о законитости првостепеног решења ни на који начин није повређено неко његово право и на закону заснован интерес прописан у члану 12. Закона о управним споровима, због чега се тужбе поднете од стране првостепеног органа одбацују као поднете од неовлашћеног лица.

Изложени осврт на прелазне и завршне одредбе закона нужно намеће:

ЗАКЉУЧАК

Основна интенција закона је да се забрани и најоштријом мером санкционише бесправна градња, унапред, а да се легализују сви објекти изграђени до дана ступања на снагу Закона, који за то испуњавају услове.

Примена овог Закона би требало да доведе до смањења бесправне градње, а изградњу усмери у легалне токове, што наравно у многоме зависи од дисциплине инвеститора и извођача радова, али још више од ажурности надлежних органа, будући да се поступак инспекцијског надзора води по службеној дужности, што значи да би инспектори сталним присуством на терену морали да контролишу изградњу и благовремено, (а не када је објекат стављен под кров), предузимају одговарајуће мере у циљу спречавања нелегалне градње.

О ефектима примене овог Закона је рано давати процене будући да поступци још трају, обзиром на обимност броја предмета и документације коју је потребно приложити приликом пријаве.

Ружа Урошевић,
саветник Врховног суда Србије

ПРАВО НА РАД ПОЛИЦИЈСКИХ СЛУЖБЕНИКА

Доношењем Закона о полицији[1] 14. 11. 2005. године престао је да важи Закон о унутрашњим пословима[2] тако да је заштита права из радног односа полицијских службеника из радно-правне прешла у управно-правну област. Разлози за то вероватно леже и у чињеници да је непосредно пре тога, 14. 09. 2005. године, донет Закон о државним службеницима[3] којим су уређена права државних службеника, међу којима су и полицијски службеници, и остављена могућност да се поједина права и дужности државних службеника у појединим државним органима могу посебним законом уредити и друкчије ако то произилази из природе њихових послова. И овим Законом, као и Законом о полицији, предвиђено је да се приликом одлучивања о правима и дужностима државног службеника примењује закон којим се уређује управни поступак, изузев код одлучивања о одговорности за штету.

Мишљења сам да нема сврхе говорити о проблемима у примени Закона о полицији, у делу који се односи на посебне случајеве престанка радног односа због безбедносних сметњи, ако се пре тога не укаже на проблеме у примени Закона о унутрашњим пословима, који је ту материју регулисао на сличан начин.

Закон о унутрашњим пословима

Одредбом члана 45. Закона о унутрашњим пословима предвиђено је да раднику Министарства унутрашњих послова престаје радни однос ако је правоснажном пресудом осуђен за кривична дела против уставом

[1] ("Службени гласник РС" број 101/2005)
[2] ("Службени гласник РС" број 44/91...54/96)
[3] ("Службени гласник РС" број 79/05...83/05)

утврђеног поретка и безбедности, против оружаних снага, против привреде и имовине, против службене дужности и кривична дела извршена из користољубља и нечасних побуда. Истом одредбом је предвиђено да му може престати радни однос и ако престане да испуњава, односно ако се накнадно утврди да није испуњавао неке од услова за пријем на рад у државне органе, као и услов да се против њега не води кривични поступак за кривична дела која се гоне по службеној дужности и да му правоснажном пресудом није изречена мера забране вршења позива, делатности и дужности, док таква забрана траје. С обзиром да се додатни услов за пријем у радни однос у Министарство унутрашњих послова односи на радна места овлашћеног службеног лица и радника на одређеним дужностима, то се и овај разлог за престанак радног односа односи само на те запослене. Под овлашћеним службеним лицима Министарства унутрашњих послова закон подразумева раднике који у вршењу унутрашњих послова имају посебне дужности и овлашћења предвиђена Законима о кривичном и прекршајном поступку, овим Законом и другим прописима, а радницима на одређеним дужностима у Министарству унутрашњих послова закон сматра раднике чији су задаци и послови у непосредној вези са посебним дужностима и овлашћењима која имају овлашћена службена лица и на којима тежина и природа послова и посебни услови рада битно утичу на смањење радне способности.

У судској пракси није било недоумица када је раднику Министарства унутрашњих послова донето решење о престанку радног односа због тога што је правоснажном пресудом осуђен за кривична дела наведена у Закону о унутрашњим пословима, с обзиром да је у том случају изричито прописано да раднику престаје радни однос.

Дилеме су се јавиле у случајевима у којима је прописано да раднику може престати радни однос и ако престане да испуњава, односно ако се накнадно утврди да није испуњавао услове за пријем на рад у државне органе и услов из члана 34. став 1. тачка 2. наведеног Закона, односно да се против њега не води кривични поступак због кривичних дела за која се гони по службеној дужности.

Као прво, поставило се питање дискреционе оцене старешине органа да процени да ли ће донети решење о престанку радног односа ако се против радника води кривични поступак за кривична дела која се гоне по

службеној дужности, или ће, користећи такође дискрециона овлашћења из члана 56. став 2. Закона о унутрашњим пословима, удаљити радника из Министарства најдаље до окончања кривичног поступка, ако би његово даље обављање послова у Министарству штетило интересима службе. Дакле, овде смо на пољу две дискреционе оцене. Најпре, на слободној оцени органа да ли ће уопште донети решење о престанку радног односа, а затим да ли ће донети акт друге садржине у сврху постизања истог циља. У првом случају циљ законом није експлицитно утврђен, док се у другом случају да закључити да се радник удаљава из Министарства да његово даље обављање послова не штети интересима службе. Ако се има у виду да се и доношењем решења о престанку радног односа, из истих разлога, постиже исти циљ као код удаљења из Министарства, оправдано се поставља питање којим се мотивом руководи доносилац решења када одлучује да ли ће донети решење о престанку радног односа или решење о удаљењу радника из Министарства, с обзиром на тежину последица оваквог одлучивања. Тешко да ће на то питање моћи да одговори и суд, с обзиром да се "судско испитивање аката донетих по дискреционој оцени своди – поред провере надлежности за доношење аката и придржавања меродавних правила поступка – на контролу:

(1) испуњености законских мотива акта (чињенице претходнице, услови за доношење акта), али не и на вредновање тих мотива (да ли акт баш најбоље следи те законске мотиве);

(2) законског резултата акта – да ли је досегнут законски предвиђени циљ акта".[4]

Законски мотиви акта, услови за доношење као и законски резултати акта (законски предвиђени циљ) у оба случаја су испоштовани, али је остављена могућност избора, тако да се у одређеним случајевима може ићи за постизањем друге сврхе од оне која је законом постављена, било да је недопуштена или апсолутно забрањена. Не оцењујући мотиве, указаћу на пример из судске праксе Врховног суда Србије, у коме је жалба уважена и поништено решење Министарства унутрашњих послова о престанку радног односа тужиоца донето због постојања безбедносних сметњи, са разлога што је тужиоцу, пре доношења тог решења, већ престао радни однос пресудом Дисци-

[4] Проф. др Зоран Томић, Билтен ВСС број 4/2006

плинског суда радника Министарства унутрашњих послова. Дакле, истом лицу је два пута на предлог, односно иницијативу старешине престао радни однос. Што је сигурно, сигурно је. А који су мотиви?

Друго спорно питање изазвала је непрецизна одредба члана 34. став 1. тачка 2. Закона којом је, као посебан услов за пријем у радни однос на радно место овлашћеног службеног лица и радника на одређеним дужностима, прописано да се против њега не води кривични поступак за кривична дела која се гоне по службеној дужности. Уколико радник Министарства престане да испуњава овај услов, одредбом члана 45. прописано је да му може престати радни однос.

Најпре се поставило питање уставности тих одредби, односно њихове несагласности са чланом 13. и 23. Устава Републике Србије, да су сви грађани једнаки у правима и дужностима и имају једнаку заштиту пред државним и другим органима, те да се нико не може сматрати кривим док се у одговарајућем поступку не докаже правоснажном пресудом, као и њихове неусаглашености са чланом 56. истог Закона по коме се радник удаљује из службе ако је против њега покренут кривични поступак, а до окончања тог поступка, на шта је већ указано.

Уставни суд Републике Србије је, не прихватајући иницијативу за оцену уставности, у решењу I У-346/95 од 07. 03. 1996. године, заузео становиште да се законом могу прописивати посебни услови за заснивање и престанак радног односа у Министарству унутрашњих послова који важи за све запослене у Министарству, те да нема повреде уставног начела о једнаким правима и дужностима и једнакој заштити пред државним органима. Такође, према ставу Уставног суда Републике Србије оспорене одредбе Закона о унутрашњим пословима нису у супротности са чланом 23. став 1. Устава Републике Србије, јер се по оцени тог суда овај принцип легалитета односи на кривичну одговорност, а не на услове и поступак заснивања и престанка радног односа. У истој одлуци Уставни суд се огласио ненадлежним за одлучивање о међусобној неусаглашености појединих одредаба Закона.

Одредба члана 45. став 3. поново је била предмет захтева за оцену уставности, који је одбачен решењем Уставног суда Србије I У-107/2001 од 04. 03. 2004. године, због тога што је Уставни суд Србије о томе већ одлучивао, а оспорену одредбу је оцењивао и Савезни уставни суд и заузео

став да није несагласна са Уставом СРЈ и Законом о основама радних односа. Не улазећи у полемику са разлозима наведеним у одлукама уставних судова, рећи ћу само да је веома занимљиво да је Уставни суд Републике Србије у наведеној одлуци од 04. 03. 2004. године, којом је одбачен захтев за оцену уставности, констатовао:

"Имајући у виду различита тумачења и проблеме које у пракси изазива недовољно прецизно формулисана одредба члана 45. Закона о унутрашњим пословима, Уставни суд је, на основу члана 62. Закона о поступку пред Уставним судом и правном дејству његових одлука, упутио писмо Народној скупштини у коме је указао на потребу да се у Закону о унутрашњим пословима прецизније уреди овлашћење министра у доношењу одлуке о престанку радног односа лица због покретања кривичног поступка, као и права тих лица када се поступак пред надлежним судом правоснажно оконча доношењем ослобађајуће пресуде".

Да се прича не би на томе завршила Суд Србије и Црне Горе је одлучивао тако што је решењем У II број 69/2005 од 19. 07. 2005. године одбацио поднесак за покретање поступка по службеној дужности за оцењивање усклађености одредбе члана 45. Закона о унутрашњим пословима са Уставном повељом, Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода и Уставом Републике Србије, налазећи да, полазећи од права и слобода гарантованих унутрашњим и међународним правом, нема основа за покретање поступка по службеној дужности за оцењивање усклађености оспорене законске одредбе.

При том је за своју одлуку, којом је одбацио поднесак за покретање поступка, дао разлоге из којих произлази оцена суда да оспорена одредба није у супротности са Уставном повељом као ни са одредбама усмеравајућих међународних докумената којима се утврђују и промовишу опште прихватљиви принципи везани за полицијско особље.

Поштујући оцену Суда Србије и Црне Горе, да није био надлежан да оцењује усклађеност одредбе члана 45. Закона о унутрашњим пословима са Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода, остаје и даље отворено питање кршења Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода која у члану 6. став 2. прописује да се свако ко је оптужен за кривично дело сматра невиним док се не докаже да је крив на основу закона.

Европски суд за људска права, приликом одлучивања да ли постоји кршење људских права, не бави се само питањем да ли је одлука органа или суда донета у складу са националним законодавством, него и питањем да ли је мешање државе у права појединца било легитимно и нужно у демократском друштву да би се постигао легитимни циљ. Према пракси тога суда, нису само судови обавезни по принципу претпоставке невиности, нити само у кривичном поступку, како то тврди Уставни суд, него су то и други државни органи. Решење о престанку радног односа због тога што се против радника Министарства унутрашњих послова води кривични поступак, наводи јавност да поверује у његову кривицу пре него што је о томе одлучивао надлежни суд. Ово је нарочито значајно када су у утврђивање кривице укључени судије лаици – порота, јер се нарушава ауторитет и непристрасност судства. На страну то да је самим законом прописано да радник Министарства унутрашњих послова може бити удаљен из Министарства када је против њега покренут кривични поступак због кривичног дела за које се гони по службеној дужности. Ако је легитимни циљ државе био да се обезбеди да његово даље обављање послова у Министарству не штети интересима службе, што се види из члана 56. став 2. Закона о унутрашњим пословима, то се може постићи и овом блажом мером којом се не нарушава претпоставка о невиности. Последњу реч о овоме ће готово сигурно дати надлежни суд – Европски суд за људска права.

Непрецизно формулисана одредба члана 35. став 1. тачка 2. Закона о унутрашњим пословима, отворила је још једно спорно питање. То је питање у којој фази треба да буде кривични поступак да би се сматрало да су испуњени услови за престанак радног односа. Закон каже, применом argumentum a contrario, ако се против њега води кривични поступак због кривичних дела за која се гони по службеној дужности. Како се кривични поступак покреће захтевом тужиоца, могло би се закључити да се решење о престанку радног односа раднику Министарства унутрашњих послова може донети у било којој фази кривичног поступка. У оваквој ситуацији, када се примењује непрецизна правна норма, искусне судије и правни теоретичари препоручују враћање на основна начела кривичног поступка и тражење решења за непрецизност законских норми у основним начелима.

У Законику о кривичном поступку[5] под насловом "Ограничење одређених права услед покретања кривичног поступка" у члану 19. стоји:

"Кад је прописано да покретање кривичног поступка има за последицу ограничење одређених права, таква ограничења, ако законом друкчије није одређено, наступају када оптужница ступи на правну снагу, а за кривична дела за која је као главна казна прописана новчана казна или казна затвора до 3 године – од дана када је донесена осуђујућа пресуда, без обзира да ли је постала правоснажна".

Следствено томе, имајући у виду да Законом о унутрашњим пословима није другачије, односно није никако одређено, решење о престанку радног односа би могло бити донето најраније кад оптужница ступи на правну снагу, односно кад је донесена осуђујућа пресуда за одређена кривична дела.

Да овако непрецизна норма изазива дилеме, не само код Министарства унутрашњих послова, него и код судова, потврђују примери из судске праксе. Општински суд је, у радном спору, одбио тужбени захтев тужиоца којим се тражи поништај решења туженика – Министарства унутрашњих послова Републике Србије, којим је тужиоцу престао радни однос са позивом на одредбе члана 45. Закона о унутрашњим пословима. Окружни суд је уважио жалбу тужиоца и преиначио пресуду Општинског суда, тако што је усвојио тужбени захтев тужиоца, поништио оспорено решење и обавезао туженика да тужиоца врати на радно место полицајца, призна му сва права из радног односа и надокнади трошкове парничног поступка. У образложењу пресуде је наведено да: "није одређено у којој фази треба да се налази кривични поступак да би могао имати, односно да би обавезно имао штетне последице за окривљеног... те да....само отварање истраге, тј. доношења решења о спровођењу истраге, не може имати за последицу ограничење права окривљеног, јер у истрази тек треба да буду прикупљени докази на основу којих ће тужилац одлучити да ли ће подићи оптужницу или не, па због тога само доношење решења о спровођењу истраге не треба да производи штетне последице на право окривљеног, ван кривичног поступка."[6]

---

[5] ("Службени гласник РС" број 46/06)

[6] Пресуда Окружног суда у Пироту Гж. бр. 247/2003 од 20. 06. 2003. године

У прилог тврдњи да ове одредбе Закона, којима је прописан посебан случај престанка радног односа радника Министарства унутрашњих послова, треба веома пажљиво примењивати, односно избећи њихову примену кад год је то могуће и користити друга правна средства ради постизања истог циља, говори став Грађанског одељења Врховног суда Србије према коме "код примене факултативног основа престанка радног односа по члану 45. у вези члана 34. став 1. тачка 2. Закона о унутрашњим пословима и оцене законитости престанка радног односа запослених МУП-а због покретања и вођења кривичног поступка за кривична дела која се гоне по службеној дужности, правоснажна ослобађајућа кривична пресуда не утиче на престанак радног односа."

То значи да је непоправљива штета која се наноси раднику Министарства унутрашњих послова доношењем решења о престанку радног односа и да му је ускраћено једно од основних људских права гарантовано одредбом члана 60. Устава Републике Србије, а то је право на рад, према коме су свима, под једнаким условима, доступна сва радна места. Устав не даје могућност ограничења овог права, па се поставља питање ваљаности разлога за онемогућавање реинтеграције радника Министарства унутрашњих послова у радну средину у ситуацији када су престали разлози због којих му је престао радни однос, односно када, после доношења ослобађајуће пресуде у кривичном поступку, наставља да испуњава услове за заснивање радног односа прописане законом, као и остали запослени против којих није вођен кривични поступак.

Закон о полицији

У реферату је поменуто да је 2004. године Уставни суд Републике Србије, на основу члана 62. Закона о поступку пред Уставним судом и правном дејству његових одлука, упутио писмо Народној скупштини у коме је указао на потребу да се у Закону о унутрашњим пословима прецизније уреди овлашћење министра у доношењу одлуке о престанку радног односа лица због покретања кривичног поступка, као и права тих лица када се поступак пред надлежним судом правоснажно оконча доношењем ослобађајуће пресуде. Народна скупштина је 14. 11. 2005. године донела нови закон који регулише ову област – Закон о полицији. Овим Законом је предвиђено да полицијске послове обављају полицијски службеници, а то

су: униформисани и неуниформисани запослени који примењују полицијска овлашћења (овлашћена службена лица) и запослени на посебним и одређеним дужностима чији су послови у непосредној вези са полицијским пословима.

Вероватно имајући у виду указивање Уставног суда Републике Србије, као и проблеме настале у пракси поводом примене Закона о унутрашњим пословима у случају престанка радног односа због вођења кривичног поступка, а посебно дискрециона овлашћења која су тим Законом дата доносиоцу решења о престанку радног односа, законодавац је предвидео, међу посебним случајевима престанка радног односа – престанак радног односа због безбедносних сметњи. Одредбом члана 168. Закона о полицији изричито је прописано да полицијском службенику, односно другом запосленом, радни однос престаје ако током његовог рада у Министарству настану безбедносне сметње из члана 111. тог Закона, због којих са њим радни однос не би ни био заснован да су у време заснивања постојале. Решење доноси министар, на образложени предлог директора полиције, односно функционера у чијој надлежности је обављање одређених послова и задатака. Уз предлог се прилаже и безбедносна провера из члана 111. став 2. Закона, као саставни део предлога, а заштита је обезбеђена у управном спору. Треба рећи и да безбедносна провера обухвата проверу података утврђених прописима о условима за добијање оружаног листа, као и података које кандидат за заснивање радног односа даје у поступку заснивања радног односа. Одредбом члана 110. прописано је да лице које се прима у радни однос у Министарство, поред општих услова за пријем у радни однос у државном органу, мора да испуњава и таксативно наведене посебне услове, с тим што је у ставу 3. истог члана прописано да се у радни однос за обављање послова у Министарству не може примити лице које је осуђивано због кривичног дела за које се гони по службеној дужности, или против кога се води кривични поступак за такво дело, или које је осуђивано на безусловну казну затвора у трајању дужем од 3 месеца или коме је служба у државном органу или правном лицу са јавним овлашћењима престала због тешке повреде службене дужности правоснажном одлуком надлежног органа.

Поставља се питање шта је ново у овим решењима и да ли су бар делимично отклоњене дилеме настале у примени Закона о унутрашњим пословима.

Основна новина је да су сада прецизно одређена овлашћења министра, који, у случају да постоје безбедносне сметње, међу којима је и да се против запосленог води кривични поступак због кривичног дела за које се гони по службеној дужности, а због којих са њим радни однос не би ни био заснован да су у време заснивања постојале, мора да донесе решење о престанку радног односа. Дакле, укинута су дискрециона овлашћења која је министру ранији Закон пружао. Поред тога, овим Законом је проширен круг лица на која се ова мера односи, па су то поред полицијских службеника и други запослени у Министарству.

И поред укидања дискреционих овлашћења министру, у погледу обавезности доношења и садржаја одлуке у случају наведених безбедносних сметњи, у члану 165. је задржано решење да запослени може бити привремено удаљен из службе када је против њега покренут кривични поступак због кривичног дела за које се гони по службеној дужности. Обзиром да то решење доносе иста лица која дају образложени предлог министру за доношење решења о престанку радног односа и да министар нема дискреционо овлашћење да процењује да ли ће решење и донети, ова могућност привременог удаљења из службе је неприменљива ако се води кривични поступак, и остаје резервисана само за случај да је против запосленог поднет захтев за утврђивање дисциплинске одговорности за тешке повреде службене дужности.

Друга дилема, везана за усклађеност одредаба Закона о полицији са Уставом Републике Србије и међународним актима који регулишу права полицијских службеника по основу рада, није отклоњена него је напротив добила шире димензије, с обзиром да је предвиђено да ће у случају безбедносних сметњи престати радни однос полицијском службенику и другом запосленом у Министарству унутрашњих послова, јер се одредба члана 110. став 3. односи на сва запослена лица.

С обзиром на чињеницу да Уставни суд Републике Србије није одлучивао о усаглашености спорних одредаба Закона о полицији са новим Уставом Републике Србије, и да је ово питање искључиво у надлежности

тог суда, овај реферат ће се бавити само питањем усклађености са међународним актима.

О кршењу, или у најбољем случају угрожавању права полицијских службеника, прописаних чланом 6. став 2. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, већ је било речи.

Генерална скупштина Уједињених нација је усвојила Кодекс о понашању лица одговорних за примену закона који се налази у додатку Резолуције 690 (1979), Парламентарне скупштине Европског савета са Декларацијом о полицији, којом је прописано да права припадника полиције на суду морају да буду једнака правима било ког другог грађанина.

Европски кодекс полицијске етике, приложен уз Препоруку (2001) 10 Комитета министара Савета Европе, усвојен 19. 09. 2001. године, прописује да ће припадници полиције бити предмет истих закона као и остали грађани, а изузеци могу бити оправдани само разлозима одговарајућег обављања полицијског посла у демократском друштву. У коментару тог члана је наведено да је Европски суд за људска права успоставио прецедентно право које се односи на разлику између дисциплинских и кривичних питања, тако да није могуће да држава, нешто што би по међународним законима требало назвати кривичним питањем, назове дисциплинским питањем и тако занемари процедуралну заштиту коју обезбеђује члан 6. Европске конвенције о људским правима. То је управо учинио Уставни суд Републике Србије када је утврдио да нема повреде члана 23. став 3. Устава, уз образложење да се принцип (о претпоставци невиности), утврђен у овој одредби Устава односи на кривичну одговорност, а не на област радних односа и одговарајуће мере коју могу изрећи надлежни органи.

У тачки 24. Европског кодекса полицијске етике прописано је да ће лица која су осуђена за тешка кривична дела бити дисквалификована за полицијски рад. Надаље, у тачки 31. прописано је да припадници полиције, по правилу, уживају иста грађанска и политичка права као и остали грађани, с тим да се ова права могу ограничавати само када је то потребно због извршавања функција полиције у демократском друштву, у складу са законом и Европском конвенцијом о људским правима.

Колико је мени познато Устав Републике Србије, закони Републике Србије и сама Европска конвенција о људским правима, ни у једном

случају не предвиђају могућност кршења или ограничавања права прописаног одредбом члана 6. став 2. Европске конвенције о људским правима. Истини за вољу, постоје грађанска и политичка права која имају уграђена ограничења – ограничења per definitionem. Тек тада је држава овлашћена да законима на јасан и прецизан начин ограничи њихово уживање или да те законе усклади са таксативно набројаним изузецима у одредбама међународних конвенција којима су та права и слободе загарантоване. Када су у питању припадници полиције, односно полицијски службеници, најчешће су ограничавана права на политичко и синдикално организовање, право на штрајк и слобода изражавања и тиме би практично сва могућа евентуална ограничења њихових права и слобода била исцрпљена.

Мислим да је корисно указати на још један међународни документ који је наша земља ратификовала, а то је Конвенција Међународне организације рада број 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца[7] која се примењује на све гране привредних делатности и на сва запослена лица. Према одредбама ове Конвенције радни однос радника неће престати због разлога везаних за понашање радника или његов рад пре него што му се омогући да се брани од изнетих навода. Сходно томе, полицијском службенику не би смео да престане радни однос због тога што се против њега води кривични поступак, док не буде донета осуђујућа пресуда, јер му није дата могућност да се пред судом, у кривичном поступку, брани од оптужби. Према члану 2. став 6. ове Конвенције свака држава која ратификује Конвенцију дужна је да наведе категорије које су евентуално изузете од примене Конвенције, дајући образложење за то изузеће. Наша земља није ставила никакве резерве у погледу примене ове Конвенције.

На почетку излагања је речено да је заштита права полицијских службеника прешла из радно-правне у управну област. То значи да се поступак пред органом управе води по правилима Закона о општем управном поступку, а да је судска заштита обезбеђена у управном спору, осим код одлучивања о одговорности за штету. Решење о престанку радног односа, применом члана 168. Закона о полицији, доноси министар и оно је коначно у управном поступку – нема двостепености у одлучивању. Против таквог решења се може водити управни спор пред Врховним судом Србије, и то је

[7] ("Службени лист СФРЈ" - Међународни уговори број 4/84 и 7/91)

једина заштита која је полицијском службенику националним прописима омогућена. Следећи корак је Европски суд за људска права.

Све је ово значајно због тога што је и у новом Закону остало нерешено питање о утицају ослобађајуће пресуде на доношење решења о престанку радног односа полицијског службеника и што ће став по овом спорном питању, имајући у виду специфичност управног поступка, морати да утврди судска пракса.

Мој скромни допринос будућем решењу кретаће се у домену указивања на одредбе неких међународних докумената. Најпре на одредбу члана 34. Европског кодекса полицијске етике према којој ће јавни органи подржавати припаднике полиције који су изложени неутемељеним оптужбама у вези обављања својих дужности, што значи и подршку током поступка против њих. Надаље, на одредбу члана 10. Конвенције Међународне организације рада број 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца која гласи: "Ако тела из члана 8. ове Конвенције (суд, раднички суд, арбитражни комитет, арбитар), оцене да је престанак радног односа неоправдан и ако нису овлашћена или сматрају да је неспроводљиво да у складу са националним законодавством и праксом, прогласе престанак радног односа неважећим, односно нареде или предложе враћање радника на посао, она ће бити овлашћена да нареде исплату одговарајуће накнаде или неког другог давања које се може сматрати одговарајућим".

Са становишта специфичности управног поступка и управног спора, указала бих на могуће две правне ситуације:

- када је кривични поступак правоснажно окончан ослобађајућом пресудом у току трајања управног поступка и

- када је кривични поступак правоснажно окончан правоснажном пресудом по окончању управног, а у току управо-судског поступка.

У првој ситуацији, обзиром на стилизацију члана 110. став 3. Закона о полицији, не би било услова за доношење решења о престанку радног односа јер запослени у Министарству унутрашњих послова није осуђен због кривичног дела које се гони по службеној дужности, нити се против њега више води кривични поступак за такво кривично дело, односно поступак је окончан. Руководећи се основним начелима управног поступка – начелом истине и начелом оцене доказа, министар не би могао да донесе

решење о престанку радног односа запосленог у Министарству унутрашњих послова, а уколико би такво решење и било донето, у управном спору би се могло са успехом оспоравати. Имајући даље у виду правне последице поништавања решења, када се поништавају правне последице које је то решење произвело, оваква одлука би довела до потпуне реинтеграције тужиоца, односно његовог враћања на радно место на које је био распоређен пре доношења решења о престанку радног односа.

У другој ситуацији, с обзиром да суд решава спор по правилу на основу чињеница утврђених у управном поступку и да је пракса судова јединствена у схватању да чињенице које нису постојале у време решавања у управном поступку не могу бити ни од каквог утицаја при решавању управног спора, решење овог питања треба тражити у тзв. "спору пуне јурисдикције", односно у примени одредбе члана 38. став 3. Закона о управним споровима. Овај став представља изузетак од општег правила да суд решава на подлози чињеница утврђених у управном поступку и даје овлашћење суду да сам утврди потребно чињенично стање и на подлози тако утврђеног чињеничног стања донесе пресуде, односно решење, под условом да је на основу јавних исправа или доказа у списима (кривична пресуда) очевидно да је чињенично стање друкчије од оног утврђеног у управном поступку. Овај услов треба тумачити у смислу настојања да се и нове чињенице, односно нови докази, узимају у обзир приликом решавања управног спора.

У супротном би, зависно од тога у којој се фази налази поступак одлучивања о праву на рад полицијског службеника, дошло до дискриминације, која је предвиђена међународним актима у погледу групе лица која се налазе у једнаком положају у вршењу свог занимања.

Осим тога, суд би применом Конвенције МОР-а, оцењујући да је престанак радног односа био неоправдан, и сматрајући да је неспроводиво да, у складу са националним законодавством и праксом, прогласи престанак радног односа неважећим, односно нареди или предложи враћање полицијског службеника на посао, морао да нареди исплату накнаде или неког другог давања, рецимо ренте, док се полицијски службеник не запосли.

Гордана Богдановић,
саветник Врховног суда Србије

ПРИКАЗ НОВОГ ЗАКОНА О ПРЕКРШАЈИМА - НОВИНЕ И РАЗЛИКЕ СА РАНИЈИМ ЗАКОНОМ

Прекршаји, као посебна врста кажњивих дела, су се први пут појавили 1810. године у Наполеоновом Кривичном законику (Code penal), који је кажњива дела систематизовао у три групе и то: злочине (кривична дела), преступе и иступе (прекршаје). Такву поделу преузео је и аустријски Кривични законик из 1852. године, који је у многоме утицао на развој кривичног права у нашој земљи, које је такође прихватило овакву поделу кажњивих дела, доносећи кроз историју Казнитељни законик за Књажевство Србију из 1860. године, Кривични законик Краљевине Југославије из 1929. године, затим правна упутства о кажњавању за прекршаје, која су донела републичка министарства унутрашњих послова крајем 1946. године, Основни закон о прекршајима ФНРЈ из 1946. године, Основни закон о прекршајима из 1951. године, који је и први прекршајни акт кодификован у целини. Реформом комплетног казненог законодавства 1977. године донет је Закон о прекршајима којима се повређују савезни прописи, а 1989. године стари Закон о прекршајима чије су одредбе до данас више пута мењане и допуњаване.

Нови Закон о прекршајима (у даљем тексту: Закон) је донет дана 21.11.2005. године и објављен је истог дана[1]. У прелазним и завршним одредбама у члану 308. је прописано да ступа на снагу осмог дана од дана објављивања, значи 29.11.2005. године, а примењиваће се од 01.01.2007. године. Међутим, овај Закон још увек није у примени, јер нису формирани прекршајни судови, па се сходно члану 12. Уставног закона за спрово-

[1] "Службени гласник РС", број 101/05

ђење Устава Републике Србије[2] примењује ранији Закон о прекршајима[3] (у даљем тексту: ранији Закон).

Реч, две о систематизацији области

Нови Закон о прекршајима у потпуности уређује материју прекршаја и то тако што поред процесних одредби о поступку, организацији и надлежности, садржи материјално правне одредбе: појам и елементе прекршаја, услове и основе прекршајне одговорности, услове за прописивање и примену прекршајних санкција, као и систем прекршајних санкција, па је стога и подељен у два дела и то први који садржи материјално правне одредбе и други део који регулише прекршајни поступак. Подељен је у 39 глава и садржи 308 чланова. По систематизацији области веома је сличан ранијем закону, с тим што су области као што су извршење прекршаја и накнада штете због неоправданог кажњавања издвојене у посебне целине – главе, а уведена је и потпуно нова област под називом "тужилац и други органи овлашћени за покретање поступка".

I ШТА ЈЕ НОВО У ОДНОСУ НА РАНИЈУ ЗАКОНСКУ РЕГУЛАТИВУ

Најзначајније новине су свакако органи који воде поступак – прекршајни судови и увођење нових казни и заштитних мера, али због систематичности у излагању најбоље је кренути од основних одредби и указати на оне које су потпуно нове, а затим и на оне које су различите у односу на ранија решења.

- Сврха прекршајних санкција

Сврха прекршајних санкција није била посебно дефинисана ранијим Законом, а у новом у члану 5. став 2. сврха прописивања, изрицања и примене прекршајних санкција је да грађани поштују правни систем и да нико убудуће не учини прекршај, а у члану 28. став 2. је дефинисана сврха кажњавања на начин да се изрази друштвени прекор учиниоцу због извр-

[2] "Службени гласник РС" број 98/06

[3] "Службени гласник СРС" број 44/89, "Службени гласник РС" број 21/90...44/98 и "Службени гласник РС" број 65/01 и 55/04

шеног прекршаја и да се утиче на њега и на сва остала лица да убудуће не чине прекршаје.

- **Врсте казни**

Поред постојећих – казне затвора и новчане казне, чланом 28. став 1. новог Закона уведене су још две врсте казни и то рад у јавном интересу[4] и казнени поени са поништењем важења возачке дозволе. Казна затвора и казнени поени са поништењем возачке дозволе могу се прописати само законом, а новчана казна и рад у јавном интересу могу се прописати законом или уредбом, односно одлуком скупштине аутономне покрајине, скупштине општине, скупштине града или скупштине града Београда. Казна затвора се може изрећи само као главна казна и њу може изрећи само прекршајни суд, а остале казне се могу изрећи и као главне и као споредне. У односу на ранији, нови Закон је прописао дужу казну затвора до 60 дана за теже прекршаје јавног реда и мира и теже прекршаје којима се угрожава живот или здравље људи или услед којих могу настати друге теже последице и то у члану 32. став 2. Рад у јавном интересу је нова врста казне регулисана чланом 33. То је неплаћени рад у корист друштва који не вређа људско достојанство и не остварује профит, изриче се само уз пристанак учиниоца, а не може трајати краће од 10, нити дуже од 120 часова, с тим што се не може обављати дуже од 2 часа дневно. Казнени поени у распону од 1 до 18 се примењују за прекршаје против безбедности саобраћаја на путевима и могу се изрећи возачу који поседује важећу возачку дозволу издату у Републици Србији или возачу коме је правоснажном одлуком забрањено управљање возилом на моторни погон. Ако је током 2 године возач добио 18 или више казнених поена, суд му пресудом поништава возачку дозволу и у том случају возачка дозвола престаје да важи са правоснажношћу судске пресуде. После једне године од правоснажности судске пресуде којом му је поништена возачка дозвола учинилац под законом прописаним условима може поново стећи возачку дозволу.

[4] Ова врста казне је прописана као нова и чланом 52. Кривичног законика ("Службени гласник РС", 85/05, 88/05 и 107/05).

- **Заштитне мере**

Као и код прекршајних санкција, и овде је дефинисана сврха примене заштитне мере, а то је да отклони услове који омогућавају или подстичу учиниоца на извршење новог прекршаја. Поред постојећих седам, уведене су и две нове заштитне мере: забрана приступа оштећеном, објектима или месту извршења прекршаја и јавно објављивање пресуде.

Забрана приступа оштећеном, објектима или месту извршења прекршаја прописана је чланом 54. и изриче се ради спречавања учиниоца на понови прекршај или да настави да угрожава оштећеног. Изриче се на писмени предлог подносиоца захтева за покретање прекршајног поступка или на усмени захтев оштећеног, истакнут при саслушању у прекршајном поступку. Одлука суда којом је изречена забрана приступа мора да садржи: временски период у коме се извршава, податке о лицима којима учинилац не сме приступати, назначење објеката којима не сме приступити и у које време, места или локација у оквиру којих се учиниоцу забрањује приступ. Изречена мера забране приступа оштећеном укључује и меру забране приступа заједничком стану или домаћинству у периоду за који важи забрана. Ова заштитна мера може се изрећи у трајању до годину дана, рачунајући од правоснажности пресуде, а о одлуци суда којом се изриче ова заштитна мера обавештава се оштећени орган унутрашњих послова надлежан за извршење мере и Центар за социјални рад, уколико се мера односи на забрану учиниоца приступа деци или брачном другу. Чланом 55. је прописано да кажњеном коме је правоснажном пресудом изречена мера забране приступа, а који приступи оштећеном, објектима или месту извршења прекршаја током трајања мере или оствари контакт са оштећеним на недозвољени начин или у недозвољено време, казниће се новчаном казном до 15.000,00 динара или казном затвора до 30 дана. Истом казном казниће се и оштећени на чији је предлог мера донета, који својим радњама наведе кажњеног да прекрши забрану приступа.

Заштитна мера јавног објављивања пресуде је прописана чланом 56. и њу ће суд изрећи ако сматра да би било корисно да се јавност упозна са пресудом, а нарочито ако би објављивање пресуде допринело да се отклони опасност по живот или здравље људи или да се заштити сигурност промета роба и услуга или привреда. Према значају прекршаја суд одлучује да ли ће се пресуда објавити преко штампе, радија или телевизије или преко више

наведених средстава информисања, као и да ли ће се образложење пресуде објавити у целини или у изводу, водећи при том рачуна да начин објављивања омогући обавештеност свих у чијем интересу пресуду треба објавити. Пресуда се може објавити у року од најдуже 30 дана од дана правоснажности пресуде, трошкови јавног објављивања пресуде падају на терет кажњеног, а прописом којим се одређује прекршај може се предвидети обавезно изрицање заштитне мере јавног објављивања пресуде.

Код заштитне мере удаљење странаца са територије Републике Србије нови закон је у члану 57. став 4. увео новину која се огледа у томе да се посебним законом могу прописати услови под којима се може на одређено време одложити извршење ове заштитне мере.

- Одредбе о малолетницима

Прекршајне санкције малолетницима може изрећи само суд, а поред досадашње васпитне мере, казне затвора и заштитне мере, чланом 65. став 4. уведена је и новчана казна. Врсте васпитних мера су чланом 66. подељене на:

1) мере упозорења и усмеравања: укор и посебне обавезе

2) мере појачаног надзора.

Ова подела је нова у односу на ранију регулативу која је васпитне мере делила на укор, упућивање у дисциплински центар за малолетнике и појачани надзор. Посебне обавезе регулисане чланом 68. су нова врста васпитних мера која је заменила упућивање у дисциплински центар за малолетнике. Одређује их суд кад оцени да је одговарајућим захтевима и забранама потребно утицати на малолетника и његово понашање. Прописано је седам посебних обавеза и то: извињење оштећеном, у оквиру својих могућности поправка или надокнада проузроковане штете, непосећивање одређених места и избегавање друштва одређених лица која на малолетника негативно утичу, подвргавање одвикавању и лечењу од зависности од алкохола, дроге или других опојних средстава и средстава зависности, упућивање у надлежну установу за оспособљавање возача ради учења или провере знања саобраћајних прописа, укључивање у рад хуманитарних организација или у послове еколошког, социјалног или локалног значаја без накнаде, укључивање у рад спортских и других секција у школи уз педагошки надзор наставника. Наведене обавезе

не могу трајати дуже од шест месеци и не смеју ометати малолетниково школовање или запослење, а спроводе се уз надзор Центра за социјални рад који о извршавању обавеза обавештава суд.

У вези са васпитним мерама у члану 72. став 2. прописана је дужност суда да води посебну евиденцију за сваког малолетника коме је изречена васпитна мера.

Нови Закон у члану 270. став 2. упућује на сходну примену Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривично – правној заштити малолетних лица. Као и ранији Закон, и у члану 271. новог Закона је прописано да ће се пре изрицања васпитне мере или казне малолетнику прибавити мишљење надлежног органа старатељства, с тим што је додато да ако надлежни орган старатељства не достави мишљење у року од 60 дана, суд може малолетнику изрећи укор или новчану казну и без мишљења органа стратељства водећи рачуна о душевној развијености, осетљивости и личним својствима малолетника.

- Органи надлежни за вођење поступка

Органи за вођење прекршајног поступка су нови и различити од ранијих. Чланом 91. је прописано да прекршајни поступак у првом степену воде прекршајни судови[5] уколико за вођење прекршајног поступка нису надлежни органи управе. Прекршајни поступак у другом степену води Виши прекршајни суд, који одлучује о жалбама на одлуке суда и органа управе о сукобу и преношењу месне надлежности судова и врши друге послове одређене законом. Виши прекршајни суд прегледа и прати рад судова, прибавља од судова податке и извештаје потребне за праћење прекршајне праксе, примену закона и других прописа, праћење проучавања друштвених односа и појава и податке о другим питањима од интереса за остваривање њихове функције. Рад суда је јаван, али се чланом 92. став 2. прописује да ради очувања тајне, заштите морала, интереса малолетника или заштите других посебних интереса друштвене заједнице може искључити јавност рада у свим или само појединим фазама прекршајног поступ-

[5] Чланом 10. став 3. Закона о судовима ("Службени гласник РС", број 63/01...46/06) су прописани као посебни судови: трговински, Виши трговински, прекршајни, Виши прекршајни и Управни суд.

ка. Чланом 93. прописан је састав суда и то тако што судија прекршајног суда суди и одлучује као судија појединац, а Виши прекршајни суд суди и одлучује у већу састављеном од троје судија. Ово је значајна новина с обзиром да је, подсећања ради, нужно поменути да је по ранијем Закону прекршајни поступак у првом степену водио општински судија за прекршаје, а у другом степену веће за прекршаје, с тим што је у области царинског, спољно-трговинског и девизног пословања прекршајни поступак у првом степену водила Комисија за прекршаје при министарству надлежном за послове финансија, а у другом степену Веће за другостепени прекршајни поступак при министарству надлежном за послове финансија.

- **Поступак против правног лица и одговорног лица**

Поступак против правног и одговорног лица представља новину уведену одредбом члана 98. новог Закона, која прописује да се против правног лица и одговорног лица у правном лицу води јединствен прекршајни поступак, осим ако постоје законски разлози да се води поступак само против једног од њих. Ако се против одговорног лица у правном лицу не може покренути поступак, поступак ће се покренути и спровести само против правног лица, а ако је правно лице престало да постоји или постоје друге правне сметње за вођење поступка, поступак ће се покренути и спровести само против одговорног лица у правном лицу.

- **Јавни тужилац и други органи овлашћени на покретање поступка**

Ова област је издвојена у посебно поглавље и представља још једну новину у односу на ранији Закон. Чланом 117. је прописано да је јавни тужилац странка у прекршајном поступку и да он може да предузима мере ради откривања, проналажења и прибављања потребних доказа за гоњење учинилаца прекршаја и успешно вођење прекршајног поступка пред судом или надлежним органом управе, да подноси захтев за покретање прекршајног поступка, жалбу или ванредна правна средста против одлука суда, односно надлежног органа управе и да предузима друге радње за које је овлашћен овим законом и посебним прописима. Он је стварно надлежан да поступа у прекршајном поступку уколико је поднео захтев за покретање прекршајног поступка, с тим што ако је јавни тужилац први поднео захтев по-

ступак ће се водити по његовом захтеву, а наставити по захтеву оштећеног или другог органа надлежног за покретање поступка, ако јавни тужилац одустане од захтева. У случају одустанка јавни тужилац је дужан да у року од 8 дана од дана одустанка обавести оштећеног или друго лице овлашћено за покретање поступка да би наставили поступак. Такође, чланом 118. је прописано да када је према овом Закону за подношење захтева за покретање прекршајног поступка надлежан други орган, он има сва права која има и јавни тужилац као странка у поступку, осим оних која јавном тужиоцу, као државном органу, припадају по посебном закону.

Треба истаћи да је интенција новог законодавства проширење овлашћења јавног тужиоца, што се види и из новог Законика о кривичном поступку[6], по коме је за кривична дела која се гоне по службеној дужности јавни тужилац овлашћен да спроводи претходну истрагу и да издавањем обавезујућих налога или непосредним руковођењем усмерава радње полиције у претходној истрази (члан 45. тачка 1), док је ранијим Законом био надлежан да захтева спровођење истраге и усмери ток претходног кривичног поступка у складу са законом.

- **Поднесци и записници**

Поред досадашњих решења у вези подношења писмена (писмено или усмено на записник), чланом 119. став 2. новог Закона прописана је нова могућност предаје писмених поднесака тако што се кратка и хитна обавештења могу дати телефаксом, телексом, телефоном, електронском поштом или на други одговарајући начин. Службеник који је примио телефонски или на други начин обавештење које није у писаном облику, начиниће о томе забелешку и приложити је у списе предмета.

- **Трошкови прекршајног поступка**

Поред постојећих трошкова, новим Законом су прописани и трошкови превођења (члан 130. тачка 8), а код обавезе плаћања трошкова новина је у члану 131. став 3. новог Закона, којим је прописано да се захтев за накнаду награде и нужних издатака браниоца подноси у року од 3 месеца од дана достављања правоснажне одлуке о трошковима.

[6] "Службени гласник РС" број 46/06

- **Врсте одлука**

Поред решења, наредбе, закључка и забелешке, чланом 143. став 1. новог Закона је прописано да се у прекршајном поступку одлуке доносе и у облику пресуде и њих доноси само суд, а остале одлуке органи управе надлежни за вођење прекршајног поступка.

- **Достављање писмена**

Новине у вези достављања писмена су у одредби члана 147. став 3. новог Закона, који прописује да позив за усмени претрес или друге претресе суд може и усмено упутити лицу које се пред њим налази, уз поуку о последицама недоласка. Такав усмени позив забележиће се у записнику који ће позвано лице потписати, осим ако је позив забележен у записнику о претресу. Сматра се да је тиме извршена достава. Новина је и у одредби члана 151. став 3. новог Закона којим је регулисана ситуација достављања писмена правном лицу и предузетницима - уколико лице овлашћено за примање писмена или запослени који се затекне у пословној просторији примаоца одбије да прими писмено достављач ће забележити на доставници дан, сат и разлог одбијања, а писмено ће оставити у пословној просторији примаоца.

- **Мере за обезбеђење присуства окривљеног**

Код привођења учиниоца, затеченог у вршењу прекршаја, овлашћени полицијски службеник га може задржати најдуже 24 часа уз обавезу, која је новина у односу на раније законско решење, да без одлагања о задржавању обавести лице по избору задржаног лица, као и дипломатско-конзуларног представника државе чији је држављанин, односно представник одговарајуће међународне организације, ако је у питању избеглица или лице без држављанства. Слична обавеза је прописана и чланом 167. став 3. новог Закона и односи се на судију који води прекршајни поступак приликом доношења наредбе о задржавању, које не може бити дуже од 24 часа, поред претходних обавеза, обавеза судије се односи и на обавештавање браниоца, ако бранилац није био присутан приликом испитивања окривљеног.

Проширене су одредбе о задржавању лица под дејством алкохола или других омамљујућих средстава, па тако члан 168. у ставу 3., 4. и 5. новог Закона, прописује да је обавеза задржавање лица, возача моторног возила који има 1,2 г/кг или више алкохола у крви, или је под утицајем дру-

гих омамљујућих средстава. Задржавање је обавезно и ако такво лице одбије да се подвргне испитивању на присуство алкохола или других омамљујућих средстава. Ако је могуће, судија ће о задржавању лица обавестити чланове његове породице или друго лице задужено за старање о малолетнику, ако је према њему одређено задржавање.

Такође су проширене и одредбе о јемству као мери обезбеђења присуства окривљеног и то у погледу висине која се одређује у износу до највише новчане казне прописане за прекршај за који се води поступак. Ако је у питању више прекршаја јемство ће се одредити до висине казне која се може изрећи за прекршај у стицају, а може бити увећана и за износ истакнутог имовинско – правног захтева оштећеног. Прописан је и посебан облик јемства за случај одласка у иностранство.

Заржавање путне исправе је нова мера прописана чланом 174. новог Закона. Суд може задржати путну исправу окривљеног до извршења пресуде ако нађе да би кажњено лице чије се место боравка налази у иностранству могло осујетити извршење пресуде одласком са територије Републике Србије. О задржавању путне исправе издаје се потврда.

- **Саслушање окривљеног**

У вези начина саслушања окривљеног у члану 175. новог Закона уведен је нов став 2. који прописује да окривљени може бити саслушан у одсуству браниоца, ако бранилац није присутан и ако је обавештен о саслушању или ако за прво саслушање окривљени није обезбедио браниоца. Изјаве окривљеног о разлозима одсуствовања браниоца уносе се у записник. На исказу окривљеног који није био упозорен на право да узме браниоца по свом избору или да буде саслушан у присуству браниоца не може се засновати одлука.

- **Претрес**

Права странака на претресу су проширена у смислу да овлашћени представник подносиоца захтева има право да на претресу измени садржину захтева, у ком случају ће судија решењем одложити претрес да би се окривљени упознао са садржином захтева и да би припремио одбрану. Ако судија нађе да претрес не треба одлагати закључиће претрес, а може донети и пресуду и јавно објавити изреку пресуде уз кратко навођење разлога. У случају да

окривљени и подносилац захтева не траже да им се достави писмено израђена пресуда и изјаве да се неће жалити, окривљеном ће се уручити, а подносиоцу захтева доставити само препис изреке пресуде.

- **Прекид поступка**

Поред до сада прописаних случајева прекида поступка предвиђен је и нови случај – ако је за исто дело против окривљеног покренут кривични поступак прекид ће трајати до доношења правоснажне судске одлуке у кривичном поступку.

- **Редовни правни лекови**

Жалба, као редован правни лек, се може изјавити увек на пресуду и решење органа управе, а на друга решења донета у прекршајном поступку само ако право на жалбу није законом искључено. Против одлуке донете у првом степену изјављује се жалба Вишем прекршајном суду у року од 8 дана од дана усмено саопштене одлуке, односно од дана достављања пресуде или решења. Новим законом су проширене могућности подношења жалби у следећим ситуацијама:

1) замена новчане казне у казну затвора врши се на основу решења суда против којег је дозвољена жалба у року од 3 дана (члан 37. став 10)

2) када у пресуди није одлучено о трошковима поступка, одлучиће се о томе накнадно, посебним решењем на које је дозвољена жалба (члан 132. став 3)

3) против одлуке о имовинско – правном захтеву оштећени или друго овлашћено лице које је поднело захтев има право жалбе (члан 141. став 4)

4) подносилац захтева за покретање поступка има право жалбе у року од 8 дана на решење суда, односно органа управе о одбацивању захтева (члан 159. став 4)

Законом су регулисане и ситуације у којима је изричито прописано да жалба није дозвољена:

1) против решења суда којим се дозвољава исплата новчане казне у ратама (члан 36. став 3)

2) против решења о раздвајању односно спајању поступка (члан 274. став 3)

3) против одлуке Вишег прекршајног суда донетог по жалби против решења о прекршају органа управе (члан 291. став 5)

- Битне повреде одредаба прекршајног поступка

Битном повредом одредаба прекршајног поступка, поред постојећих, сматра се и ситуација када се одлука заснива на исказу окривљеног који није био упозорен на право да узме браниоца по свом избору или да буде испитан у присуству браниоца.

- Ванредни правни лекови – захтев за ванредно преиспитивање правоснажне пресуде

Случајеви када се може поднети захтев за ванредно преиспитивање правоснажне пресуде су прописани чланом 255. новог Закона и они су исти као у ранијем Закону, с тим што је предвиђена и нова могућност подношења захтева када је изречена одлука о поништењу возачке дозволе.

- Прекршајни поступак који воде органи управе

Ова област је другачије уређена новим Законом, мада садржи исту одредбу везану за надлежност органа управе, прописану чланом 285. која гласи да кад је за прекршај прописана само новчана казна, законом се може прописати да прекршајни поступак за поједине прекршаје у првом степену воде органи управе. Прописане су две нове правне ситуације: за прекршаје за које је прописана казна затвора, за које се могу изрећи заштитне мере, које учине малолетници, за прекршаје лица које уживају дипломатски имунитет, за одлучивање о имовинско-правном захтеву и друге за које је искључиво надлежан суд, орган управе предмет уступа надлежном суду. Друга ситуација се односи на случај вођења прекршајног поступка пред органом управе, а тиче се одредби о довођењу, задржавању, јемству, задржавању путне исправе, претресању и другим питањима за која према овом Закону може бити искључиво надлежан суд, тада је орган управе дужан да предмет уступи и надлежном суду на одлучивање. Одредбом члана 286. новог Закона прописана је кумулација стварне надлежности, која подразумева ситуацију у којој је исто лице окривљено за више прекршаја,

при чему је за вођење прекршајног поступка за неке од прекршаја надлежан суд, а за неке орган управе, поступак ће се водити пред судом по принципу опште месне надлежности.

Прекршајни поступак пред органом управе покреће се на захтев овлашћеног лица или по службеној дужности, одмах по сазнању за прекршај. Треба нагласити да када се поступак покреће по службеној дужности, орган управе надлежан за вођење прекршајног поступка није везан захтевом за покретање прекршајног поступка у делу који се тиче лица које се терети за прекршај и прекршаја који је предмет поднетог захтева. У ранијем Закону то је важило само за прекршаје из области јавних прихода, царинског, спољнотрговинског и девизног пословања.

Састав органа који решава о прекршају је такође различито регулисан. За вођење прекршајног поступка у органу управе надлежна је Комисија за прекршаје или службено лице, које мора да има завршен правни факултет, положен стручни испит и најмање три године радног искуства на одговарајућим пословима. Комисију састављену од три члана, од којих је један председник, одређује из реда запослених у органу државне управе функционер који руководи органом, с тим што један од чланова комисије мора бити дипломирани правник са положеним стручним испитом и најмање три године радног искуства на одговарајућим правним пословима.

На решење о прекршају органа управе може се изјавити жалба Вишем прекршајном суду.

II ШТА ЈЕ РАЗЛИЧИТО У ОДНОСУ НА РАНИЈУ ЗАКОНСКУ РЕГУЛАТИВУ?

Поред наведених нових законских решења постоје области које су различито регулисане у новом Закону, па су због свог значаја посебно обрађене.

Појам прекршаја

Пре свега, то је појам прекршаја. По новом Закону, у члану 2. став 1. прекршај је противправна скривљено извршена радња која је прописом надлежног органа одређена као прекршај, а у ставу 2. истог члана је прописано да нема прекршаја уколико је искључена противправност или кри-

вица, иако постоје сва битна обележја прекршаја. У ранијем Закону прекршаји су повреде јавног поретка утврђене законом или другим прописима за које су прописане прекршајне казне и заштитне мере.

Прекршајна кривица

С тим у вези нови Закон уводи термин кривице и у члану 19. став 1. прописује да је крив учинилац који је у време када је учинио прекршај поступао са умишљајем или из нехата, па се отуда наводи прекршајна кривица, за разлику од ранијег Закона који је користио термин прекршајне одговорности (члан 11). Такође је разлика и у терминима: овлашћени полицијски службеник у новом, а у ранијем органи унутрашњих послова и припадници милиције.

Новчана казна

Следећа разлика је повећан износ новчане казне за прекршај из области јавних прихода, јавног информисања, царинског, спољнотрговинског и девизног пословања, промета робе и услуга и промета хартијама од вредности, који се може изрећи у сразмери са висином причињене штете или неизвршене обавезе, вредности робе или друге ствари која је предмет прекршаја, али не више од двадесетоструког износа тих вредности – у ранијем Закону је то био десетоструки износ.

Код замене неплаћене новчане казне нови Закон је предвидео да ако кажњено физичко лице не плати новчану казну замениће се радом у јавном интересу или казном затвора – раније је било само казном затвора.

Накнада штете као разлог обуставе поступка

Чланом 41. новог Закона, прописана је могућност обуставе поступка против учиниоца прекршаја за који је прописана новчана казна, ако је он добровољно после извршења прекршаја, а пре покретања прекршајног поступка, отклонио противправно стање или надокнадио штету коју је изазвао прекршајем. Ранији Закон није познавао овакву могућност, али је у члану 38а. прописивао као изузетак, да се неће казнити учинилац прекршаја ако је прекршај према околностима под којима је учињен од малог значаја и ако није проузроковао последице или су последице незнатне.

Сукоб надлежности

О сукобу надлежности између судова и других органа надлежних за вођење прекршајног поступка решава Уставни суд Србије, а ранији Закон је прописивао да о сукобу надлежности између органа за прекршаје и других органа надлежних за вођење прекршајног поступка решава Врховни суд Србије.

Покретање прекршајног поступка

Ранији Закон је прописивао да ће судија за прекршаје, ако не одбаци захтев за покретање прекршајног поступка, донети закључак којим се прекршајни поступак покреће. Нови Закон у члану 160. став 1. прописује да ће суд, односно орган управе, ако не одбаци захтев за покретање поступка донети решење односно закључак о покретању прекршајног поступка.

Пресуда

Чланом 214. новог Закона је прописано да се прекршајни поступак завршава доношењем осуђујуће односно ослобађајуће пресуде или решења којим се поступак обуставља, а који се израђује у року од 8 дана од дана окончања свих радњи у прекршајном поступку. У члану 230. ранијег Закона је прописано да се прекршајни поступак завршава доношењем решења о прекршају којим се поступак обуставља или се окривљени оглашава одговорним за прекршај. Пресуда којом се окривљени ослобађа од кривице се изриче, по новом Закону, у случајевима:

- када дело за које се окривљени терети по пропису није прекршај,
- ако има околности које искључују прекршајну одговорност окривљеног,
- ако није доказано да је окривљени учинио прекршај за који је против њега поднет захтев за покретање прекршајног поступка.

Прва два случаја ранији Закон је сврстао у разлоге због којих се обуставља прекршајни поступак.

Застаревање права на враћање новчаног износа

Застарелост овог права се прекида подношењем захтева Министарству надлежном за послове прекршаја, односно органу управе који је

водио прекршајни поступак, по новом Закону, а по ранијем подношењем захтева Министарству правде.

Извршење одлука

Различито је утврђен дан извршности одлука, јер је у новом Закону прописано да ако за поједине случајеве у закону није другачије одређено одлука стиче својство извршности даном достављања кажњеном, а у ранијем је било предвиђено да ако за поједине случајеве у закону није друкчије одређено, решење о прекршају се извршава кад протекне 15 дана од његове правоснажности, а ако је против решења о прекршају била изјављена жалба, тај рок се рачуна од дана достављања другостепеног решења.

III РЕШЕЊА КОЈА ЈЕ ЗАКОНОДАВАЦ ТРЕБАО ДА ЗАДРЖИ У НОВОМ ЗАКОНУ

И на крају, значајно је поменути нека решења из ранијег Закона која нису нашла своје место у новом Закону, а по мишљењу аутора овог реферата, представљала су добра решења за ситуације које су регулисала.

Код заштитне мере обавезног лечења алкохоличара и наркомана ранији Закон је прописао могућност да се та мера изрекне и када није прописом којим се одређује прекршај предвиђено њено изрицање ако учинилац прекршаја због употребе алкохола или опојних дрога нарушава сопствено здравље или постаје опасан по околину и који је учинио прекршај услед зависности и код кога постоји опасност да ће услед ње и даље вршити прекршаје (члан 48. став 3. ранијег Закона).

Мере појачаног надзора могу трајати најдуже једну годину и то је прописано у оба закона, с тим што је ранији закон прописивао да после 6 месеци од почетка извршења те мере првостепени орган за прекршаје може на предлог органа старатељства обуставити извршење мере ако је сврха те мере постигнута (члан 58. став 5).

ЗАКЉУЧАК

Постојање великог броја прописаних прекршаја у нашем правном систему је условљено чињеницом да свака правна област има своје законе, уредбе и одлуке који прописују шта се сматра прекршајем и прописују

казне и заштитне мере за њих. Због те обимности, мишљења сам да ће нови Закон допринети ефикаснијем вођењу и бржем окончавању прекршајних поступака, јер формирањем посебних прекршајних судова коначно ће прекршајно право бити признато као равноправно са кривчним и привредним, са којима је у прошлости делило исте корене, и добити значај који му са правом припада. Како је сврха прописивања, изрицања и примене прекршајних санкција, прописана чланом 5. став 2. новог Закона у обавези грађана да поштују правни систем и да нико убудуће не учини прекршај, онда је јасно да прекршајни судови треба да допринесу бољем функционисању правног система који штите. Такође, сматрам да ће увођење нових казни, нарочито казнених поена са поништењем возачке дозволе, условити веће поштовање саобраћајних прописа, а самим тим допринеће и већој безбедности саобраћаја на путевима – области у којој је за сада највећи број учињених прекршаја.

И на крају, треба рећи да је овај реферат критички приказ новог Закона, теоријски осврт на његове новине и различитости у односу на ранији Закон. Тек његовом практичном применом и провером у пракси моћи ће да се уоче предности, можда мане и недостаци, који ће бити тема неког од следећих реферата.

Весна Даниловић,
саветник Врховног суда Србије

НОВЧАНА НАКНАДА ПО ОСНОВУ ПРЕОСТАЛЕ РАДНЕ СПОСОБНОСТИ

1) О правима из пензијског и инвалидског осигурања, са посебним освртом на права по основу преостале радне способности

Закон о пензијском и инвалидском осигурању[1] (у даљем тексту: Закон), који је ступио на снагу 10.04.2003. године, одредбом члана 18. прописује да су права из пензијског и инвалидског осигурања: 1) за случај старости - право на старосну пензију; 2) за случај инвалидности - право на инвалидску пензију; 3) за случај смрти: (1) право на породичну пензију; (2) право на накнаду погребних трошкова; 4) за случај телесног оштећења проузрокованог повредом на раду или професионалном болешћу - право на новчану накнаду за телесно оштећење.

До ступања на снагу Закона, права из пензијског и инвалидског осигурања била су прописана Законом о основама пензијског и инвалидског осигурања[2] (у даљем тексту: Савезни закон). Савезни закон је у члану 1. прописао да су права из ПИО у смислу овог закона: 1) за случај старости: право на старосну пензију; 2) за случај инвалидности: право на инвалидску пензију, право на преквалификацију или доквалификацију, право на распоређивање, односно запослење на другом одговарајућем послу с пуним радним временом, право на новчане накнаде у вези са коришћењем права на преквалификацију, или доквалификацију и распоређивање, односно запослење на другом одговарајућем послу, 3) за случај опасности од настанка инвалидности: право на преквалификацију или доквалификаци-

[1] "Сл. гласник РС" бр. 34/03
[2] "Сл. лист СРЈ" бр. 30/96...39/02

ју, право на распоређивање на други одговарајући посао с пуним радним временом, 4) за случај смрти - право на породичну пензију; 5) за случај телесног оштећења проузрокованог повредом на раду или професионалном болешћу - право на новчану накнаду за телесно оштећење. Одредбама члана 52. прописао је и начин стицања и утврђивање, између осталих, и права по основу преостале радне способности.

Закон о пензијском и инвалидском осигурању[3] (у даљем тексту: Стари закон), који је такође престао да важи ступањем на снагу Закона, детаљно је "разрађивао" одредбе Савезног закона, додатно дефинисао појам осигураника и детаљно прописао, између осталог, права по основу преостале радне способности, те поступак остваривања (члан 52.-72) и начин и услове коришћења ових права (члан 73. – 91).

Одредбама чланова од 11. до 28. Стари закон је прописао начин утврђивања и висину новчане накнаде зараде осигуранику са преосталом радном способношћу који се упућује на преквалификацију или доквалификацију, која се утврђује као **материјално обезбеђење**, као и новчане накнаде зараде, која припада осигуранику с преосталом радном способношћу за време од дана настанка инвалидности до дана распоређивања, односно запослења на другом одговарајућем послу (односно од дана завршене преквалификације или доквалификације до дана распоређивања, односно запослења на другом одговарајућем послу), која се утврђује као **привремена накнада.** Право на привремену накнаду, према овом закону престаје даном испуњења услова за стицање права на старосну пензију.

Регулатива права по основу преостале радне способности **у Закону** дата је у **прелазним и завршним одредбама**. Одредбом члана 218. ст. 2. прописано је да корисници права из пензијског и инвалидског осигурања који су та права остварили по прописима о пензијско-инвалидском осигурању, до дана ступања на снагу овог закона, а која нису утврђена овим законом, користе их под условима, у обиму и на начин утврђен овим законом. Одредбом члана 221. прописано је да ће се поступак за остваривање права из пензијског и инвалидског осигурања, односно за утврђивање пензијског стажа, покренути до дана ступања на снагу овог закона, окончати под условима и на начин предвиђен прописима који су били на

[3] "Сл. гласник РС" бр. 52/96 ... 80/02

снази у време покретања поступка, ако овим законом није другачије одређено. У одредбама чланова од 223. до 230. и у члану 235. прописан је начин утврђивања, услови даљег коришћења и висина новчаних накнада по том основу, као и то да Република обезбеђује средства за права из пензијског и инвалидског осигурања која су остварена под повољнијим условима у односу на услове утврђене овим законом, а која су остварена по прописима Републике који су били на снази до почетка примене овог закона.

(У реферату се детаљније не задржавам на чињеници да је пре доношења Закона донет Закон о основама пензијског инвалидског осигурања[4] (у даљем тексту: Нови Савезни закон), који је ступио на снагу 25.01.2003. године. Ово са разлога што тај закон није дерогирао цео Савезни закон, који је од значаја за овај реферат, већ само одредбе чланова од 1. до 9. које су углавном пренете у Нови Савезни закон и који је донет ради стварања оквира за доношење Закона. При том у Новом Савезном закону прописана су права из пензијског и инвалидског осигурања у члану 6. став 1. тачке 1. - 3., која су унета и у члан 18. Закона, уз могућност да се "законом којим се уређује пензијско и инвалидско осигурање могу утврдити и друга права из пензијског и инвалидског осигурања" (члан 6. став 2), што је, такође, Закон и учинио. Други разлог што се на Новом Савезном закону не задржавам је и тај што је престао да важи, као и Савезни закон и Стари закон, ступањем на снагу Закона).

2) Одлучивање у управном поступку и по тужбама у управном спору код окружних судова у овој материји

Ово кратко увођење у појам права из ПИО, са посебним освртом на права по основу преостале радне способности, те поступак остваривања и начин коришћења ових права, прописани Савезним законом и Старим законом, од значаја је за осветљавање проблема реализације ових права на која су осигураници-запослени, којима су ова права утврђена, често правноснажним, решењима - у пракси наилазила. Овај проблем практичне реализације права настајао је у ситуацији када су се ова лица, **након ступања на снагу Закона**, **обраћала Фондовима за пензијско** и **инвалидско осигурање** (у даљем тексту: **Фонд**) **за доношење решења ко-**

[4] "Сл. лист СРЈ" бр. 5/03

јим ће им се признати право на новчану накнаду, која им иначе припада **по основу преостале радне способности, утврђене им,** као што сам већ навела, **правноснажним решењима Фонда,** донетим **пре ступања на снагу Закона.**

У пракси су се појавиле конкретне ситуације да је осигуранику - запосленом правноснажним решењем[5] донетим у време важења Старог закона утврђена преостала радна способност, право на распоређивање са пуним радним временом на други одговарајући посао и право на новчану накнаду због мање зараде на другом одговарајућем послу (о чијој висини ће се, како је у том конкретном решењу наведено, одлучити посебним решењем), а да је решењем послодавца то лице на други одговарајући посао распоређено тек након ступања на снагу Закона.

Одлучујући, након тога, о захтеву овог лица за признавање права на новчану накнаду по том основу, Фонд је у овој ситуацији стао на становиште да ово лице нема права на новчану накнаду са разлога што је "први пут распоређен на други одговарајући посао после 10.04.2003. године, након ступања на снагу Закона."[6]

Овакво одлучивање кореспондира са становиштем изнетим у реферату г-дина Ненада Стојановића[7], у коме се корисником права на накнаду по основу преостале радне способности (између осталих) сматра осигураник коме је до 2. априла 2003. године, односно до дана ступања на снагу Закона утврђено право по основу преостале радне способности и који је распоређен на рад на другом одговарајућем послу, без обзира на то да ли је по том основу користио накнаду или не.

(Због касније донете одлуке Уставног суда[8], датум ступања на снагу Закона је 10.04.2003)

Окружни судови су у предметима у овој материји имали неуједначену праксу, па су тужбе поднете против решења Фонда којима су од-

---

[5] Решење Покрајинског фонда у Новом Саду бр. 35-182.24-6272 од 13.05.1999.

[6] Решење Филијале Зрењанин од 09.02.2005, потврђено Решењем Републичког фонда ПИО бр. 30-182/27-6272 од 28.03.2005.

[7] "Права затечених корисника накнада после ступања на снагу Закона о пензијском инвалидском осигурању", Билтен Врховног суда Србије, бр.3 из 2003. год

[8] Објављена у "Службеном гласнику РС" бр. 64/2004 од 7.6.2004. год.

бијане жалбе ових осигураника, изјављене против првостепених решења, којима им није било признато право на новчану накнаду са изнетим образложењем или одбијали[9], прихватајући као правилно становиште Фонда или уважавали[10], са најчешћим образложењем да је у питању стечено право које је већ утврђено правноснажним решењем, које је у правном промету и које не може остати нереализовано услед доношења Закона који ово питање регулише на нешто другачији начин него Стари закон.

Дакле, отворило се спорно правно питање: ко се сматра корисником права на новчану накнаду у смислу члана 218. став 2. Закона, па су различита тумачења и резултирала различитим одлучивањем, што је са становишта уједначене судске праксе, правне сигурности, па и заштите елементарних права грађана – неприхватљиво. До различитог тумачења и одлучивања дошло је услед непостојања јасне дефиниције, уопште, корисника права из пензијског и инвалидског осигурања, па ни појма корисника права на новчану накнаду по основу преостале радне способности. Појам корисника не дефинише ни Закон, али ни закони који су му претходили.

3) Разграничења и дефинисање појмова: осигураник, остваривање права, коришћење права

Савезни закон у оквиру главе **"Обавезно пензијско и инвалидско осигурање"** у члану 10. прописује ко су обавезно осигурана лица (осигураници) у смислу тог закона. У члановима 11. - 14. детаљно прописује која су то, конкретно лица из обавезног осигурања. У члану 52. став 1. прописује **која права има осигураник - запослени код кога постоји преостала радна способност.** У члану 54. став 1, 55. став 1. и 59. став 1. прописује под којим условима овај осигураник **остварује право на распоређивање, односно запослење на другом одговарајућем послу и** од када и на коју врсту новчане накнаде - има право, док у члану 59. став 1. тачка 2. прописује да **осигураник - запослени код кога је утврђена преостала радна способност *остварује*** право на новчану накнаду из члана 55. став 1. тачка 4. овог закона **код организације за осигурање, односно на њен терет.**

[9] Пресуда Окружног суда у Сомбору У.бр. 14/06 од 18.04.2006. год.
[10] Пресуда Окружног суда у Зрењанину У бр. 30/05 од 21.06.2005. год.

Одредбом члана 108. и члана 111. став 1. прописано је да се **права утврђена овим законом *стичу и доспевају* даном испуњења услова** а ***престају*** када, у току њиховог коришћења, **престану да постоје услови за стицање и остваривање тих права.**

Старим законом у глави: ***"Остваривање права"*** од члана 52. - 72. прописан је **поступак и надлежност органа** код којих корисник **остварује** права из пензијског и инвалидског осигурања. У глави: ***"Коришћење права"*** у члану 73. - 91. прописани су **услови и начин реализације** ових права, односно, ближе су одређени моменти од којих се осигураницима имају исплаћивати накнаде и до када им те накнаде припадају, при чему се увек има у виду оно што је повољније за корисника.

Из ових одредби може се закључити да се права из пензијског и инвалидског осигурања о којима је реч, **стичу и доспевају даном испуњења услова** (даном настанка инвалидности) што се **утврђује решењем надлежног Фонда**, који ово решење доноси **у поступку предвиђеном законом којим је уређен општи управни поступак**, **као орган код кога се ова права *остварују*,** а **осигураници *их користе од дана испуњења услова***, што се поклапа са, када је о правима по основу преостале радне способности, па и новчане накнаде по том основу, реч, даном настанка инвалидности.

Терминологија и значење појмова "осигураник", "остваривање" и "коришћење" ових права у Закону идентично је терминологији и садржинском значењу тих појмова у Савезном закону и Старом закону.

4) Одлучивање Врховног суда Србије по захтевима за ванредно преиспитивање одлука окружних судова у овој материји

Одлучујући о захтевима за ванредно преиспитивање пресуда окружних судова донетих у овој материји, а које су Врховном суду Србије подносили или Фонд, незадовољан одлуком када би окружни суд уважио тужбу тужиоца-осигураника коме право на новчану накнаду по основу преостале радне способности није признато решењем тог органа, јер је, као што смо у примеру већ навели, први пут распоређен на други одговарајући посао након ступања на снагу Закона[11] или осигураник, када би

[11] Исто као под 10

окружни суд његову тужбу, изјављену против коначног решења Фонда, којим је у овој ствари негативно одлучено о његовом захтеву - одбио.[12]

У овим предметима, Врховни суд Србије стао је на становиште да је "**лице коме је, пре ступања на снагу Закона о пензијском и инвалидском осигурању правноснажним решењем надлежног Фонда за ПИО запослених утврђена преостала радна способност, корисник права по том основу у смислу члан 218. став 2. Закона и у ситуацији када је послодавац то лице распоредио на други одговарајући посао након ступања на снагу тог Закона."**[13]

Ово становиште изражено је у пресуди Врховног суда Србије[14], у предмету у коме је подносилац захтева био Фонд, са образложењем да "основ за остваривање права осигураника - запосленог у конкретном случају чини правноснажно решење надлежног органа, којим му је утврђена преостала радна способност и права која му по том основу припадају (па тако и право на новчану накнаду), а не чињеница да је и када је распоређен на други одговарајући посао. Распоређивање на други одговарајући посао је право које у овом случају осигуранику – запосленом припада по основу утврђене преостале радне способности, а не, како то погрешно подносилац захтева налази, услов за стицање права на новчану накнаду или, како у захтеву истиче "*услов за стицање статуса корисника права на ову накнаду".* Тиме што послодавац у конкретном случају није реализовао своју обавезу из правноснажног решења надлежног органа од 13.05.1999. године до ступања на снагу Закона о пензијском и инвалидском осигурању (за потребе овог реферата означеног као: Закон, прим. аут) нису престала права осигураника - запосленог на распоређивање на други одговарајући посао, па ни право на новчану накнаду по том основу, јер та права он остварује и њихов је корисник по основу правноснажног решења донетог на начин и под условима прописаним Законом о пензијском и инвалидском осигурању ("Сл. гласник РС" бр. 52/96...29/01), који је важио у време доношења тог решења. При том, према становишту овога суда, промена материјално-правних одредаба у конкретном случају не сме бити на штету странке, којој су права утврђена и призната под условима и на начин прописан материјало-правним одред-

[12] Исто као под 9
[13] Сентенца објављена у Билтену Врховног суда Србије бр. 4 из 2006. год.
[14] Пресуда Врховног суда Србије Увп II 197/05 од 30.11.2006. год.

бама које су биле на снази у време испуњења услова за њихово признавање, те само евентуални престанак тих услова једино може бити разлог за престанак овог права."

5) Закључак

Иако је Закон, по броју прописаних, редуковао права из пензијског и инвалидског осигурања и иако њиме нису прописана права која су тема овог реферата, из његове садржине се, по мишљењу аутора, не може закључити да је овај Закон имао за циљ да осигуранике, који су на начин и под условима прописаним Старим законом стекли права која нису прописана Законом, онемогући у њиховом остваривању, коришћењу и, коначно - реализацији.

У прилог овоме говори и члан 221. Закона, којим је прописано да ће се поступак за остваривање права из пензијског и инвалидског осигурања, односно за утврђивање пензијског стажа, покренут до дана ступања на снагу овог закона окончати под условима и на начин предвиђен пописима који су били на снази у време покретања поступка, ако овим Законом није другачије одређено. Стога нема разлога (и недопустиво је, додала бих) да се осигураницима којима је право конституисано решењем пре ступања на снагу Закона, не омогући његова реализација након његовог ступања на снагу.

Осим тога, имајући у виду да се у материји пензијског и инвалидског осигурања, готово као начело које није посебно издвојено, али које прожима ову материју, одредбе и прописи тумаче и примењују (уколико тако није и експлицитно наведено у самој одредби) на начин "који је повољнији за осигураника", то је јасно да измена материјално-правних прописа у конкретном случају, и уопште у овој материји, не може и не сме ићи на штету осигураника - корисника права, којима су та права, у законито проведеном поступку од стране надлежног органа, правилном применом материјално-правних прописа, важећих у време одлучивања и у време доношења одлуке којом се то право утврђује, конституисана.

Отуда се, по мишљењу аутора, у овој (у реферату приказаној) и сличним ситуацијама, одредба члана 218. став 2. Закона не може (и не сме) рестриктивно тумачити и примењивати тако да осигураници, већ утврђена права правноснажним решењем по одредбама раније важећег

прописа, не могу и реализовати са разлога што та конкретна права нису прописана и Законом. При том, Закон у датој одредби и не казује да се та права неће моћи остваривати, већ том одредбом даје оквир у коме ће се "кретати даља реализација ових права", формулацијом да их "корисници...користе под условима, у обиму и на начин утврђен овим законом" (детаљније ово прописујући у даљим прелазним одредбама). Закон, осим тога, прописује да Република обезбеђује средства за права из пензијског и инвалидског осигурања која су остварена под повољнијим условима у односу на услове утврђене овим законом, а која су остварена по прописима Републике који су били на снази до дана почетка примене овог закона."(члан 215. став 1)

Када то не би било тако, онда би држава, уместо да налази инструменте за заштиту, у законитом поступку остварена и стечена права, ова права фактички укидала и то чак мимо и независно од законом прописаних услова и поступка за њихово укидање по ванредном правном средству (поступак, иначе, прописан Законом о општем управном поступку). Овакав однос према установљеним правима, савремена, правно уређена земља себи не сме да дозволи ни са становишта правне сигурности и заштите права грађана, ни са становишта међународних прописа, имплементираних у домаћи правни систем. Наиме, постављање захтева за новчану накнаду се, по мишљењу аутора (и између осталог), у конкретном случају може третирати и као захтев за остваривање права на имовину, која је уставна категорија, будући да се одредбом члана 58. став 2. Устава Републике Србије[15] "јамчи мирно уживање својине и других имовинских права стечених на основу закона." При том се, према пракси Европског суда за људска права**,** у оквиру примене члана 1. Протокола број 1 Европске конвенције о људским правима[16], код тумачења термина "имовина" [17] стало на становиште да се овај појам "имовине односи на сва ***'додељена пра-***

[15] "Службени гласник РС" бр. 98/2006

[16] Европска конвенција о људским правима ратификована од стране Србије и Црне Горе 03.03.2004. год. када и Протокол број 1

[17] "Кратки водич кроз Европску конвенцију о људским правима" Donna Gomien, публикација Већа Европе 2005. стр. 137, *Природа "имовине" по члану 1. Протокола број 1*

ва' која појединац може установити..."[18] и укључује (између осталог) и "***права стечена кроз пензиони систем*** и систем социјалне заштите"[19]

Стога, свако рестриктивно тумачење одредаба закона које регулишу права из пензијског и инвалидског осигурања, а која по својој суштини, проистичу из једног људског - друштвено корисног – ангажмана, са циљем обезбеђивања личне и, често и, породичне егзистенције, већ на први поглед указује на готову могућност ускраћивања права лицу, које, радећи на добробит друштвене заједнице, оправдано очекује од те заједнице, организоване кроз државу, адекватну накнаду за свој радни ангажман након завршетка радног века, али још и деликатније за случај непредвиђених и свакако непријатних животних ситуација насталих у вези са радом, које умањују његову способност дотадашњег радног ангажмана, тако да држава, доносећи прописе, треба увек да има у виду тежину значења и значаја прописа које у овој области доноси, а органи и судови који, тумачећи их и примењујући их доносе појединачне одлуке, значај и тежину које те одлуке за ове појединце и често и њихове породице – имају. У том контексту, доношење прописа у овој области и одлучивање о појединачним правима регулисаним тим прописима, морају увек имати за циљ стварање могућности за реално и ефикасно остваривање ових права од стране њихових корисника, и то остваривање на начин, "који је за њих повољнији", а нарочито када су у питању ситуације које не спадају у тзв. срећне догађаје (као што је стицање услова за старосну пензију), при чему то подразумева и стварање и обезбеђивање сигурних финансијских фондова као сигурне подршке за реализацију ових права на начин да штити људско достојанство.

[18] Исто
[19] Исто

ПРОЦЕСНО ПРАВО

Вера Пешић,
судија Врховног суда Србије

ПОБИЈАЊЕ ОДОБРЕЊА ЗА ИЗГРАДЊУ ПРИМЕНОМ ВАНРЕДНИХ ПРАВНИХ СРЕДСТАВА

Изградња објекта се у смислу одредбе члана 88. Закона о планирању и изградњи[1] (у даљем тексту: Закон), врши на основу одобрења за изградњу, а према техничкој документацији која се израђује као генерални пројекат, идејни пројекат, главни пројекат, извођачки пројекат и пројекат изведеног објекта. Одобрење за изградњу се издаје правним и физичким лицима, као инвеститорима, уколико су уз захтев поднели доказе прописане одредбом члана 91. Закона, и доноси се по правилу у скраћеном поступку у смислу одредбе члана 131. ЗУП-а, односно у посебном испитном поступку из члана 133., у вези члана 9. ЗУП-а, ради расправљања евентуалних спорних питања.

О захтеву за издавање одобрења за изградњу надлежни орган одлучује применом процесних одредаба ЗУП-а и меродавног материјалног прописа, па удовољавањем захтеву за издавање решења о одобрењу за изградњу инвеститор, по правилу, нема правни интерес да га побија редовним а ни ванредним правним средствима, што у том случају има за последицу правноснажност решења. На основу овако издатог одобрења инвеститор стиче право да у складу са издатим одобрењем приступи изградњи објекта.

Правноснажно решење којим је одобрена изградња се, међутим, може побијати ванредним правним средствима прописаним ЗУП-ом, у поступку који покрећу законом овлашћена лица, или надлежни орган по службеној дужности, зависно од ванредног правног средства које се у конкретном случају може користити.

[1] ("Сл. гласник РС" бр. 47/03, 34/06, 44/95...16/97)

Правни положај заинтересованог лица у поступку издавања одобрења за изградњу

Надлежни орган може признати својство странке заинтересованом лицу, ради заштите његових права или правних интереса које, самим тим, може побијати издато одобрење жалбом, као редовним правним средством, али са овако признатим својством се може користити и ванредним правним средствима која се покрећу по предлогу (понављање поступка). У пракси се, међутим, може решењем одобрити изградња објекта без учешћа заинтересованог лица, било зато што се за такво лице није знало, или је орган управе пропустио да га позове ради учешћа у поступку. Заинтересовано лице које није учествовало у управном поступку може побијати издато одобрење жалбом, све док тече рок за жалбу за странку, односно подносиоца захтева, с тим да уколико је издато одобрење постало коначно, или чак правноснажно ово лице може тражити понављање поступка (чл. 239. ст. 1. тач. 9. ЗУП-а). У управној пракси се дешава и да лице које није учествовало у поступку поднесе тужбу у управном спору, међутим, у овом случају се поставља питање дозвољености тужбе, па је зато Предлог за понављање поступка правно средство које заинтересовано лице може да користи, у коме се могу утврђивати релевантне чињенице као подлога за решавање о правима и обавезама тог лица.

Заинтересовано лице може у сваком случају иницирати поступак за одлучивање по неком од ванредних правних средстава, који надлежни орган води по службеној дужности.

ВРСТЕ И ПОЈАМ ВАНРЕДНИХ ПРАВНИХ СРЕДСТАВА

Понављање поступка

Поступак окончан решењем против кога нема редовног правног средства у поступку (коначно решење), поновиће се у смислу одредаба члана 239. став 1. тачка 1 – 11, по предлогу овлашћеног лица, уколико је поднет надлежном органу у законом прописаном року.

Мењање и поништавање решења у вези са управним спором

Одредбом члана 251. ЗУП-а је прописано да орган против чијег је решења благовремено покренут управни спор може до завршетка спора,

ако уважава све захтеве тужбе, поништити или изменити своје решење из оних разлога из којих би суд могао поништити такво решење ако се тиме не вређа право странке у управном поступку или право трећег лица.

Захтев за заштиту законитости

Ово ванредно правно средство у смислу одредбе члана 252. ЗУП-а може поднети државни, односно јавни тужилац само против коначног решења донесеног у управној ствари у којој није дозвољено вођење управног спора (правноснажно решење), а судска заштита није обезбеђена ни ван управног спора.

Поништавање и укидање по основу службеног надзора

Коначно решење надлежни орган може поништити по основу службеног надзора из разлога прописаних одредбом члана 253. став 1. тачка 1. – 5, а према ставу другом ове законске одредбе надлежни орган може по основу службеног надзора укинути коначно решење, ако је њиме очигледно повређен материјални закон.

Укидање и мењање правноснажног решења уз пристанак или по захтеву странке

Према одредби члана 255. ст. 1. ЗУП-а, ако је странка правноснажним решењем стекла неко право, а орган који је донео то решење сматра да је у том решењу неправилно примењен материјални закон, може решење укинути или изменити ради његовог усклађивања са законом само ако странка, која је на основу тог решења стекла право, пристане на то и ако се тиме не вређа право трећег лица. Пристанак странке је обавезан и за измену на штету странке правноснажног решења којим је странци одређена обавеза.

Ванредно укидање

Извршно решење се у смислу одредбе члана 256. ст. 1. ЗУП-а може укинути ако је то потребно ради отклањања тешке и непосредне опасности за живот и здравље људи, јавну безбедност, јавни мир и јавни поредак, или јавни морал, или ради отклањања поремећаја у привреди, ако се то не би могло успешно отклонити другим средствима којим би се мање дирало у стечена

права. Решење се може укинути и само делимично у обиму неопходном да се опасност отклони или заштите наведени јавни интереси.

Оглашавање решења ништавим

Ништавим се у смислу одредбе члана 257. став 1. оглашава решење: 1) које је у управном поступку донесено у ствари из судске надлежности или у ствари у којој се уопште не може решавати у управном поступку; 2) које би својим извршењем могло проузроковати неко дело кажњиво по кривичном закону; 3) чије извршење није могуће; 4) које је донео орган без претходног захтева странке, а на то странка није накнадно изричито или прећутно пристала; 5) које садржи неправилност која је по некој изричитој законској одредби предвиђена као разлог ништавости.

Ванредна правна средства у вези са иницијативом у поступку инспекцијског надзора

Одредбом члана 139. став 1. тачка 3. Закона је прописано да је урбанистички инспектор у вршењу инспекцијског надзора овлашћен да покрене поступак за укидање одобрења за изградњу по основу службеног надзора, ако утврди да идејни пројекат на основу кога је издато одобрење за изградњу није израђен у складу са урбанистичким планом, односно актом о урбанистичким условима (примена члана 253. став 2. ЗУП-а). У овом случају надлежни орган одлучује по службеној дужности а само "покретање поступка за укидање одобрења за изградњу по основу службеног надзора" се сматра обавештењем.

ОДЛУКЕ ПО ВАНРЕДНИМ ПРАВНИМ СРЕДСТВИМА И ЊИХОВО ПРАВНО ДЕЈСТВО НА ИЗДАТО ОДОБРЕЊЕ ЗА ИЗГРАДЊУ

Из одредаба ЗУП-а којима је прописан поступак одлучивања по наведеним ванредним правним средствима, произилази да надлежни органи могу под законом прописаним условима правноснажно одобрење за изградњу да пониште, огласе ништавим или да га укину.

У овом реферату се указује на правне последице које настају у ситуацији када надлежни орган поништи, огласи ништавим или укине реше-

ње о одобрењу изградње, и то када је на основу тог решења завршена изградња објекта.

Наиме, поништајем или оглашавањем ништавим решења се поништавају и правне последице које је то решење произвело, док се укидањем решења не поништавају правне последице које је решење већ произвело, али се онемогућава даље произвођење правних последица укинутог решења (члан 259. ЗУП-а). Међутим, у конкретној правној ситуацији, када се објекат изгради на основу одобрења за изградњу које је у поступку по ванредним правним средствима поништено, оглашено ништавим или укинуто, правна последица оваквог одлучивања је у сваком случају да решење о одобрењу изградње више не постоји, односно више не постоји правни основ на основу кога је објекат изграђен. Ово је битно са аспекта статуса изграђеног објекта по основу решења које више не постоји у правном саобраћају, затим са аспекта даљег поступања органа управе по захтеву странке, као и штетних последица и евентуалне одговорности за њих.

Према мишљењу аутора реферата објекат изграђен на основу одобрења за изградњу које је поништено, оглашено ништавим или укинуто, има статус бесправно изграђеног објекта. Уколико је у оваквом случају одобрење за изградњу донето по захтеву странке, надлежни орган управе је дужан да донесе одлуку по захтеву. У зависности од конкретне ситуације надлежни орган може одбити захтев за издавање одобрења за изградњу уколико инвеститор није отклонио недостатке који су имали за последицу поништај, оглашавање ништавим, или укидање решења о одобрењу за изградњу или, пак, донети ново решење ако се ради о недостацима који се могу отклонити, па их је инвеститор и отклонио подношењем релевантних доказа на основу меродавног материјалног права, којим решењем се, сада, само одобравају изведени радови.

Питање одговорности и надокнаде евентуалне штете за објекат изграђен на основу одобрења за изградњу које је поништено, оглашено ништавим или укинуто се може поставити након окончавања поступка по ванредним правним лековима и то у посебном поступку, према правилима о накнади штете прописаним Законом о облигационим односима. Због тога су надлежни органи који у оваквој правној ситуацији одлучују по ванредним правним лековима у обавези да законито спроведу поступак, како би се избегле штетне последице које настају одлучивањем на изнети начин.

Закључци

- Уколико је објекат изграђен на основу одобрења за изградњу које је поништено, оглашено ништавим, или укинуто, наступају правне последице оваквог одлучивања прописане одредбом члана 259. став 1. ЗУП-а.

- Поништајем, оглашавањем ништавим, или укидањем одобрења за изградњу је престао правни основ за изградњу и такав објекат има статус бесправно изграђеног објекта.

- Надлежни орган управе је дужан да након поништаја, оглашавања ништавим, или укидања одобрења за изградњу, одлучи о захтеву странке уколико је поступак био покренут по њеном захтеву, и зависно од правних недостатака због којих је овако одлучено, може захтев одбити, односно уколико инвеститор отклони недостатке и приложи све релевантне доказе на основу меродавног материјалног права, може решењем одобрити изведене радове на изграђеном објекту.

- По окончаном поступку за поништај, оглашавање ништавим или укидање одобрења изграђеног објекта се може у посебном поступку утврђивати одговорност за евентуалну штету према правилима о накнади штете прописаним Законом о облигационим односима.

Гордана Џакула,
судија Врховног суда Србије

ДОЗВОЛА ЗА ЕМИТОВАЊЕ РАДИО И ТЕЛЕВИЗИЈСКОГ ПРОГРАМА - УПРАВНИ ПОСТУПАК И СУДСКА КОНТРОЛА

Уводне напомене

Услови и начин производње и емитовања радио и телевизијског програма директно утичу на могућност остваривања (једног од основних људских права и слобода) права на мишљење и да се примају и пружају информације и идеје. Стога је за информисање грађана Србије, а тиме и за демократизацију друштва, област радиодифузије[1] од највеће важности.

Област радиодифузије је до 2002. године била регулисана Законом о радио телевизији[2] којим је право правних и физичких лица да производе и емитују радио и телевизијски програм било везано, пре свега, за право коришћења одређене радиофреквенције, регулаторно тело је била Влада Републике Србије, а овај Закон био је оснивачки акт Јавног предузећа "Радио телевизија Србије". Овакав концепт Закона о радио телевизији (али и општег економског и политичког стања наше државе), имао је за последицу настанак хаотичног стања у радиодифузији, дискриминаторски однос према одређеним електронским медијима, а што је све утицало на начин на који су електронски медији деловали на јавно мњење. Овакво стање се

[1] Члан 4. тачка 1. Закона: "Радиодифузија: општи појам за радио и телевизију као електронске медије масовне комуникације, која се остварује посредством аналогног или дигиталног преноса текста, говора, звука, непокретних и покретних слика у виду програмских садржаја намењених најширој јавности путем радио таласа или кабловских дистрибутивних система до одговарајућих пријемних уређаја."

[2] "Сл. гласник РС" бр. 48/91, 49/91, 53/93, 55/93, 67/93, 48/94 и 11/2001

није променило ни после доношења Закона о радиодифузији, па је у 2005. години Стратегијом развоја радиодифузије у Републици Србији до 2013. године констатовано постојање великог броја емитера (евидентирано је 755 емитера - 543 радио-станица, 73 искључиво ТВ станица и 139 станица које емитују и радио и ТВ програм), да је етар презасићен, велики број емитера нема дозволу за рад, да су и по ступању на снагу Закона о радиодифузији постављени нови предајници без издавања дозвола за емитовање програма, а да су готово сви велики емитери своје мреже поставили на основу постојања тренутне политичке воље.

Закон о радиодифузији[3] (у даљем тексту: Закон) је донет са циљем да се изврши реформа у радиодифузној области, која ће омогућити да медијски простор буде отворен, а да програме емитују она лица (физичка или правна), чији су програмски концепти најквалитетнији и који ће најрационалније (са становишта садржине програма који емитују) да користе радиофреквенцијски спектар. Како је претпоставка за емитовање радио и телевизијског програма коришћење одређених радиофреквенција[4], то је истовремено постављен правни основ за реформу и у области телекомуникација доношењем Закона о телекомуникацијама[5].

Закон је заснован на потпуно другачијем концепту у односу на Закон о радио телевизији. Основ концепта Закона је да су сви послови везани за регулисање односа у области радиодифузије изузети из надлежности државних органа и као јавна овлашћења поверена самосталној и независној организацији Републичкој радиодифузној агенцији (у даљем тексту: Агенција) која се оснива Законом (члан 6. Закона), као и да се регулисање односа у радиодифузној области заснива на начелима (члан 3. Закона): слободе, професионализма и независности радиодифузних јавних гласила (гаранција укупног развоја демократије и друштвене хармоније), рационалног и ефикасног коришћења радиофреквенцијског спектра као ограниченог природног богатства, забране сваког облика цензуре и(или) утицаја на рад радиодифузних јавних гласила (чиме се гарантује њихова

[3] "Сл. гласник РС" бр. 42/02, 97/04, 76/05, 79/05, 62/06, 85/06, 86/06

[4] Члан 4. тачка 2. Закона: "Радиофреквенција: основни физички параметар електромагнетних таласа или радио таласа који се слободно простиру кроз простор и чије се вредности конвенционално налазе у опсегу од 3 KHz до 3000 GHz"

[5] "Сл. гласник РС" бр. 44/03, 36/06

независност, независност њихових редакција и новинара), афирмације грађанских права и слобода, а посебно слободе изражавања и плурализма мишљења, примене међународно признатих норми и принципа који се односе на област радиодифузије, објективности, забране дискриминације, јавности поступка издавања дозвола за емитовање, подстицања развоја радиодифузије у Републици Србији.

Са применом Закона (донет 2002. године) започето је тек 2005. године када је Агенција донела Стратегију развоја радиодифузије у Републици Србији до 2013. године[6] (у даљем тексту: Стратегија) којом су одређени основни правци развоја у области радиодифузије, затим Статут Агенције[7] и Правилник о издавању дозвола за емитовање програма, као и одлуке о одузимању дозвола за емитовање програма одређеним емитерима и одлука о издавању дозвола за емитовање програма на основу јавног конкурса за издавање дозвола за емитовање радио и телевизијског програма за подручје целе Републике Србије, подручје аутономне покрајине и региона града Београда, објављеног у листу "Политика" и "Дневник" дана 25.01.2006. године и "Сл. гласнику РС" бр. 8/06 од 27.01.2006. године.

Ове одлуке Агенције су изазвале велико интересовање јавности (и стручне јавности), јер право емитовања програма има само оно правно или физичко лице коме је претходно издата дозвола за емитовање, а управо од тога какав програмски концепт остварује емитер, зависи на који начин ће електронски медији да утичу на јавно информисање и уопше на стање радиодифузне области. Такође, исказано интересовање је последица и значајних економских интереса везаних за електронске медије.

Врховном суду Србије у Београду, као надлежном суду, поднето је у току 2006. и 2007. године преко 40 тужби којима су покренути управни спорови ради поништаја одлука Агенције (о издавању дозвола, о одузимању дозвола, као и о забрани рада). Управни спорови по тужбама ради поништаја одлука Агенција за издавање дозвола за емитовање програма донетих на основу означеног јавног конкурса су још увек у току. Стога, у овом реферату није дат приказ анализе квалитета (са становишта закони-

[6] "Сл. гласник РС" бр. 115/05
[7] "Сл. гласник РС" бр. 102/05

тости) одлука Агенције, нити су разматрана правна становишта која је Савет Агенције изнео у овим одлукама.

Реферат садржи приказ правног основа којим је прописан институт дозволе за емитовање програма, појма и правне природе издате дозволе, као и поступка издавања дозволе на основу поступка јавног конкурса (специфичне карактеристике тог поступка, квалитет правних норми којим је поступак прописан), прописане судске контроле одлука Агенције о издавању дозвола за емитовање програма и судске праксе.

Појам и правна природа дозволе за емитовање радио и телевизијског програма (дозволе за емитовање програма)

Чланом 39. Закона је прописано:

"Дозвола за емитовање програма је овлашћење чијим добијањем њен ималац стиче право да посредством земаљских радиодифузних станица, кабловских и дистрибутивних система, сателитских радио комуникација или на други погодан начин емитује одређени радио и/или телевизијски програм намењен неодређеном броју корисника.

Дозволу за емитовање програма издаје Агенција, по спроведеном поступку предвиђеном овим законом.

Дозволом за емитовање програма утврђују се програмски и технички стандарди за производњу и емитовање радио и телевизијског програма.

Саставни део дозволе за емитовање програма је дозвола за радиодифузну станицу (дозвола за радио станицу), коју на захтев Агенције издаје регулаторно тело надлежно за област телекомуникације у складу са посебним законом којим се уређује област телекомуникације, а на основу Плана расподеле радио фреквенција који доноси министарство надлежно за послове телекомуникације.

Дозвола за радио станицу доставља се Агенцији ради спровођења поступка за издавање дозволе за емитовање програма.

Регулаторно тело, надлежно за област телекомуникације, дужно је да изда дозволу за радио станицу, ако су испуњени услови из посебног закона и ако је захтев Агенције, у складу са планом расподеле радиофреквенција".

Право да емитује радио и телевизијски програм има само оно физичко или правно лице коме је Агенција претходно издала дозволу за емитовање програма, (одредба члана 38. став 1. Закона). Стога је једна од основних надлежности Агенције управо издавање дозвола за емитовање програма (као и одузимање дозвола). Агенција издаје дозволу са становишта програмских и техничких стандарда (дакле, са становишта садржине програма електронског медија). Како је за емитовање програма неопходно коришћење одређене радиофреквенције, то Агенција издаје емитеру целовиту дозволу чији је саставни део дозвола за радио станицу коју издаје Републичка агенција за телекомуникације (у даљем тексту: РАТЕЛ) на основу члана 33. став 10. тачка 1. Закона о телекомуникацијама (добијањем дозволе за радио станицу њен ималац стиче право на коришћење радио станице и на коришћење одређене радиофреквенције).

Издата дозвола за емитовање програма је управни акт јавне власти, јер је издаје Агенција која је самосталан орган основан Законом, у вршењу јавних (регулаторних) овлашћења, који су јој поверени Законом, у радиодифузној области, у управном поступку, прописаном Законом и садржи овлашћење имаоца да емитује програм.

У питању је решење, које је сложен управни акт, јер је саставни део дозволе за емитовање програма, поред дозволе коју издаје Агенција, на основу програмских стандарда, и дозвола за радио-станицу коју издаје РАТЕЛ.

Правни основ

Институт дозволе за емитовање програма је прописан Законом, а поједина питања Агенција је прописала и Статутом и Правилником о издавању дозвола за емитовање програма.

Законом је, одредбама члана 38. – 67., које су садржане у III глави – Дозвола за емитовање програма, дат целовит правни основ института дозволе за емитовање програма. Прописан је принцип издавања дозволе, појам дозволе, субјекти који могу (и који не могу) да буду имаоци дозволе за емитовање програма, појам и врсте емитера, непреносивост и неотуђивост дозволе, жељена зона сервиса, поступак издавања дозволе, регистар издатих дозвола за емитовање програма, почетак емитовања програма, временско важење дозвола, престанак важења дозволе и поступак одузи-

мања и принудног извршења одлука о одузимању дозвола, као и накнада за емитовање програма.

Основни принципи издавања дозволе, прописани одредбом члана 38. Закона (чиме је прецизирано начело регулисања односа у области радиодифузије из тачке 6. члана 3. Закона), су да свако правно и физичко лице, које испуни услове прописане овим Законом и прописима донетим на основу њега може да добије дозволу за емитовање, у поступку који је јаван и да се о издатим дозволама води регистар, у складу са овим Законом.

Ималац дозволе за емитовање програма, на основу члана 41. став 1. Закона, може да буде само домаће правно или физичко лице, које је регистровано за делатност производње и емитовање радио и телевизијског програма и које има седиште, односно пребивалиште на територији Републике Србије. Ималац дозволе не може да буде политичка странка, организација или коалиција, правно лице чији је оснивач политичка странка, као ни предузеће, установа или друго правно лице чији је оснивач Република Србија или аутономна покрајина, осим установе јавног радиодифузног сервиса (члан 42. Закона).

Дозвола за емитовање програма се не може уступати, изнајмљивати или на други начин отуђити (члан 46. Закона-непреносивост и неотуђивост дозволе), издаје се на период од 8 година, с тим што су прописани услови за издавање и на краћи период и могућност да се продужи важност дозволе (члан 59. Закона-временско важење дозволе), као и да се изда са краћим роком важења (члан 60. Закона). По правилу, дозвола престаје да важи протеком рока на који је издата (члан 64. Закона), а пре истека времена на које је издата може да престане само под условима прописаним одредбом члана 61. Закона, у ком случају Агенција доноси одлуку о одузимању дозволе по поступку који ближе уреди (члан 62. Закона). Одузимање дозволе Агенција може да изрекне и као меру за повреду обавезе емитера, сагласно члану 63. Закона. Агенција је надлежна за принудно извршење одлуке о забрани емитовања програма, по поступку прописаном одредбом члана 64. а Закона.

Ималац дозволе за емитовање програма стиче статус емитера, који могу да обављају делатност производње и емитовања радио и телевизијског програма, као установа јавног радиодифузног сервиса (стиче право на емитовање програма непосредно на основу овог Закона), комерцијална

радио и/или телевизијска станица, радио и/или телевизијска станица цивилног сектора и радио и/или телевизијска станица локалне или регионалне заједнице (члан 44. Закона). Према садржају програма, на основу члана 45. Закона, емитери могу да буду емитери целокупних програма, специјализованих програма или емитери чији се програм у целини бави рекламирањем и продајом роба и услуга.

Почетак емитовања програма одредбом члана 56. Закона прописан је као обавеза емитера да најкасније у року од 90 дана од дана пријема дозволе за емитовање програма започне са емитовањем.

Дозвола за емитовање програма се, по правилу, издаје на основу јавног конкурса (члан 49. Закона - поступак издавања дозволе). Изузетно, под условима прописаним чланом 58. Закона, дозвола се издаје на захтев емитера, док установе јавног радиодифузног сервиса као емитери, стичу право на производњу и емитовање програма непосредно на основу Закона, те прибављају само дозволу за радио станицу. Дозвола за кабловско или сателитско емитовање програма, издаје се без јавног конкурса на захтев емитера (члан 40. Закона).

Поступак издавања дозволе за емитовање програма на основу јавног конкурса

Основне карактеристике

Дозвола за емитовање програма се, по правилу, издаје на основу јавног конкурса. Овај поступак је прописан одредбама члана 49. – 54. Закона, а поједина питања Агенција је прописала Статутом и Правилником о издавању дозвола за емитовање програма.

Законом је прописана, одредбом члана 49. Закона, обавеза Агенције да распише јавни конкурс у случају да на основу Плана расподеле радиофреквенције постоји могућност за издавање нових дозвола за емитовање програма.

Поступак издавања дозволе на основу јавног конкурса обухвата низ радњи које је у обавези да изврши Агенција (утврђује програмске, организационе и техничке услове за производњу и емитовање програма које подносилац пријаве треба да испуњава, као и недискриминаторске, објек-

тивне и мерљиве критеријуме одлучивања који одговарају активностима за чије се обављање издаје дозвола, остварује прописану сарадњу са РАТЕЛ-ом) и више фаза поступања и то: јавно објављивање огласа, чији је садржај прецизно одређен чланом 50. Закона, којим се расписује јавни конкурс, подношење пријава на јавни конкурс на обрасцу чију садржину прописује и објављује Агенција и уз коју се доставља документација прописана чланом 52. Закона, као и други докази на захтев Агенције; и на крају, поступање Агенције по поднетим пријавама (члан 53. Закона).

Најважнија фаза поступка издавања дозвола на основу јавног конкурса је, свакако, поступање Агенције по поднетим пријавама, прописано чланом 53. Закона, јер се у овој фази доноси одлука на основу јавног конкурса. Агенција је, поступајући по поднетим пријавама, у обавези да пријаву која садржи непотпуне или нетачне податке, односно непотпуну документацију одбаци у случају да подносилац пријаве у року од 7 дана не отклони ове недостатке, а затим да у року од 7 дана од дана истека рока за подношење пријаве јавно објави листу свих подносилаца пријава, чије су пријаве потпуне и поднете у предвиђеном року. Предмет разматрања су само потпуне и благовремено поднете пријаве. Агенција је обавезна да утврди и објави објективне и мерљиве критеријуме који одговарају активностима за чије се обављање издаје дозвола и затим доноси одлуку, како је то прописано одредбом члана 53. тачка 5. Закона, у складу са утврђеним критеријумима и прописаним условима и стандардима за производњу и емитовање програма, а на основу чињеница које су овом одредбом прописане као одлучне. На основу јавног конкурса Агенција издаје целовиту дозволу за емитовање програма (члан 53. тачка 6. Закона), и објављује листу лица којима је издата дозвола за емитовање програма (члан 53. тачка 7. Закона), док подносиоцима пријаве чије су пријаве одбијене доставља образложено решење о одбијању пријаве (члан 53. тачка 8. Закона) против које се, на основу члана 54. Закона, може изјавити приговор, а против одлуке Савета донете по приговору, тужбом покренути управни спор.

Агенција је донела Правилник о издавању дозвола за емитовање програма којим су, сагласно члану 8. тачка 4. и 53. тачка 4. Закона, утврђени технички, организациони и програмски услови за емитовање програма, као и критеријуми који се односе на доделу дозвола емитерима. Овај пропис је општи акт и садржи материјално-правне норме, којима се, уме-

сто Законом, прописују услови и критеријуми за издавање дозвола, а садржи и неке процесне норме. За примену Правилника је неопходно да је објављен на прописан начин, јер (Устав РС) може да ступи на снагу тек по протеку прописаног рока од објављивања. Стога је неопходно расправити питање да ли је Правилник објављивањем на званичном сајту Агенције, објављен на прописан начин, имајући у виду да начин објављивања Правилника није (изричито, прецизно) прописан Законом, као ни Статутом. При томе од значаја је и да је Агенција самостална организација изван управног апарата државе, те у вези са тим да је начин објављивања општих аката који су одређени Законом о објављивању закона и других прописа и општих аката и о издавању "Службеног гласника Републике Србије", прописан тим Законом.

Правни карактер поступка

Поступак издавања дозвола за емитовање програма на основу јавног конкурса је посебан управни поступак, јер га спроводи Агенција у вршењу Законом поверених јавних овлашћења у радиодифузној области, која је посебна управна област. Поступак је прописан Законом, а сходно одредби члана 2. и 3. Закона о општем управном поступку[8] (у даљем тексту: ЗУП), на питања поступка која нису прописана Законом, примењују се одредбе ЗУП-а којим је прописан општи управни поступак, посебно одредбе којима су прописана начела овог поступка.

На основу члана 3. ЗУП-а Законом (дакле не и подзаконским актима) се могу прописати у појединим управним областима, због њихове специфичности, одступања од правила општег управног поступка. Стога је за анализу института дозволе, значајно и размотрити да ли је Агенција, прописивањем појединих питања овог поступка, Статутом и Правилником о издавању дозвола за емитовање програма (који није објављен у "Службеном гласнику Републике Србије"), одступила од наведене обавезе прописане одредбом члана 3. ЗУП-а (ово је значајно и за оцену да ли је Правилник о издавању дозволе за емитовање програма, у односу на део којим је прописан поступак издавања дозволе, морао да буде објављен у "Службеном гласнику Републике Србије", имајући у виду одредбе Закона о обја-

[8] "Сл. лист СРЈ" бр. 33/97

вљивању закона и других прописа и општих аката и о издавању Службеног гласника Републике Србије[9]).

Специфичности поступка

Прописан поступак издавања дозвола за емитовање програма на основу јавног конкурса има низ карактеристика које произлазе из специфичности ове управне области. Указаће се само на неке од њих: радње у поступку спроводи стручна служба Агенције (чл. 45. Статута, чл. 36., 37. Правилника), а одлуке доноси Савет Агенције (члан 32. Статута). Агенција може да ангажује независне стручњаке за мишљење о појединим питањима (члан 46. Статута, чл. 37. тачка 6. Правилника); обавеза Агенције да оствари сарадњу са РАТЕЛ-ом, тако да се у јавном огласу којим се расписује јавни конкурс, објављују услови, које утврђује РАТЕЛ који на захтев Агенције издаје дозволу за радио станицу која је саставни део одлуке за емитовање програма (члан 53. Закона); јавност поступка, која се прописује за све фазе поступка и остварује на различите начине (јавно објављивање огласа којим се расписује јавни конкурс, листе подносилаца пријава чије су пријаве потпуне и поднете у предвиђеном року, јавни разговор са учесницима поступка пре одлучивања о дозволама итд.); процесне радње као што је објављивање листе подносилаца пријава чије су пријаве потпуне и поднете у предвиђеном року, и лица којима је издата дозвола за емитовање програма; прописани рокови у којима се имају извршити поједине радње у поступку (рок за подношење пријаве на јавни конкурс који не може да буде краћи од 60 дана од дана објављивања огласа, рок за објављивање листе свих подносилаца пријава чије су пријаве потпуне и поднете у предвиђеном року, као и листе лица којима је издата дозвола за емитовање програма, рок за издавање целовите дозволе за емитовање програма).

Квалитет правних норми којима је прописан јавни конкурс

Квалитет правних норми којима је прописано издавање дозволе за емитовање програма на основу јавног конкурса мора да се посматра како са становишта начина на који су прописана материјално-правна питања, тако и са становишта прописаног управног поступка.

---

[9] "Сл. гласник РС" бр. 72/91 и "Сл. лист СРЈ" бр. 11/93

Аутор је становишта да се Законом имају прописати (сви основни) услови и критеријуми на основу којих се доноси одлука о издавању дозволе за емитовање програма, а да правне норме којима је прописан поступак издавања дозволе морају да буду прецизне, да поступак регулишу у целости и то на начин који одговара природи ове управне области. Ово је неопходно, јер је прописан поступак једини правно могућ начин да се оствари или заштити неко прописано право, а тиме и материјално-правна садржина норми Закона. Посебно из разлога, јер се ради о управној области која има специфичне карактеристике и да се на питања поступка која нису прописана Законом примењују одредбе ЗУП-а, које нису одговарајуће природи ове управне области, за све процесне ситуације поступка издавања дозвола на основу јавног конкурса.

Међутим, по становишту аутора, Закон није у потпуности испунио ове захтеве у погледу квалитета правних норми.

Ово из разлога, јер Законом нису прописани (сви основни) услови и критеријуми на основу којих се доноси одлука о издавању дозволе за емитовање програма, већ је њихово прописивање пренето у надлежност Агенције (члан 8. став 1. и члан 53. тачка 4. Закона).

Такође, норме Закона којима је прописан поступак имају низ недостатака. При томе поједине одредбе Статута Агенције и Правилника о издавању дозвола за емитовање програма нису у сагласности са Законом прописаним поступком. Указаће се само на неке недостатке Закона.

Закон није прописао процесни положај подносиоца пријаве, чија се пријава одбацује на основу члана 53. став 1. тачка 1. Закона (Статутом Агенције одлука о одбачају пријаве није прописана као врста одлуке коју доноси Савет), што је било неопходно, јер је одредбом става 1. тачка 3. истог члана Закона прописано да ће Агенција да размотри само потпуне и благовремено поднете пријаве, дакле да су учесници поступка само они подносиоци пријаве за које је Агенција нашла да су потпуне и поднете у предвиђеном року, као и да је прописан рок за јавно објављивање листе ових подносилаца пријава, а да није прописана могућност да се једном објављена листа исправи и тако исправљена поново објави. Стога подносилац пријаве чија је пријава одбачена може, по становишту аутора, да оспорава законитост одлуке Агенције о одбачају пријаве, само тужбом у управном спору против одлуке о издавању дозволе донете на основу јав-

ног конкурса, а што је било неопходно и прописати. (Имајући у виду одредбе ЗУП-а и да су учесници у поступку само подносиоци потпуних и у року поднетих пријава).

Веома значајан недостатак Закона је пропуст да се прецизно пропише садржина одлуке коју Савет Агенције доноси на основу јавног конкурса. Наиме, одредбе тачке 6. и тачке 8. члана 53. Закона су непрецизне и непотпуне. То је разлог да постоји могућност различитог тумачења садржине, као и броја одлука, које се доносе на основу јавног конкурса (посебно у случају када има више учесника поступка) и то да се доноси једна одлука, или две одлуке, тако да се једном издаје дозвола за емитовање програма (и ту постоји дилема да ли се издаје целовита дозвола за емитовање програма или дозвола за емитовање програма коју издаје Агенција са становишта програмских стандарда), а другом одлуком одбијају пријаве одређених учесника поступка. Ово стога, јер је тачком 6. члана 53. Закона прописано доношење одлуке о целовитој дозволи за емитовање програма, а тачком 8. истог члана је прописана обавеза Агенције да достави образложено (и то само) решење о одбијању пријаве, у року од 8 дана од дана доношења одлуке по расписаном јавном конкурсу и у односу на ту одлуку, одредбом члана 54. Закона је прописано право на подношење приговора, а против одлуке по приговору Савета Агенције право на тужбу суду у управном спору. При томе члан 61. Правилника о издавању дозвола на другачији начин прописује питање одлуке против које се може изјавити приговор, а Статутом, одлука о одбијању пријаве није изричито прописана као врста одлуке коју доноси Савет Агенције (тумачењем члана 20. тачка 3. Статута, може се закључити могућност доношења и ове одлуке, по становишту аутора).

За решење ове дилеме, потребно је поћи од тога да је, на основу члана 39. Закона, одлука Агенције о издавању дозволе за емитовање програма, сложен управни акт – решење (који садржи, поред дозволе за емитовање програма који Агенција издаје са становишта програмског стандарда, и дозволу за радио станицу, коју, на захтев Агенције, издаје РАТЕЛ) и да је чланом 53. Закона и то тачком 6. и 8. изричито прописано доношење одлуке о издавању целовите дозволе и решења о одбијању пријава. На основу наведеног може се закључити да Агенција доноси одлуку о издавању дозволе за емитовање програма са становишта програмског садржаја, одређеним учесницима по-

ступка и да за те учеснике доставља захтев РАТЕЛ-у за издавање дозволе за радио станицу. Ова одлука није самосталан управни акт (ако се пође од становишта да је целовита дозвола сложени управни акт) и не може се оспоравати приговором (није ни прописан Законом), ни тужбом у управном спору. Агенција доноси одлуку о издавању целовите дозволе, тек по достављању дозволе за радио станицу коју је издао РАТЕЛ, те је ово одлука коју Агенција доноси по расписаном јавном конкурсу и против које се може тужбом покренути управни спор (члан 37. Закона). Такође Агенција доноси и одлуку о одбијању пријава појединих учесника конкурса. Овакав Закључак произлази и из члана 39. став 5. Закона (РАТЕЛ доставља Агенцији дозволу за радио станицу ради спровођења поступка за издавање дозволе за емитовање програма), члана 50. став 1. тачка 6. Закона (оглас за јавни конкурс садржи и рок за доношење одлуке по расписаном јавном конкурсу), члана 58. и 59. Правилника о издавању дозвола за емитовање програма, као и члана 82. Закона о телекомуникацијама.

Сигурно, да и овакво решење питања одлука које се доносе на основу јавног конкурса, као и друга могућа решења, отвара низ процесних дилема.

Судска пракса ће морати да да одговор на ова спорна питања, одлучујући по тужбама у управним споровима против одлука Агенције којима су издате дозволе за емитовање програма.

Карактер одлуке донете на основу јавног конкурса

Одлука коју Савет Агенције доноси на основу јавног конкурса (без обзира да ли се ради о јединственој одлуци о издавању дозволе и одбијању пријаве, или одвојеним одлукама, као и да ли се издаје дозвола за емитовање програма само из надлежности агенције или целовита дозвола), а тиме и издата дозвола за емитовање програма, јесте управни акт (решење) јавне власти, јер је доноси Савет Агенције, у вршењу јавног овлашћења Агенције повереног Законом, у прописаном поступку и њоме се решава конкретна управна ствар. Савет Агенције, на основу одредбе члана 20. тачка 3. Статута, одлуку доноси квалификованом већином.

Стога одлука коју Савет Агенције доноси на основу јавног конкурса мора да садржи све што је прописано одредбама ЗУП-а (члан 196. – 201. ЗУП-а). Савет Агенције одлуку доноси, сагласно члану 8. ЗУП-а, на основу правилно и потпуно утврђеног чињеничног стања које је од значаја за њено

доношење, а чињенице се утврђују на основу савесне и брижљиве оцене доказа на начин прописан чланом 10. истог Закона. Наведено произлази из чињенице да Закон није прописао овлашћење Агенције да решава по слободној оцени, ни у случају када више учесника поступка конкурише за исту радиофреквенцију, као и да су одредбом члана 53. став 1. тачка 5. Закона прописане чињенице које су одлучне за решавање ове управне ствари и мерљиви критеријуми на основу којих се могу упоређивати учесници поступка у погледу одређених услова. Наиме, чланом 53. став 1. тачка 5. Закона је прописано да је Агенција дужна да: "одлуку донесе у складу са утврђеним критеријумима и прописаним условима и стандардима за производњу и емитовање програма, а у случају да се за коришћење исте радиофреквенције пријавило више лица која испуњавају услове, да предност ономе који, на основу поднете документације пружа већу гаранцију да ће доприносити већем квалитету и већој разноврсности програма, односно програмских садржаја, на одређеном подручју на коме програм треба да буде емитован. Ако подносилац пријаве и у време расписивања јавног конкурса емитује радио и/или телевизијски програм, Савет ће, приликом доношења одлуке о издавању дозволе за емитовање програма узети у обзир и допринос тог подносиоца пријаве у остваривању начела уређења односа у области радиодифузије, утврђених чланом 3. овог Закона, у претходном периоду емитовања". Ова одредба Закона указује да се (у случају када се за коришћење исте радиофреквенције пријавило више учесника) за сваког учесника појединачно утврђује испуњеност, и то сваког, критеријума и услова конкурса, а затим да се утврђују чињенице, на основу којих се врши упоређивање учесника и утврђује ко од њих, и њему се даје предност, пружа већу гаранцију да ће доприносити већем квалитету програма.

У образложењу одлуке која се доноси на јавном конкурсу, на основу одредбе члана 199. став 2. ЗУП-а имају се навести све утврђене чињенице од значаја за решавање ове управне ствари, разлози и материјално-правни пропис на основу кога је Савет Агенције донео одлуку.

Судска контрола одлука донетих на основу јавног конкурса

Чланом 37. Закона је прописано да против одлуке Агенције није дозвољена жалба, али се може покренути управни спор, а одредбом члана 54. Закона да се управни спор може покренути против одлуке коју је Са-

вет Агенције донео по приговору против одлуке о одбијању пријаве на јавни конкурс.

Врховни суд Србије је надлежан да одлучује о тужбама против одлука Агенције сагласно члану 17. став 1. Закона о судовима[10], која се примењује на основу члана 84. Закона о уређењу судова[11], односно члана 6. став 1. Уставног Закона за спровођење Устава Републике Србије[12] и закључка Опште седнице Врховног суда Србије од 28.12.2006. године да Врховни суд Србије од 01.01.2007. године наставља да поступа у оквиру своје досадашње надлежности.

Судска контрола одлука донетих на основу јавног конкурса, по становишту аутора, је ограничена на оцену законитости ових управних аката, јер природа ове управне ствари не даје могућност одлучивања, на основу члана 41. став 3. Закона о управним споровима[13], у спору пуне јурисдикције.

Непрецизност Закона, на који је указано, у погледу одлуке која се доноси на основу јавног конкурса, чини спорно и против које одлуке Савета Агенције се може водити управни спор.

Судска пракса

Пред Врховним судом Србије у току су управни спорови по тужбама против одлука Агенције донетим на основу означеног јавног конкурса за издавање дозвола за емитовање програма, тако да се суд није изјаснио о спорним правним питањима.

Стога, може се навести само становиште које је Врховни суд Србије изнео у решењу У. бр. 5573/06 од 04.04.2007. године. Овим решењем одбачена је тужба ради поништаја јавног конкурса за издавање дозволе за емитовање телевизијског и радио програма за регион града Београда, који је Савет Агенције објавио у "Сл. гласнику РС" бр. 8/06 дана 27.01.2006. године, обзиром да по становишту Врховног суда Србије јавни конкурс:

[10] "Сл. гласник РС" бр. 46/91, 60/91, 18/92, 71/92
[11] "Сл. гласник РС" бр. 63/01, 42/01, 27/03, 103/03, 29/04, 101/05, 46/06
[12] "Сл. гласник РС" бр. 98/06
[13] "Сл. лист СРЈ" бр. 46/96

"не представља управни акт у смислу члана 6. став 2. Закона о управним споровима, јер њиме није решавано ни о каквом праву или обавези тужиоца у управној ствари, већ се законитост спроведеног поступка може испитивати у поступку оцене законитости одлуке донете по конкурсу".

Закључци

Разматрања изнета у овом реферату дају могућност за следеће закључке:

1. Закон о радиодифузији је преношењем овлашћења регулисања односа у радиодифузној области са државних органа, на Републичку радиодифузну агенцију, која се и оснива овим Законом и прописаним начелима, дао правни основ да медијски простор буде отворен и да програме емитују она лица (физичка или правна) чији су програмски концепти најквалитетнији и који ће најрационалније (са становишта садржине програма које емитују) да користе радиофреквенцијски спектар.

2. Право на емитовање радио и телевизијског програма има само оно лице коме је Агенција претходно издала дозволу за емитовање програма. Коришћење одређене радиофреквенције је неопходно за емитовање програма, тако да Агенција издаје емитеру целовиту дозволу чији је саставни део дозвола за радио станицу коју издаје Републичка агенција за телекомуникације.

3. Издата дозвола за емитовање програма је управни акт јавне власти, јер је издаје Агенција која је самосталан орган основан Законом, у вршењу јавних (регулаторних) овлашћења, који су јој поверени Законом, у радиодифузној области, у управном поступку, прописаном Законом.

4. Дозвола за емитовање програма се, по правилу, издаје на основу јавног конкурса. Овај поступак је посебан управни поступак прописан одредбама члана 49. – 54. Закона, а поједина питања Агенција је прописала Статутом и Правилником о издавању дозвола за емитовање програма. На питања поступка која нису прописана Законом примењују се одредбе ЗУП-а. Одлука коју Савет Агенције доноси на основу јавног конкурса, је управни акт, који мора да садржи све што је прописано одредбама ЗУП-а (члан 196. – 201. ЗУП-а). Законом није прописано овлашћење за решавање

по слободној оцени, па Савет Агенције одлуку доноси, сагласно члану 8. и 10. ЗУП-а на основу потпуно и правилно утврђеног чињеничног стања.

6. Врховни суд Србије је надлежан да одлучује у управном спору по тужбама поднетим против одлука Агенције о издавању дозволе (против одлука Агенције).

7. Закон има више недостатака како у погледу регулисања материјално-правних питања, тако и у прописивању поступка јавног конкурса на основу кога се издаје дозвола за емитовање програма, што је од утицаја на могућност да се оствари Законом прописан начин регулисања односа у радиодифузији. Стога је неопходно да се изврше измене Закона којим ће се ови недостаци отклонити. Такође је неопходно и да Агенција усклади Статут и Правилник о издавању дозвола за емитовање програма са Законом и да прописе о програмским, техничким, организационо-кадровским и финансијским условима и критеријумима, који се односе на доделу дозвола емитера, објави на прописан начин, јер је то услов да ови прописи ступе на правну снагу.

Надежда Николић,
саветник Врховног суда Србије

БИТНЕ ПОВРЕДЕ ПРАВИЛА ПОСТУПКА У УПРАВНОМ СПОРУ

УВОД

Управни спор је спор о законитости управних аката којима државни органи и предузећа или друге организације које врше јавна овлашћења решавају о правима или обавезама физичких лица, правних лица или других странака у појединачним управним стварима. То је спор који покреће физичко или правно лице ако сматра да му је управним актом повређено неко право или на закону заснован интерес. Управни спор може покренути и државни орган, организација, део предузећа са овлашћењима у правном промету, насеље и др. који немају својство правног лица ако могу бити носиоци права и обавеза о којима се решава у управном поступку, а уколико је управним актом повређен закон у корист физичког лица, правног лица или друге странке управни спор може покренути надлежни државни, односно јавни тужилац или други законом овлашћени орган. Такође, јавни правобранилац, односно државни или јавни тужилац могу покренути управни спор када је управним актом повређен закон на штету државе, јединица локалне самоуправе и органа или другог правног лица које они по закону заступају – чл. 1. и 2. Закона о управним споровима (у даљем тексту: Закон).

Управни спор се може покренути против управног акта који је донесен у другом степену, као и против првостепеног управног акта против кога није дозвољена жалба у управном поступку – члан 7. Закона. Разлози због којих се могу побијати управни акти у поступку судске контроле могу се сврстати у две групе формално правне и материјално правне. Прва група разлога због којих се може побијати управни акт јесу да ли је акт донет од стране ненадлежног органа, да ли је у поступку који је претходио поступљено по правилима поступка, као и да ли је чињенично стање правилно утврђено, односно да ли је из утврђених чињеница изведен правилан закључак у погледу чињеничног стања. Разлози друге групе због којих се управни акт може по-

бијати односе се на то да ли у акту није примењен или је неправилно примењен закон и други пропис заснован на закону, а за управне акте који се доносе по слободној оцени да ли је орган при доношењу управног акта био руковођен циљем који је прописан материјалним законом.

Управни спор се покреће тужбом која се подноси надлежном суду, у року и на начин ближе прописан одредбама Закона. У оквиру поступка по тужби могу се разликовати две фазе поступка: претходни поступак и редовни поступак. Свака од ове две фазе поступака има своје специфичне карактеристике, мада се и у редовном поступку могу решавати извесна питања из претходног поступка, ако нису решена у претходном поступку. Ослањајући се, по правилу на чињенично стање утврђено у управном поступку, суд доноси пресуду којом решава у управном спору, односно доноси решење којим решава по тужби у претходном поступку.

Против судских одлука донетих у управном спору могу се изјавити и ванредна правна средства и то захтев за ванредно преиспитивање судске одлуке, захтев за заштиту законитости и тужба за понављање поступка. Захтев за ванредно преиспитивање судске одлуке може се поднети против правноснажне одлуке суда чија надлежност у управном спору није одређена за целу територију републике, односно аутономне покрајине. Захтев се подноси надлежном суду а то је, према сада важећој регулативи Врховни суд Србије. Захтев се може поднети због повреде правила материјалног права и повреде правила поступка која би могла бити од утицаја на решавање ствари, тј. због повреде којом се доводи у питање правилност пресуде. Наведени захтеви се подносе у року и на начин прописан Законом.

Овим рефератом се жели пре свега указати на најчешће битне повреде одредаба Закона о управним споровима при одлучивању по тужби у управном спору, а које је Врховни суд Србије уочио приликом испитивања пресуда окружних судова у поступку по захтеву за ванредно преиспитивање судских одлука.

II ПОВРЕДЕ ЗАКОНА О УПРАВНИМ СПОРОВИМА У ПОСТУПКУ ПРЕТХОДНОГ ИСПИТИВАЊА ТУЖБЕ

У поступку претходног испитивања тужбе суд у управном спору цени да ли је тужба уредна, благовремена, дозвољена, као и изјављена од

стране овлашћеног лица, што је регулисано одредбама чл. 22. до 29. Закона. При томе суд пре свега цени да ли је тужба потпуна и разумљива, да ли је дозвољена, односно да ли акт који се тужбом оспорава има карактер управног акта, против ког се може водити управни спор, тј. да ли се ради о акту 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 и да ли лице које је поднело тужбу може бити тужилац у управном спору – чл. 6. и 12. Закона. У случају када тужба није уредна, тј. потпуна и разумљива или не садржи све елементе прописане чланом 25. Закона, суд је у обавези да позове тужиоца да у одређеном року отклони недостатке тужбе и исту уреди како би се по њој могло поступати, уз упозорење на последице пропуштања – члан 27. Закона. Уколико суд поступи супротно наведеним одредбама Закона чини повреде правила поступка које су од утицаја на решење управне ствари.

У пракси Врховног суда Србије, у поступку по захтевима за ванредно преиспитивање правноснажних пресуда окружних судова било је примера да је суд у поступку претходног испитивања тужбе, тужбу одбацио, са разлога да акт који се тужбом оспорава није коначни управни акт донет у управном поступку и да тужилац нема интерес за вођење управног спора, а да претходно није позвао тужиоца да отклони недостатке тужбе и исту уреди. Тужилац је поднео тужбу којом тражи поништај закључка управног одбора којим је одбијен приговор тужиоца на висину обрачуна за комунално уређење за изградњу објекта, па како из оспореног закључка произлази да је истим одлучивано о правном леку – приговору тужиоца, то окружни суд у образложењу побијаног решења није могао да наведе да подносилац захтева нема правни интерес за подношење тужбе. Ово стога што је, у смислу члана 12. Закона, активно легитимисано за подношење тужбе свако лице о чијим правима је у поступку одлучивано. Осим тога, у образложењу побијаног решења се наводи да закључак који се тужбом оспорава не представља коначну одлуку, а о томе се не дају разлози, као ни разлози и правни прописи за став окружног суда да је оспорени закључак сувишан, те да решење извршног одбора, на које се окружни суд позвао, представља правноснажни управни акт донет у истој управној ствари, у ком случају би требало да постоји индентит странака и предмета поступка у односу на ова два акта. Стога је суд ради отклањања ових противуречности претходно требало да наложи тужиоцу уређење ту-

жбе како би на правилан начин оценио да ли закључак који се тужбом оспорава има карактер управног акта у смислу члана 6. Закона, те да ли се ради о коначном акту против кога тужилац може водити управни спор. Због ових недостатака, Врховни суд је укинуо побијано решење и вратио предмет окружном суду на поновни поступак и одлучивање[1].

У случају када је тужилац тужбом тражио поништај – корекцију решења Покрајинског фонда за пензијско и инвалидско осигурање, због незаконитости и противуречности решења, које је потпуно означио у тужби и приложио уз тужбу, а истовремено захтевао и да му се призна право на инвалидску пензију, окружни суд се огласио стварно, односно апсолутно ненадлежним за поступање у овој правној ствари и одбацио тужбу тужиоца, налазећи да суд није надлежан за доношење решења и признавање права на инвалидску пензију. Окружни суд је био дужан да позове тужиоца да уреди тужбу и прецизира да ли тужбом тражи поништај решења које је означио и доставио или захтева да суд донесе решење којим му признаје право на инвалидску пензију, са напоменом да се тужбом у управном спору може оспоравати управни акт којим је одлучено о одређеном праву или обавези физичког или правог лица или другог лица у управној ствари. Према томе, окружни суд је поступио на штету тужиоца, јер није могао само због петитума тужбе у коме се тражи корекција оспореног решења и признавање права на инвалидску пензију да одлучи сходном применом члана 15. и члана 16. Закона о парничном поступку, пре него што је на основу члана 27. Закона наложио тужиоцу да отклони противуречности у погледу садржине тужбе [2].

По захтеву који је странка поднела суду да донесе управни акт, због тога што надлежни орган по пресуди којом је поништен управни акт није у остављеном року донео нови управни акт, односно акт у извршењу пресуде донесене на основу члана 41. став 5. Закона, поступак се води на начин прописан чланом 63. Закона. У складу са ставом 2. наведеног члана суд ће по захтеву затражити од надлежног органа обавештење о разлозима због којих управни акт није донео; а надлежни орган је дужан да ово обавештење да одмах, а најдоцније у року од 7 дана. Ако он то не учини, или ако дато обавештење, по на-

[1] Пресуда Врховног суда Србије, Увп.I 16/04
[2] Пресуда Врховног суда Србије, Увп.II 204/05

хођењу суда, не оправдава неизвршење судске пресуде, суд ће донети решење које у свему замењује акт надлежног органа. Суд ће то решење доставити надлежном органу за извршење и о томе истовремено обавестити орган који врши надзор. Орган надлежан за извршење дужан је без одлагања да изврши овакво решење. Међутим, у једном случају такав захтев тужиоца суд је сматрао поднеском, који је завео под истим бројем под којим је била заведена и тужба по којој је претходно у управном спору донета пресуда којом је наложено органу да одлучи по жалби тужиоца. Поступајући по овом поднеску суд је, због тога што се тужилац по налогу суда није прецизно изјаснио да ли је примио решење надлежног органа, донео решење о обустави поступка под истим бројем под којим је била донета пресуда. На овај начин окружни суд је поступио супротно наведеној одредби Закона, с обзиром да је требало да захтев за извршење пресуде коју је тај суд донео претходно по тужби тужиоца, заведе под новим бројем и о њему одлучи као о захтеву за извршење пресуде, а што је такође био разлог за укидање одлуке окружног суда [3].

У управном спору једном се тужбом може оспоравати само један управни акт, а једном пресудом или решењем одлучити о законитости само једног управног акта сагласно члану 1. и члану 6. Закона о управним споровима. То не спречава суд да на основу члана 59. Закона о управним споровима сходно примењујући правила о поступању судова у парничном поступку одлучи да споји више предмета у којима се са више тужби оспорава исти акт. У пракси је било примера када је окружн суд поступајући по тужби тужиоца којом оспорава два управна акта, на пример решење Републичког фонда за пензијско и инвалидско осигурање и обавештење Националне службе за запошљавање, једном пресудом одлучио о законитости два управна акта, чиме је поступљено супротно наведеним одредбама Закона [4]. Када тужилац поднесе потпуну и разумљиву тужбу, којом оспорава више управних аката, суд ће сам формирати предмет по тужби за сваки оспорени управни акт, а уколико је тужба за поништај више аката неразумљива наложиће тужиоцу, на основу члана 27. Закона, да прецизира да ли тужбу подноси против свих аката означених у тужби, уз указивање да се једном тужбом у управном спору може оспоравати само један управни акт.

[3] Пресуда Врховног суда Србије, Увп.I 119/04 и 120/04
[4] Пресуда Врховног суда Србије, Увп.II 250/05

ПОВРЕДА ЗАКОНА О УПРАВНИМ СПОРОВИМА У ПОСТУПКУ ДОНОШЕЊА ОДЛУКЕ У УПРАВНОМ СПОРУ

Поступак доношења одлуке у управном спору прописан је, пре свега, одредбама члана 32. – 43. Закона, с тим што је чланом 59. Закона прописана и сходна примена Закона о парничном поступку, у складу са природом управног спора. Према наведеним одредбама Закона суд у управном спору одлучује у нејавној седници, у већу састављеном од најмање тројице судија – члан 3. Закона. Због сложености спорне ствари или ако иначе нађе да је то потребно ради бољег разјашњења стања ствари, суд може решити да се одржи усмена расправа, коју из истих разлога може предложити и странка, а расправа се води на начин прописан одредбама члана 34. – 37. Закона. Пресуде се у управном спору доносе већином гласова, а о већању и гласању се води посебан записник који потписују сви чланови већа и записничар, а у случају одржавања јавне расправе гласање и већање се врши без присуства странака – чл. 40. Закона. Пресудом којом се решава спор тужба се уважава или одбија као неоснована, с тим што ако се тужба уважава суд поништава оспорени управни акт. Када нађе да оспорени управни акт треба поништити, суд може, ако природа ствари то дозвољава или ако утврђено чињенично стање пружа поуздан основ за то, решити пресудом управну ствар, при чему таква пресуда у свему замењује поништени управни акт. У управном спору може се одлучити и о захтеву тужиоца за повраћај ствари, односно накнади штете, ако утврђено чињенично стање пружа поуздан основ за то, а у противном странка ће се упутити да свој захтев оствари у парници. У случају подношења тужбе због недоношења управног акта од стране органа – ћутања администрације, односно због неодлучивања по жалби – члан 24. Закона, суд ће ако нађе да је тужба основана пресудом уважити тужбу и одредити да надлежни орган донесе решење.

Пресуда, односно решење садржи означење суда, име и презиме председника већа, чланова већа и записничара, означење странака и њихових заступника, предмет спора, дан када је пресуда, односно решење донесено и објављено, диспозитив, образложење и правну поуку о жалби ако је жалба дозвољена. Диспозитив мора бити одвојен од образложења решења – члан 43. став 1. Закона. Оригинал пресуде, односно решења потписују председник већа и записничар – став 2. наведеног члана, а пресуда, односно решење издаје се странкама у овереном препису – став 3. наведеног члана.

У пракси у поступку по захтеву за ванредно испитивање судских одлука уочене су повреде наведених одредаба и то како приликом одлучивања, тако и приликом израде пресуда донетих у управном спору.

У поступку испитивања одлука окружних судова, Врховни суд Србије је уочио да је у неким случајевима по тужби у управном спору одлучивао судија појединац, што је супротно члану 3. став 2. Закона о управним споровима, а не веће састављено од најмање тројице судија, па су због непрописног састава суда, у поступку по захтеву, такве одлуке укинуте[5]. Због значаја оцене законитости управног акта Законом је прописано да у управном спору, било да се доноси пресуда или решење у поступку претходног испитивања тужбе или решења у току поступка, судови одлучују у већима састављеним од више носилаца правосудних функција – најмање тројице судија. Одлучивање у већима има за циљ да се обезбеди што доследнија и правилнија судска контрола управних аката, па поступање супротно наведеној одредби представља битну повреду правила поступка.

Такође је у предметима окружних судова који се односе на управне спорове констатовано да у списима предмета нема записника о већању и гласању, а било је примера да се у списима налази белешка о већању и гласању или да записнике нису потписали сви чланови већа. На овај начин поступано је супротно одредбама члана 40. Закона којом је прописано да се одлука доноси већином гласова и што треба да садржи записник о већању и гласању у управном спору. У складу са наведеним одредбама записник о већању садржи број предмета, састав већа, датум одржавања седнице, а посебно диспозитив одлуке коју је веће донело, податак да ли је одлука донета једногласно или већином гласова, означење судије који је издвојио мишљење, ако је одлука донета вићином гласова, а записник потписују сви чланови већа, што значи и они чланови већа који су издвојили мишљење, као и кратко образложење издвојеног мишљења. Стога се у управном спору мора водити посебан записник о већању и гласању, тако да никаква друга писмена не могу заменити овај записник због Законом изричито прописане форме и садржине за вођење записника. Према томе

[5] Пресуда Врховног суда Србије, Увп.I 34/04

у случају када нема записника или записник не садржи све наведене елементе то представља битну повреду правила поступка [6].

Када природа ствари то дозвољава, а подаци поступка пружају поуздан основ суд може решити у пуној јурисдикцији тј. поништити управни акт и сам решити управну ствар – члан 42. став 3. Закона. Такође, када надлежни орган после поништаја управног акта донесе управни акт противно правном схватању суда или противно примедбама суда у погледу поступка или не донесе акт по пресуди суда – чл. 62. Закона, суд може донети одлуку која замењује управни акт. Диспозитив пресуде донете у овим случајевима садржи одлуку о поништају оспореног али и првостепеног управног акта у целости или делимично и одлуку о самој управној ствари, односно о захтеву о коме је суд решавао у управној ствари. У једном случају окружни суд је, доносећи одлуку о самој управној ствари, тј. о само једном захтеву странке, поништио оспорено решење, али не и првостепено, при чему је и оспорено решење поништио у целости иако је решавао само о једном захтеву тужиоца. Стога је Врховни суд нашао да је окружни суд у диспозитиву пресуде требало да прецизно и јасно наведе у ком делу поништава и оспорено и првостепено решење и решава управну ствар, а затим да у односу на остале захтеве, односно права о којима је одлучено у поступку, такође донесе одлуку [7].

З А К Љ У Ч А К

- У управном спору судови су дужни да, у складу са одредбама Закона о управним споровима, пази на повреде правила поступка које су од утицаја на решење управне ствари, како у поступку претходног испитивања тужбе, тако и у поступку доношења одлуке.

- Поступање супротно одредбама Закона о управним споровима има за последицу да се судска контрола управних аката не врши на правилан и законит начин и тиме угрожава основни циљ управног спора.

---

[6] Пресуда Врховног суда Србије, Увп.I 90/04, Пресуда Врховног суда Србије, Увп.I 83/05

[7] Пресуда Врховног суда Србије Увп.II 134/05

Горан Јосифов,
саветник Врховног суда Србије

ЗАБРАНА *REFORMATIO IN PEIUS* У УПРАВНОМ ПОСТУПКУ

ПОЈАМ И РАЗЛОЗИ ЗАБРАНЕ

Подсетимо се да је по дефиницији забрана *reformatio in peius* забрана преиначења одлуке суда или управног органа која би за странку по њеној жалби била мање повољна од одлуке против које је поднела жалбу [1].

Из саме дефиниције јасно произилази да се ради о мериторној одлуци коју је донео првостепени суд или управни орган, па уколико странка сматра да је том одлуком повређено њено субјективно право, она може користити право на жалбу, али одлука другостепеног суда или управног органа о жалби не може за странку која је жалбу поднела бити мање повољна од одлуке која је садржана у ожалбеној одлуци. То значи да је другостепени суд или орган везан забраном *reformatio in peius* и не може, по правилу, у поступку по жалби да измени ожалбено решење на штету странке.

Како ова забрана погодује странци она истовремено представља ограничење за орган који одлучује о жалби у доношењу законите и праведне одлуке, па стога оваква забрана у суштини представња неку врсту одступања од начела законитости и начела истине и то како у кривичном, прекршајном, парничном тако и управном праву. Ако ова забрана погодује странци она истовремено представља ограничење за орган који одлучује о жалби у доношењу законите и праведне одлуке.

Који су разлози забране?

Одговор на ово питање, пре свега, треба тражити у чињеници да жалбу као правни лек који је подносилац "употребио" у своју корист, не треба да

[1] Правни лексикон, друго издање, "Савремена администрација" Београд, 1970. година, страна 973

представља могућност да исти лек постане контрапродуктиван и нанесе му штету. На овај начин изграђује се, како наводи наука, потребна правна сигурност жалиоца заснована на принципу слободне диспозиције странке.

Дакле, овај правни инситут почива на принципу да се под извесним условима забрањује погоршање положаја странке која је изјавила жалбу у своју корист. Стога се забрана преиначења првостепене одлуке на штету странке која је жалбу поднела оправдава процесном потребом очувања слободе жалиоца при подношењу жалбе.

ЗАБРАНА REFORMATIO *IN PEIUS* У ПРОЦЕСНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ

Као што је већ напред наведено примена овог правног института присутна је у процесним законима наше земље међу којима је и Закон о општем управном поступку [2] – у даљем тексту ЗУП. У наставку ове теме, компарације ради, навешћу у најкраћим цртама како је ова забрана решена и то у:

а) - Законику о кривичном поступку [3]

У оквиру одредби о жалби, чланом 382. прописано је да ако је жалба изјављена само у корист оптуженог, пресуда се не сме изменити на његову штету и то како у погледу правне квалификације кривичног дела тако и кривичне санкције.

Међутим, примена ове забране садржана је и у оквиру основних начела, члану 6. ставу 2., којим је прописано да у поступку поводом ванредног правног лека, правоснажна судска одлука се не може изменити на штету окривљеног.

б) - Закону о прекршајима [4]

У оквиру одредби о основним начелима, чланом 82 прописано је да ако је жалба изјављена само у корист окривљеног, решење о прекршају

[2] Закон о општем управном поступку ("Сл. лист РС", бр. 33/97 и 31/01)
[3] Законик о кривичном поступку ("Сл. гласник РС", бр. 70/01...58/04)
[4] Закон о прекршајима ("Сл. гласник СРС", бр. 44/89 и "Сл. гласник РС", бр. 21/90 ... 55/04)

не може се изменити на његову штету, нити се у поновљеном поступку може донети решење које је неповољније за окривљеног.

в) - Закону о парничном поступку [5]

У оквиру одредби о жалби, чланом 381. прописано је да другостепени суд не може да преиначи пресуду на штету странке која се жалила, ако је само она изјавила жалбу.

Како је ова забрана решена у ЗУП-у ?

У теорији управног права у нашој земљи о овом правном институту говори се као о начелу иако оно није децидно садржано у одредбама о начелима овог закона, али нека ми буде дозвољено да напоменем да ово начело произилази или боље рећи представља наставак начела двостепености у решавању, односно праву на жалбу садржаном у члану 12 овог закона.

Да не би било забуне потребно је нагласити да је овај правни институт експлицитно садржан у трећем делу ЗУП-а, Глави XIV, под 7 – решавање другостепеног органа по жалби, у члану 234. ставу другом, којим је прописано да другостепени орган може поводом жалбе изменити првостепено решење на штету жалиоца, али само ако то решење садржи неправилност која је разлог за примену 3 ванредна правна средства и то:

- поништавање и укидање по основу службеног надзора (чл. 253.),
- ванредно укидање (чл. 256.) и
- оглашавање решења ништавим (чл. 257.).

Из самог наслова Главе XVI - Нарочити случајеви поништавања, укидања или мењања решења, у којој су иначе лоцирани чланови закона – 253., 256. и 257., очигледно је да другостепени орган, поводом жалбе странке против првостепеног решења не може исто изменити на њену штету, осим у изричито наведеним случајевима у овим члановима закона. На овај начин, законодавац је очигледно (у најтежим случајевима повреде закона које је учињено решењем првостепеног органа), одступио од забране која је предмет ове теме враћајући се тиме примени начела законитости, а све у циљу заштите тзв. објективне законитости.

[5] Закон о парничном поступку ("Сл. гласник РС", бр. 125/04)

Дакле, ЗУП није доследно остао на терену апсолутне заштите субјективних права која су утврђена првостепеним решењем и није до краја ову врсту забране подредио начелу законитости (члан 5.) и начелу заштите јавног интереса (члан 6.).

ПОСРЕДНА ИЗМЕНА ПРВОСТЕПЕНОГ РЕШЕЊА БЕЗ ПОВРЕДЕ ЗАБРАНЕ REFORMATIO IN PEIUS

У случајевима прописаним одредбом члана 232. ст. 1. ЗУП-а, односно када другостепени орган у односу на процесне неправилности утврди:

- да су у првостепеном поступку одлучне чињенице непотпуно или погрешно утврђене,

- да се у поступку није водило рачуна о правилима поступка која су од утицаја на решење ствари,

- да је диспозитив побијаног решења нејасан или је у противуречности са образложењем, он ће допунити поступак и отклонити наведене недостатке сам или преко првостепеног органа, па ако нађе да се на основу чињеница утврђених у допуњеном поступку управна ствар мора решити друкчије него што је решена првостепеним решењем, он ће својим решењем поништити првостепено решење и сам решити управну ствар.

Међутим, уколико другостепени орган нађе да ће недостатке поступка брже и економичније отклонити првостепени орган (члан 232. ст. 2.) он ће својим решењем поништити првостепено решење и списе предмета вратити првостепеном органу на поновни поступак. У поновном поступку, на основу ранијег и новоутврђеног чињеничног стања, првостепени орган може донети решење које је за странку неповољније у односу на претходно првостепено решење против кога је странка изјавила жалбу, али се у том случају не може говорити о забрани *reformatio in peius* јер се иста односи само на решење другостепеног органа које је донето по жалби странке, а не и на решење које је донето у поновном поступку. На то указује и дугогодишња судска пракса [6] која се до сада није ни у чему из-

[6] Др Зоран Томић и Вера Бачић, Коментар Закона о општем управном поступку, осмо издање, "Сл. лист СЦГ", 2003 год., страна 343. под 12)

менила, а која указује да уколико је у поновном поступку утврђено друкчије чињенично стање у односу на претходно, управни орган није везан забраном *reformatio in peius*. У вези с тим ево и примера из става израженог у пресуди Врховног суида Србије најновијег датума:

"Цењени су и наводи тужбе да је у поновном поступку донето решење које је неповољније за тужиоца јер му је наложена уплата пореза и доприноса за четири пута већа од оне која му је била наложена претходним првостепеним решењем што тужени није ценио иако је то истицано у жалби,па је суд нашао да су исти неосновани. Ово стога што из списа предмета не произлази да је тужени орган решавајући по жалби тужиоца изменио решење на његову штету због тога што је исто поништио и предмет вратио првостепеном органу на поновни поступак јер је погрешно применио материјално право када је тужиоцу наложио уплату пореза на промет услуга и пореза на доходак грађана, јер се у конкретном случају ради о приходима физичких лица по основу обављања привремених и повремених послова из његове делатности са којима је закључио уговоре о обављању ових послова. Како је на основу доказа и чињеница утврђених у претходном и поновном поступку правилно утврђено чињенично стање на које су примењене одредбе напред наведених закона, то су неосновани тужиочеви наводи да је решење донето у поновном поступку неповољније од решења донетог у претходном управном поступку и да је тиме повређен закон на његову штету".[7]

Из овога следи *argumentum a contrario* да се у случају поништаја решења по изјављеној жалби, у поновном поступку не може донети решење које би било неповољније за странку од претходно донетог решења, ако је при том остало исто чињенично стање. Идентична је ситуација и у случају понављања поступка по захтеву странке с позивом на примену одредбе чл. 239 ст. 1. ЗУП-а, односно у поновљеном поступку по овом основу решење не може бити неповољније од претходно донетог решења, осим ако се нису стекли услови за понављање поступка по службеној дужности. Дакле, и о овим питањима досадашња судска пракса дала је јасан одговор у примени начела *reformatio in peius.*

[7] Из образложења пресуде Врховног суда Србије У – 6967/05 од 22.2.2007 год.

Уколико пак другостепени орган утврди да су у првостепеном решењу (члан 233. ст. 1.):

- погрешно оцењени докази,

- да је из утврђеног чињеничног стања изведен погрешан закључак у погледу чињеничног стања,

- да је погрешно примењен правни пропис на основу кога се решава управна ствар,

- ако нађе да је на основу слободне оцене требало донети друкчије решење он ће поништити првостепено решење и сам решити управну ствар, при чему је дужан да води рачуна о забрани која је предмет овог реферата.

ПРИМЕНА ЗАБРАНЕ ИЗМЕНЕ РЕШЕЊА НА ШТЕТУ СТРАНКЕ КОЈА ЈЕ ИЗЈАВИЛА ЖАЛБУ

У управном поступку правило забране reformatio in peius важи у једностраначким управним стварима, односно у поступку у коме учествује само једна странка (или више странака које иступају заједнички), а којој / којима је ожалбеним решењем признато неко право, али ово правило не важи уколико се на одлуку управног органа жалила противна странка.

У двостраначким и вешестраначким управним стварима, односно уколико у управном поступку учествује више странака са супротним интересима овај правни институт примениће се у зависности од тога да ли је:

- супротна странка изјавила жалбу, па ако јесте у том случају нема места позивању на ову забрану уколико је она оправдана, а

- уколико је жалбу изјавила само странка којој је неко право признато у том случају се ово начело примењује.

Поставља се питање како треба поступити ако су изјавиле жалбу и странка којој је признато неко право и странка са супротним интересом. Одговор свакако треба тражити у оквиру доминантних интереса странака, односно да ли је са тзв. "већим" правом странка којој је нпр. само делимично признато неко право или пак странка са супротним интересом. Дакле, аутору овог написа чини се да решење у таквој ситуацији треба тра-

жити у доследној примени начела заштите права грађана из члана 6. става 1. ЗУП-а, односно да је орган дужан да странкама омогући да што лакше заштите и остваре своја права и правне интересе, водећи рачуна да остваривање њихових права и правних интереса не буде на штету права и правних интереса других лица.

Међутим, ако се у поновном поступку не употпуњује и не утврђује ново чињенично стање, а другостепени орган оцени да првостепено решење треба изменити на штету жалиоца и то само из разлога прописаних у члану 253., 256. и 257. ЗУП-а, у том случају другостепени орган је дужан да првостепено решење измени и сам реши управну ствар. И на ову могућност указује судска пракса[8].

Без обзира што се измена решења на штету странке може вршити једино и искључиво у законом прописаним случајевима, значајно је запазити да се институт забране измене решења на штету странке протеже и у случају укидања решења по основу службеног надзора. На то указује правни став Врховног суда Србије[9], по коме се коначна решења не могу укидати по основу службеног надзора због погрешно и непотпуно утврђеног чињеничног стања, без обзира на то да ли је због таквог чињеничног стања дошло до повреде материјалног права јер се чињенично стање приликом доношења решења цени према чињеничном стању које је утврђено у поступку пре доношења решења, а не према чињеничном стању које је утврђено у поступку вршења надзора.

Уместо закључка

Примена правног института забране *reformatio in peius* у управном поступку је чини се доста ретко помињана јер се он превасходно експлоатише у кривичном и прекршајном поступку, али није занемарљив ни у управном поступку.

Како је ова забрана садржана у једном од чланова ЗУП-а, то је суд који, по правилу, решава спор на основу чињеница утврђених у управном поступку дужан да о њој води рачуна *ex offitio.*

---

[8] исто као под 6),страна 343 под 8)

[9] Пресуда Врховног суда Србије У. – 5914/05 од 23.02.2006 године

Љиљана Јевтић,
саветник Врховног суда Србије

УЧЕШЋЕ ПОРЕСКОГ ОБВЕЗНИКА У ПОСТУПКУ КАНЦЕЛАРИЈСКЕ И ТЕРЕНСКЕ КОНТРОЛЕ

Пореска обавеза је уставна и законска обавеза грађана, при чему се подразумева да порески систем једне државе треба да буде правичан, а да правичност подразумева да грађани са истом економском снагом плаћају исти порез (хоризонтална једнакост), а да грађани са већом економском снагом плаћају већи порез (вертикална једнакост).

Законом о пореском поступку и пореској администрацији[1], (у даљем тексту: ЗППППА), обједињена је целокупна активност у поступку утврђивања, наплате и контроле пореза и других јавних прихода од стране органа управе у саставу Министарства финансија и економије Републике Србије - Пореске управе.

Одредбом члана 10. став 1. ЗППППА, који је ступио на снагу 04.12.2002. године, а који се примењује од 01.1.2003. године, пореско правни однос је као окосница на којој почива конструкција овог закона, дефинисан као однос јавног права, јер су права и обавезе странака које се у њему налазе уређени когентним нормама (законом) и не могу се мењати на бази диспозиције тих страна. Странке у порескоправном односу су Пореска управа и физичко, односно правно лице, а садржина порескоправног односа обухвата права и обавезе тих страна. Неке обавезе и права су имовинске (материјалне) природе: то су обавеза физичког, односно правног лица да плаћа порез и споредна пореска давања и обавеза да обезбеђује пореску обавезу, као и право Пореске управе да захтева испуњење ових обавеза. Ова компонента порескоправног односа назива се у литератури

[1] ("Сл. гласник Републике Србије" бр. 80/2002, 55/04)

пореским имовинским односом. Предмет пореско имовинског односа представља оно на шта су поменуте обавезе и права усмерени: то је обавеза давања. Другу компоненту порескоправног односа представља порески управни однос. Његову садржину чине обавезе и права формалне (управне) природе. Предмет пореског управног односа представља оно на шта су поменуте обавезе и права усмерени: то су обавезе чињења, нечињења и трпљења: обавеза физичког, односно правног лица да, у складу са законом, утврди порез, односно по одбитку, наплати порез у име пореског обвезника, води прописано књиговодство, подноси пореске пријаве, доставља Пореској управи тражену документацију и податке (обавеза чињења), не обавља плаћања на начин друкчији од прописаног (обавеза нечињења), дозволи преглед свог пословања службеном лицу Пореске управе (обавеза трпљења) и друге законом утврђене обавезе чињења, нечињења или трпљења у циљу благовременог и правилног плаћања пореза, као и кореспондирајуће право Пореске управе да захтева испуњење ових обавеза.

Одредбом члана 3. став 2. ЗППА је регулисано да ако овим законом није друкчије прописано, порески поступак се спроводи по начелима и у складу са одредбама Закона којим се уређује општи управни поступак. Иако је овај Закон постављен као свеобухватан закон, који уређује целокупну материју пореског поступка, овом одредбом је предвиђена супсидијарна примена Закона о општем управном поступку[2] "у даљем тексту ЗУП", на ситуације које ЗППА није посебно или до краја уредио.

У петој глави ЗППА-а регулисана су права и обавезе пореских обвезника, а одредбом члана 24. набројана су у првом ставу, у 14 тачака, права пореских обвезника. Тачком 10.) првог става тог члана прописано је да порески обвезник, у складу са овим законом има право да присуствује током теренске пореске контроле. Онемогућавање пореског обвезника да буде присутан током контроле представља прекршај одговорног лица у Пореској урпави из члана 182. став 2. тачка 2. истог закона, којом је прописано да ће се новчаном казном казнити за прекршај службено лице Пореске управе ако онемогућава пореског обвезника да буде присутан током пореске контроле, у складу са овим законом. Међутим, некоришћење овог права, не сме да доведе у питање одвијање пореског поступка. Отуда је

[2] ("Службени лист СРЈ", бр. 33/97 и 31/2001)

Пореска управа овлашћена да увиђај обави и без присуства пореског обвезника ако би одлагање могло да угрози утврђивање чињеница или би за последицу имало уништење доказа од значаја за опорезивање (члан 49. став 3. истог закона), а порески инспектор је дужан да, ако оцени да се неприсуствовањем теренској контроли од стране пореског обвезника онемогућава или одлаже њено спровођење, ипак обави теренску контролу, уз присуство два пунолетна сведока (члан 125. став 6. истог закона).

ПОРЕСКА КОНТРОЛА

Пореска контрола подразумева поступак провере и утврђивања законитости и правилности испуњавања пореске обавезе, као дело пореског поступка, који врши Пореска управа, у складу са одредбама ЗППА. Предмет пореске контроле јесу радње пореског обвезника из пореско-правног односа, у погледу којих се испитује придржавање закона и других прописа. У пореској контроли врши се провера потпуног исказивања, правилности, тачности и благовремености обрачунавања и плаћања пореза по врстама, а у зависности од предмета контроле, који је одређен у налогу за контролу. У њој се проверавају и ажурност, тачност и веродостојност књиговодствених исправа и других евиденција, правилност вођења пословних књига и других евиденција и правилност у примени пореских и са њима повезаних прописа. Облици пореске контроле коју, у складу са законом, обавља Пореска управа су канцеларијска контрола, теренска контрола и радње у циљу откривања пореских кривичних дела.

а) Канцеларијска контрола

Канцеларијска контрола се врши ради провере тачности, потпуности и усклађености са законом, односно другим прописом, података исказаних у пореској пријави, као и пореском билансу, рачуноводственим извештајима и другим евиденцијама пореског обвезника, упоређивањем са подацима из пореског књиговодства и других службених евиденција које води, односно којима располаже Пореска управа. У поступку канцеларијске контроле, ако законом није друкчије прописано, поступа се по начелима и у складу са одредбама ЗУП-а.

Учешће пореског обвезника у поступку канцеларијске контроле регулисано је одредбом члана 121. ЗППА, којим је, у ставу 1. прописано да је порески обвезник дужан да, на позив Пореске управе, непосредно или преко пореског пуномоћника, учествује у даљем поступку канцеларијске контроле и да пружи тражена објашњења и документацију у року који одреди Пореска управа. Према одредби члана 122. истог закона порески инспектор је дужан да, ако у поступку канцеларијске контроле утврди постојање неправилности у погледу података од значаја за утврђивање висине пореске обавезе, сачини записник о контроли. Порески обвезник има право да у року од три дана од дана пријема записника о канцеларијској контроли поднесе примедбе на тај записник, које је, порески инспектор дужан да размотри у року од три дана од дана пријема и сачини допуну записника. Пореска управа, на основу записника, односно допунског записника, доноси решење о утврђивању пореза из члана 54. став 2. тачка 2.) подтачка 1. ЗППА, којим је прописано да утврђивање пореза обавља Пореска управа доношењем пореског решења у поступку пореске контроле - ако порески обвезник, супротно закону, не обави утврђивање пореске обавезе или га изврши нетачно или непотпуно.

Одредбом члана 9. ЗУП-а је регулисано једно од основних начела у управном поступку – начело саслушања странке, којим је прописано да се пре доношења решења странци мора омогућити да се изјасни о чињеницама и околностима које су од значаја за доношење решења. За примену овог начела битно је да странци буде дата могућност да се изјасни о свим питањима која се на њу односе. Да ли ће странка у сваком конкретном случају то своје право да искористи, зависи само од ње. Санкције за повреду начела саслушања странке предвиђене су одговарајућим одредбама ЗУП-а. Тако, ако странци није у поступку пружена могућност да се изјасни о питањима која се односе на остваривање и заштиту њених права и интереса, постоји могућност употребе редовних и ванредних правних средстава, као и вођења управног спора. У складу са овим начелом, као и у складу са одредбом члана 132. став 1. истог закона, којом је прописано да се посебан испитни поступак спроводи када је то потребно ради утврђивања одлучних чињеница и околности које су од значаја за разјашњење управних ствари или давања странкама могућности да остваре и заштите своја права и правне интересе, порески обвезник, као странка у поступку има право да учествује у поступку канцеларијске контроле, да пружа по-

требне податке, као и да се изјашњава о свим подацима изнетим у поступку канцеларијске контроле, бранећи тако своја права и законом заштићене интересе. Ово посебно са разлога што поступак канцеларијске контроле, свакако не представља скраћени поступак како је то регулисано одредбом члана 131. ЗУП-а.[3]

Овакав став је заузео и Врховни суд Србије у бројним пресудама, према коме: "У поступку утврђивања пореза на капитални добитак порески орган не може донети решење без учешћа странке – пореског обвезника, у скраћеном поступку применом одредбе члана 131. Закона о општем управном поступку, већ претходно мора спровести посебан испитни поступак у коме ће се предузети одређене радње ради утврђивања одлучних чињеница које су од значаја за утврђивање пореске обавезе и дати могућност странци – обвезнику да оствари и заштити своја права и интересе. Наиме, у скраћеном поступку се може решити одређена управна ствар – непосредно само ако су испуњени за то законом предвиђени услови, у складу са наведеном одредбом. То су по правилу случајеви у којима није потребно обављати посебне радње у поступку ради утврђивања чињеница јер су чињенице утврђене, опште познате или произилазе из захтева странке или из службене евиденције органа, односно када је прописом предвиђено да се ствар може решити на подлози чињеница и околности које нису потпуно доказане, али су учињене вероватним, с тим што се решењем, које се доноси у скраћеном поступку, најчешће удовољава захтеву странке осим у изузетним случајевима када су у питању хитне мере ради заштите јавног интереса. Према томе, како се у поступку утврђивања пореза на капитални добитак утврђују, пре свега, чињенице и околности које су од значаја за висину пореске основице, капиталног добитка, то је порески орган дужан да спроведе посебан поступак и омогући учешће странке – пореског обвезника у поступку у коме ће се изјаснити о свим чињеницама значајним за утврђивање пореске обавезе. На овакво поступање органа у поступку утврђивања пореске обавезе, па и пореза на капитални добитак, упућују и одредбе чл. 121. и 122. Закона о пореском поступку и пореској администрацији којима је прописано да се и у случају канцеларијске контроле морају спровести одређене радње, уз учешће по-

[3] Пресуда Врховног суда Србије У. бр. 4737/04 од 16.3.2005. године.

реског обвезника, ради утврђивања битних чињеница, посебно када је спорна висина пореске обавезе".[4]

Сагласно напред наведеном, у поступку канцеларијске контроле, која претходи доношењу решења о пореској обавези, порески орган ће омогућити пореском обвезнику учешће у поступку, јер поступање службеног лица противно овој дужности представља повреду правила поступка због којег се решење може успешно нападати жалбом, као и тужбом у управном спору. С тога, се не може прихватити став изнет у Методолошком упутству за канцеларијску контролу издатом од стране Директора Пореске управе, на страни 69. у тачки 4.11., према коме, "Када инспектор оцени да је потребно учешће пореског обвезника у поступку канцеларијске контроле инспектор позива пореског обвезника да непосредно или преко пореског пуномоћника, учествује у даљем поступку канцеларијске контроле и да пружи тражена објашњења и тражену документацију у року који инспектор одреди у позиву". Ово са разлога што инспектор не може ценити потребу учешћа пореског обвезника у поступку канцеларијске контроле, јер је пореском обвезнику то право загарантовано напред наведеним законским одредбама.

б) Теренска контрола

Посебним делом ЗППА уређено је спровођење поступка теренске контроле која се обавља у пословним просторијама пореског обвезника или на другом месту које одредби руководилац организационе јединице Пореске управе, у току радног времена пореског обвезника, а изузетно и по протеку радног времена, ако то налаже сврха контроле или ако порески обвезник на то пристане. Налог за теренску контролу Пореска управа доставља пореском обвезнику по правилу, непосредно пре почетка контроле.

Одредбом члана 123. став 1. ЗППА је прописано да се теренска контрола врши у пословним просторијама пореског обвезника или на другом месту у зависности од предмета контроле, а одредбом члана 127. истог закона је прописана обавеза учествовања пореског обвезника у поступку теренске контроле. У складу са овом законском одредбом порески обвезник је дужан да даје обавештења и изјаве на захтев пореског инспектора и учествује у утврђивању чињеничног стања. Порески инспектор ће, од пореског обвезника

[4] Пресуда Врховног суда Србије У. бр. 4648/04 од 10.3.2005. године.

усмено захтевати да дâ обавештења и изјаве – када се у поступку контроле утврде значајне неправилности, када пореском инспектору нису јасне неке радње пореског обвезника, када се по попису утврди мањак или вишак и слично. Одговори пореског обвезника могу бити писмени или усмени. Давање лажних података о чињеницама које су од значаја за спровођење пореске контроле од стране пореског обвезника или трећег лица може да представља радњу пореског кривичног дела из члана 175. ЗППА, а неучествовање у утврђивању чињеничног стања, односно недавања обавештења и изјава на захтев пореског инспектора представља порески прекршај из члана 179. став 1. тачка 10.) и став 7. тачка 6. и члана 180. тач. 17. и 18. ЗППА. Порески обвезник је дужан да пореском инспектору омогући увид у стање сировина, репродукционог материјала, полупроизвода, готових производа и робе и опреме, као и да омогући увид у пословне књиге, евиденције и другу документацију или исправе. Порески обвезник који није у могућности да присуствује теренској контроли може да одреди лице које, у његово име, извршава обавезе из члана 127. став 1. и 2. ЗППА. То лице може бити порески пуномоћник, али и запослени који је у стању да поменуте обавезе испуни. Сумња која проистекне због ускраћивања информација, односно недостављања доказа од стране пореског обвезника може, у складу са одредбом члана 51. став 3. ЗППА, у постуку утврђивања пореске обавезе, па и у пореској контроли, бити на његову штету. Порески инспектор овлашћен је да захтева пружање података, односно увид у документацију и од запослених код пореског обвезника или других лица, и то тако што ће им, овакав захтев саопштити усмено. Запослени код пореског обвезника или друга лица, одређена у складу са Законом, дужна су да податке којима располажу, односно тражену документацију, на захтев пореског инспектора, одмах и у потпуности учине доступним, јер непоштовање ове обавезе представља порески прекршај из члана 179. став 1. тачке 11. ЗППА.

О извршеној теренској контроли порески инспектор сачињава записник, као порески акт, у складу са одредбом члана 128., а у вези члана 34. ЗППА. У записнику порески инспектор констатује све чињенице и доказе који су утврђени у поступку теренске контроле. У записник се уноси и збирни износ утврђених промена пореских обавеза. Записник се мора прочитати пореском обвезнику и истом омогућити да се о налазу из записника изјасни у року од пет дана од дана пријема записника. Записник се доставља пореском обвезнику у року од три дана од дана завршетка кон-

троле. Записник се сматра достављеним када је уручен пореском обвезнику, или законском заступнику, пореском пуномоћнику или заступнику по службеној дужности. Ако је порески обвезник физичко лице или предузетник, записник се сматра урученим када је уручен пунолетном члану домаћинства или лицу запосленом код предузетника.

Уколико порески обвезник или друга наведена лица одбију да приме или потпишу записник, порески инспектор ће о томе сачинити службену белешку. Записник се може доставити пореском обвезнику пореском пошиљком преко поште на адресу пореског обвезника. Записник послат поштом сматра се достављеним истеком трећег дана од дана предаје пошти, односно даном наведеним у e-mail повратници код слања пореског акта електронским путем.

Ако су у благовремено достављеним примедбама изнети нови докази и чињенице, због којих би требало променити чињенично стање утврђено у записнику или изменити раније правне оцене, порески инспектор ће о таквим доказима и чињеницама или о новим правним оценама саставити допунски записник. На допунски записник порески обвезник не може изјавити примедбе. Ако се на основу записника, односно допунског записника о теренској контроли утврди да нема основа за измену пореске обавезе, о томе се порески обвезник обавештава у писемној форми у року од 30 дана од дана уручења записника, односно допунског записника.

Закључак

Имајући у виду напред наведено, у поступцима канцеларијске и теренске контроле, који претходе доношењу решења, као пореског управног акта Пореске управе којим она решава о појединачним правима и обавезама пореског обвезника из порескоправног односа, нужно је обезбедити пореском обвезнику учешће у поступку, сагласно наведеним одредбама ЗППА и ЗУП-а, јер, као што је напред наведено, поступање противно овој дужности представља повреду правила управног поступка због чега се решење може успешно нападати жалбом у управном поступку, као и тужбом у управном спору.[5]

[5] Пресуде Врховног суда Србије: У. бр. 4402/04 од 17.3.2005. године, У. бр. 5506/04 од 09.8.2005. године, У. бр. 4168/04 од 05.9.2005. године.

Врховни суд Србије је кроз донете пресуде заузео јасан став да "у поступцима утврђивања пореза на капитални добитак порески орган не може донети решење без учешћа пореског обвезника, у скраћеном поступку, већ да се претходно мора спровести посебан испитни поступак у којем ће утврдити све одлучне чињенице за доношење решења о порезу."[6]

Обезбеђивањем учешћа пореског обвезника у поступку канцеларијске и теренске пореске контроле, при чему поједине канцеларијске контроле морају отпочети достављањем позива од стране Организационе јединице Пореске управе селектованом обвезнику, за учешће у поступку, као што је случај у канцеларијској контроли методом унакрсне процене, коначно ће се у нашем пореском систему анулирати важење максиме Жан-Батиста Колбера "Опорезивање треба да буде попут черупања гуске: што више перја, уз што мање шиштања."

[6] Пресуда Врховног суда Србије У. бр. 4648/04 од 10.3.2005. године.

Јелена Тишма-Јовановић,
саветник Врховног суда Србије
члан Пројектне групе Савета Европе за управно право

МЕДИЈАЦИЈА И ДРУГИ ОБЛИЦИ АЛТЕРНАТИВНОГ РЕШАВАЊА СПОРОВА У УПРАВНОМ ПРАВУ

I. Увод

Дефиниција медијације дата је први пут у Препоруци Комитета министара Савета Европе о медијацији у грађанским стварима (Препорука из 2002. године број 10.) "медијација је процес решавања спорова у коме странке преговарају о питањима о којима постоји спор, а ради постизања договора и уз помоћ једног или више медијатора". Република Србија је донела Закон о посредовању - медијацији[1] и који у члану 1. став 1. говори о подручју примене: "овим Законом се одређују правила поступка посредовања – медијације (у даљем тексту: посредовања) у спорним односима, а нарочито: у имовинско правним односима физичких и правних лица, трговинским, породичним, радним и другим грађанско правним односима, **управним** и кривичним, у којима стране могу слободно да располажу, уколико законом није прописана искључива надлежност суда или другог органа". Сагласно ст. 3. члана 1. истог Закона, одредбе о медијацији не примењују се на спорове поводом отказа уговора о раду и исплате минималне зараде.

У већини држава чланица Савета Европе, алтернативна средства су већ инкорпорирана у национална законодавства ради превенције настанка спора и то у облику јавних расправа, консултација, преговора и сличних форми дијалога између грађана и органа управе, нарочито у области принудне продаје земље ради општег интереса, у области заштите животне средине и сл.

[1] ("Службени гласник РС" број 18/05)

Комитет министара Савета Европе дао је мандат Пројектној групи за управно право Савета Европе (CJ-DA) да спроведе активности о алтернативном решавању спорова између органа управе и физичких лица а са циљем да се размотри могућност увођења алтернативних облика решавања спорова у национална законодавства држава чланица Савета Европе. Препорука Комитета министара број 9 из 2001. године, о алтернативама судском процесу између органа управе и странака донета је након низа активности које је Пројектна група за управно право имала током 1999, 2000. и 2001. године на ову тему. Савет Европе је у сарадњи са португалским министром правде, у Лисабону од 31. 05. до 02. 06. 1999. године, одржао мултилатералну конференцију о алтернативама судско управном спору између органа управе и физичких лица под насловом "Мирење, медијација и арбитража". Полазне основе за ову конференцију били су извештаји из земаља чланица Савета Европе.

Финска и Норвешка су истакле у својим извештајима да њихов правни систем генерално функционише задовољавајуће и да је веома развијен тако да у пракси има јако мало захтева за алтернативним начинима решавања спорова. Белгија је навела да је историјски и традиционално њихов систем за решавање спорова развијан у складу са потребама грађана, да је то врло разуђен и усклађен становништву систем, тако да су алтернативни начини решавања спорова присутни само у тачно одређеним појединачним областима. У Финској неки посебни закони, као што је Закон о шумама из 1996. године, прописују обавезу органа управе да консултује физичка лица пре него што донесе неку значајну одлуку из ове области. Такође, Закон о коришћењу земљишта и изградњи из 1999. године Краљевине Финске прописује обавезу различитих органа управе, који су надлежни за различите аспекте једне исте управно-правне области, да консултују једни друге пре него што донесу одлуку о одређеном случају. Што се тиче генералног решења, Закон о управном поступку Финске садржи одредбе које захтевају од надлежних органа да затраже коментар страна које могу да буду погођене неком њиховом мером или управним актом, и то пре него што се донесе решење у одређеној управној ствари. Ове одредбе у принципу прописују писмену форму консултација, али тамо где је то адекватно - може доћи и до преговора између страна у поступку.

У Норвешкој - Закон о јавној управи из 1967. године садржи и одредбе које се тичу заштите физичких лица нарочито у областима у којима се извршава јавно овлашћење надлежног органа. Органи управе имају обавезу да штампају водиче за грађане – физичка лица и евентуалне странке у управном поступку, који им ближе појашњавају како да поступају пред органима управе. Такође имају обавезу да одлуку коју су донели у управном поступку на транспарентан начин ставе на увид грађанима на које се та одлука односи.

У Пољској - Закон о локалној управи из 1999. године, садржи одредбе о саслушању и консултацијама физичких лица од стране локалних органа власти и то нарочито у случајевима значајних проблема који погађају њихову локалну управну јединицу (општину и сл.)

У Швајцарској - савезна легислатива прописује као начелни принцип у законодавству да предлози закона и подзаконских аката морају да прођу консултације и јавне расправе релевантних кругова пре усвајања. У случају доношења одређеног управног акта који се односи на индивидуалног грађанина, закон Швајцарске овлашћује свако физичко лице – странку у поступку – да изнесе своје мишљење у управном поступку пре него што се донесе било каква одлука која утиче на њега.

Што се тиче преговарања као једне од врста алтернативног решавања управних спорова, Естонија је истакла да је у њиховом Закону о планирању и изградњи прописано да је особа која је претрпела штету изменом одлуке о коришћењу земљишта, овлашћена да захтева новчану надокнаду штете од надлежног органа. Износ ове новчане надокнаде може да буде предмет преговарања између органа управе и те стране – физичког лица. У Италији пореско законодавство нам даје још један пример. Њихов Закон о порезима из 1977. године прописује да када је физичко лице – порески обвезник, платило мањи порез него што је требало, надлежни орган управе може да преговара са тим лицем о томе на који начин ће бити исплаћена та разлика у износу. Одлука постигнута на овај начин не може бити оспоравана пред судом. У Чешкој Републици, Закон о управном поступку из 1967. године прописује да органи управе треба да обезбеде помоћ и саветодавну улогу странкама у поступку тако да ове не би касније трпеле било какву штету, зато што су неуке странке (односно зато што не поседују довољно стручног знања о законима).

Нови Закон о управном поступку Мађарске који је усвојен 2004. године и који представља један од најсавременијих и најмодернијих Закона о општем управном поступку у Европи до сада, прописује слично. У члану 76. тог Закона прописано је да првостепени орган управе може да започне поступак "управног договарања – споразумевања" са странком, ако има изгледа да се у тој управној ствари постигне поравнање, односно решавање те управне ствари. Овај споразум мора бити закључен у писаној форми. Ако тај споразум погађа законска права трећег лица, мора се обезбедити и његов пристанак. У неким случајевима се за пуноважност оваквог споразума може захтевати сагласност другостепеног органа управе или другог органа управе надлежног за ту правну област.

Што се тиче поступка мирења, у Италији је тај поступак најчешћи у решавању спорова између послодаваца и запослених. Пре него што запослени поднесе тужбу пред судом он мора да покрене поступак мирења са релевантним чиниоцима (синдикати и послодавац), односно са надлежном канцеларијом за радне односе те провинције. Сличан је систем и у Португалу за јавне уговоре за које постоји обавеза да у случају било каквог спора о важности, тумачењу или примени уговора, уговорне стране морају претходно покушати мирење, пре него што покрену поступак пред судом. За овај поступак мирења надлежна је комисија која је састављена од представника уговорних страна, а којом председава представник синдиката или консултативног тела које је у оквиру министарства за социјалне послове.

У Словенији - Закон о државном тужиоцу уводи поступак вансудског решавања спорова, у којима физичка лица која желе да поднесу тужбу против Владе, прво морају да предложе начин вансудског поравнања државном тужиоцу (који мора да им одговори на тај њихов предлог у року од 30 дана). Овај поступак се, према Закону о државном тужиоцу Словеније, примењује у грађанским, кривичним и управним стварима.

У процесу израде предлога препоруке број 9 из 2001. године, закључено је да државе чланице СЕ деле одређене заједничке проблеме у области управног права: преоптерећеност судова бројем предмета у управном спору, с једне стране и неопходност поштовања свих начела која су садржана у члану 6. Европске конвенције о заштити људских права (право на фер суђење, приступност суду, право на доношење одлуке у оквиру разумног рока, право на саслушање пред судом и сл.).

Ова препорука има за циљ - приближавање администрације (органа државне управе) грађанима и јавности, као и тежњу да се избегне антагонизам између странака у управном поступку, а с друге стране да се обезбеди и изнађе што боље и квалитетније решавање управних спорова. У неким управним споровима, странка, као потенцијални тужилац у управном спору, ће желети да избегне ригидност и формализам управносудског поступка. Формализам и конфликт туженог и тужиоца биће избегнути у поступку арбитраже, помирења или решавања спорова путем преговора. Једна од значајних предности алтернативних облика решавања спорова је могућност да се спор реши уз помоћ експерата – лица која поседују стручна знања из одређене области у којој је донет управни акт о чијој законитости постоји спор. Такође, мада члан 6. Европске конвенције о заштити људских права, инсистира на праву странке на јавну расправу, у неким случајевима ће странка у управном спору желети поверљивост података, а то не може добити од стране јавног судства, већ само ако се спор решава мирним путем.

Алтернативна средства у управном спору треба да буду генерално дозвољена или дозвољена у одређеним случајевима управних спорова где би то било адекватно нарочито тамо где се односе на индивидуални управни акт, уговоре, грађанску одговорност и уопштено говорећи, захтеве који се односе на новчане износе. Од тога какав је управни спор у питању, зависиће које ће алтернативно средство бити употребљено.

Комитет министара Савета Европе је при доношењу препоруке број 9 из 2001. године, пошао од услова прописаних чланом 15. тачка б) Статута Савета Европе; узимајући у обзир да је циљ Савета Европе да се постигне веће јединство између његових држава чланица, узимајући у обзир препоруку број 7 усвојену 1981. године о мерама подобним да обезбеде приступ странке суду, узимајући у обзир препоруку донету 1986. године број 12, која се односи на мере ради превенције и смањења преоптерећености судова предметима; полазећи од тога да судска процедура у пракси не мора увек да буде најадекватнији начин решавања управних спорова; да широко распрострањена употреба алтернативних средстава у решавању управних спорова може да омогући да ти проблеми буду решени на начин који ће приближити органе управе јавности, тј. обичном грађанину; да алтернативна средства решавања управних спорова могу да буду у одређеним областима управног права јед-

ноставније и много флексибилније решена на овакав начин, и коначно, полазећи од тога да употреба алтернативних средстава у решавању управних спорова неће значити избегавање законских обавеза нити од стране органа управе нити од стране грађанина - странке у управном поступку.

1. Ко подлеже препоруци број 9 из 2001. године

У општим одредбама се одређује на кога се односи ова препорука, као и да се ова препорука бави алтернативним решавањем управних спорова насталих између органа управе и физичког лица – странке у управном поступку. Даље, ова препорука говори о томе да се под алтернативним средствима подразумевају: интерна контрола, мирење, медијација – посредовање, поравнање (решавање спорова путем преговарања) и арбитража. У препоруци се говори о томе да иако се она бави решавањем управних спорова већ насталих између органа управе и физичког лица, нека од ових алтернативних средстава могу такође да послуже и као превенција, односно спречавање да настане спор – овде се нарочито мисли на облике алтернативних средстава као што су мирење, медијација и поравнање (договор путем преговарања). Потом, препорука говори о законској регулативи алтернативних средстава. У овом делу препоруке наводи се да алтернативна средства треба да буду обезбеђена или тако што ће се њихова употреба инситуционализовати националним законодавствима држава чланица или тако да се може користити ad hoc, од случаја до случаја, ако се о томе споразумеју странке у спору.

2. Обим примене алтернативних средстава

Алтернативна средства која су алтернатива судском процесу, треба да буду или генерално дозвољена или дозвољена за одређене врсте случаја који се сматрају адекватним, нарочито за оне који се односе на појединачне управне акте, уговоре, и уопштено говорећи, потраживања новчаних износа. Адекватност у избору алтернативног средства зависиће од врсте спора који је у питању.

3. Законска регулатива алтернативних средстава

Норме које регулишу ову област треба да обезбеде да странке добију потпуну и адекватну информацију о могућности коришћења алтерна-

тивних средстава; да се осигура независност и непристрасност миритеља, медијатора и арбитра; да се гарантује фер – поштена процедура у којој ће бити поштована права странака и принцип једнакости; да се гарантује (колико је то год могуће), транспарентност у употреби алтернативних средстава, али и одређен ниво дискреције; да се осигура извршност споразума који ће бити постигнут коришћењем алтернативног средства. Законска регулатива треба да обезбеди да се договор постигнут алтернативним средством заврши у оквиру разумног рока тиме што ће се поставити временска ограничења или на други сличан начин. Законска регулатива коришћења алтернативних средстава у решавању управних спорова треба да обезбеди да коришћење алтернативног средства у одређеним случајевима значи и суспензију извршења односно одлагање извршења управног акта ради чије оцене законитости је и покренут поступак алтернативног решавања управног спора.

II. Однос са судовима

Алтернативна средства решавања спорова као што је интерна контрола, мирење, медијација (посредовање) или поравнање (договор путем преговарања) могу да претходе судском поступку. Употреба неког од ових средстава може да буде прописана и као предуслов да би се покренуо управни спор касније пред судом. Мирење, медијација или поравнање (договор путем преговарања) могу да се користе и током судског поступка, нарочито ако то препоручи судија пред којим се води управни спор. Употреба арбитраже би требало, у принципу, да искључи вођење судског поступка. У свим случајевима, употреба алтернативних средстава треба да дозволи адекватну судску контролу која треба да обезбеди неприкосновену гаранцију заштите права органа управе и заштиту права странке у поступку. Судска контрола треба да зависи од облика односно врсте алтернативног средства које је изабрано у конкретном случају. За врсту и обим ове судске контроле треба да буду прописани тачно одређена процедура и поступак, у светлу начела из ове препоруке. У складу са законом, употреба неког од ових алтернативних средстава треба да има за резултат прекид или застој рокова који теку у судском поступку.

III. Специјални облици сваког алтернативног средства

1. Интерна контрола

У принципу, интерна контрола би требало да буде могућа у односу на сваки управни акт. Она може да се односи на испитивање целисходности или законитости управног акта. Интерна контрола може у одређеним случајевима да буде обавезна, као предуслов за вођење судског поступка. Интерну контролу треба да спроводи и коначну одлуку треба да донесе - компетентан орган.

2. Мирење и медијација

Поступак мирења и медијације могу да иницирају стране које су заинтересоване, судија или могу да буду прописани законом као обавезна средства решавања спорова у одређеним случајевима. Мирителји и медијатори треба да организују састанке са сваком страном посебно или истовремено а ради постизања решавања спора. Мирителји и медијатори могу да позову орган управе да измени, укине или поништи свој управни акт чија се оцена целисходности или законитости испитује.

3. Поравнање (договор путем преговарања)

Осим ако нешто друго није прописано законом, органи управе не смеју да користе поравнање (договор путем преговора) у циљу избегавања својих обавеза. У складу са законом службено лице које учествује у поступку решавања спора путем преговора треба да има стварна овлашћења која му омогућују да постигне компромис у тој ствари.

4. Арбитража

Странке треба да имају могућност да изаберу материјално и процесно право које ће се примењивати у поступку арбитраже, у оквиру граница утврђених законом. У складу са законом и жељама странака, арбитрова одлука треба да буде заснована на начелу једнакости и правичности. Арбитри треба да су у могућности да испитају законитост акта као претходни услов да би се постигла арбитражна одлука о меритуму ствари,

чак и ако они нису законом овлашћени да испитују законитост управног акта нити да га поништавају.

Од момента када је потписала Статут Савета Европе 03. априла 2003. године, наша земља је у обавези да поштује сва начела и правне стандарде и из ових препорука и из свих препорука које датирају још из 1977. године па до данас. Познато је да препоруке Савета Европе немају обавезујућу правну снагу али Комитет министара СЕ надгледа да ли је нека од држава чланица прекршила у свом националном законодавству или у пракси неки од ових основних принципа и може да изрекне јавну опомену тој држави чланици.

Када се говори о алтернативном решавању спорова у управном праву, закључак Пројектне групе Савета Европе за управно право је да у свакој од држава чланица мора веома важну улогу у овим поступцима да има и институција Омбудсмана. Правни положај Омбудсмана је на различите начине решен у различитим државама чланицама Савета Европе, али у свим тим земљама Омбудсман има, поред осталих, и улогу медијатора између органа управе и странке. Веома је важно да свака држава чланица СЕ мора да поштује основне правне документе који регулишу положај Омбудсмана, а то су: Препорука Парламентарне Скупштине о институцији Омбудсмана бр. 1615 из 2003. године и Препорука Комитета министара СЕ о институцији Омбудсмана бр. 13 из 1985. године. Суштина ових препорука је да Омбудсман треба да буде независно, стручно и непристрасно лице које ће да бира скупштина – парламент и који ће достављати парламенту годишње извештаје о свом раду.

У Републици Србији је 16.09.2005. године усвојен Закон о Заштитнику грађана, који регулише правни положај и надлежност овог независног државног органа у процесу старања о заштити и унапређењу људских слобода и права. Ставом 1. члана 17. овог Закона прописано је да је Заштитник грађана овлашћен да контролише поштовање права грађана, утврђује повреде учињене актима, радњама или нечињењем органа управе, ако се ради о повреди републичких закона, других прописа и општих аката, а ставом 2. члана 17. истог Закона да је Заштитник грађана овлашћен да контролише законитост и правилност рада органа управе.

Посебно треба истаћи да је у нашој земљи 01. 01. 2007. године почео са радом Центар за медијацију чији су оснивачи Република Србија,

Народна банка Србије, Адвокатска комора Београд и Центар за помоћ детету. У извештају овог центра стоји да је медијацијом до сада ослобођено 33,1 милион евра трошкова који би иначе пали на терет државе. У плану и програму рада овог Центра су едукација, формирање нових одељења која ће се поклапати са подручјем апелационих судова, презентација медијације за судије, тужиоце, адвокате, центре за социјални рад, привредне субјекте, банке итд. Што се тиче издавачке делатности Центра за медијацију, до сада су објављени Приручник за обуку медијације, Приручник за препознавање предмета подобних за медијацију који је намењен судијама, Приручник о кодексу понашања адвоката као заступника странака у поступку медијације, и у сарадњи са UNICEF-ом, Приручник за препознавање предмета и модалитета медијације код малолетничке деликвенције и Приручник о правилима понашања медијатора у поступцима медијације везано за малолетничку деликвенцију. Такође, Центар за медијацију ће водити регистар медијатора и евиденцију случајева медијације.

У организацији Пројектне групе Савета Европе за управно право, у Варшави је одржана 23. и 24. априла 2007. године конференција са темом "Медијација у управним стварима". На овој конференцији кантонални омбудсман из Швајцарске и државни омбудсман из Француске имали су запажена излагања о медијацији у њиховим земљама. Такође, излагани су реферати о управној медијацији у Великој Британији и Португалу, као и о медијацији у области заштите животне средине (Аустрија.)

Закључак ове европске конференције био је да све земље – државе чланице Савета Европе, треба да примењују и даље развијају начела из Препоруке Комитета министара Савета Европе бр. 9 из 2001. године о алтернативама судском процесу између органа управе и странака, као и да развијају управно судство које треба да буде, путем оцене законитости управних аката органа државне управе, највећи гарант заштите људских права грађана.

Вера Стојчевић,
начелник Одељења за царинско-управне послове Управе царина Србије

ЗАХТЕВ ЗА ОСЛОБОЂЕЊЕ ОД ПЛАЋАЊА УВОЗНИХ ДАЖБИНА НАКОН СПРОВЕДЕНОГ ПОСТУПКА - СТАВЉАЊА РОБЕ У СЛОБОДАН ПРОМЕТ

I УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Роба која се увози, у складу са одредбама члана 18. став 1. Царинског закона ("Сл. гласник РС", бр. 73/03, 61/05, 85/05-др. закон и 62/06-др. закон), подлеже плаћању увозних дажбина, ако тим законом није другачије одређено.

Царински закон ("Сл. гласник РС", бр. 73/03, 61/05, 85/05-др. закон и 62/06-др. закон) обухвата институт царинских повластица, са извршеном систематиком по врстама и корисницима царинских повластица, па су ослобођења од плаћања увозних дажбина предвиђена за страна лица (члан 191.), за физичка лица (члан 192.), за правна и друга лица (члан 193.) и за одређену робу, наведену у одредбама члана 194. Царинског закона.

Основи за стицање права на ослобођење од плаћања увозних дажбина се базирају искључиво на примени међународних конвенција и увозу робе у некомерцијалне сврхе, што знатно сужава постојећи обим повластица и круг њихових корисника, али се свакако може сматрати економски оправданим.

Влада Републике Србије може да утврди врсту, количину и вредност робе из чл. 191. – 194. Царинског закона на коју се не плаћају увозне дажбине, као и рокове, услове и поступак за остваривање права на ослобођење од плаћања увозних дажбина.

Уредбом о царински дозвољеном поступању са царинском робом, пуштању робе и наплати царинског дуга ("Службени гласник РС" бр.

127/03...25/07), као подзаконским актом који је Влада донела на основу Царинског закона, у Глави XII прописани су услови за ослобођење од плаћања увозних дажбина за сваку од прописаних врста царинских повластица, као и исправе које је корисник повластице дужан да поднесе царинском органу уз поднету декларацију и захтев за ослобођење од плаћања увозних дажбина.

Роба која је била ослобођена од плаћања увозних дажбина у складу са одредбама чл. 191. и 192. став 1. тачка 1. и 3., чл. 193. и 194. Царинског закона, у року од 3 године од дана стављања у слободан промет, не може се отуђити, дати на коришћење другом лицу или друкчије употребити, осим у сврхе за које је била ослобођена од плаћања увозних дажбина, пре него што се увозне дажбине плате.

II ПРИМЕНА ОДРЕДБИ ЗАКОНА О ОПШТЕМ УПРАВНОМ ПОСТУПКУ ПРЕД ЦАРИНСКИМ ОРГАНИМА

У спровођењу царинског поступка за који је роба декларисана примењују се прописи који важе на дан прихватања декларације, ако није другачије прописано (члан 94. Царинског закона). Износ увозних дажбина за робу за коју је настала обавеза плаћања тих дажбина утврђује се према стању робе и по прописима који важе на дан прихватања декларације (чл. 19. став 1. тачка 1. Царинског закона).

У складу са одредбама чл. 22. Царинског закона на поступак пред царинским органима примењују се одредбе Закона који уређује општи управни поступак, осим ако овим законом није другачије одређено.

Лице које од царинског органа захтева доношење одређених одлука мора изнети све чињенице и околности и поднети исправе и друге доказе значајне за доношење одлуке (чл. 23. став 1. Царинског закона).

Према томе, обавеза плаћања увозних дажбина за робу која се увози одређује се у односу на чињенице које странка наведе у захтеву за стављање робе у слободан промет (царинској декларацији) у складу са прописима који важе у моменту прихватања декларације, што значи да се у односу на тај датум цени и право странке на ослобођење од плаћања увозних дажбина.

Царинарница у сваком конкретном случају одлучује о основаности захтеваног ослобођења од плаћања увозних дажбина, након оцене исправа које подносилац захтева прилаже као доказ о испуњавању услова за коришћење конкретне царинске повластице, начина на који је попуњена рубрика 36 царинске декларације "царинска повластица", уз присуство робе за коју је поднета декларација за стављање робе у слободан промет и захтев за ослобођење од плаћања увозних дажбина.

III ОДЛУЧИВАЊЕ О ЗАХТЕВУ ЗА НАКНАДНО ОСЛОБОЂЕЊЕ ОД ПЛАЋАЊА УВОЗНИХ ДАЖБИНА И ПОВРАЋАЈ ПЛАЋЕНИХ УВОЗНИХ ДАЖБИНА

У царинско управној пракси има случајева да након спроведеног поступка стављања робе у слободан промет (што подразумева окончање прописаних поступака у вези са увозом робе, као и наплату свих прописаних увозних дажбина, пореза, акциза и других накнада) странка поднесе царинарници захтев за повраћај плаћених увозних дажбина, уз истицање да се ради о роби за коју накнадно захтева ослобођење од плаћања увозних дажбина и уз прилагање одређеног доказа који би иначе у редовном царинском поступку – приликом подношења царинске декларације ради стављања робе у слободан промет (да је био поднет) - послужио као основ за доношење другачије одлуке.

При томе, странке се у таквим захтевима не опредељују у погледу правног основа за решавање поднетих захтева, или опредељују поднети захтев у складу са одредбама чл. 105. или чл. 234. Царинског закона, или захтевају да се исти разматра као предлог за понављање поступка.

а) Примена одредби члана 239. став 1. тачка 1. Закона о општем управном поступку

У оваквим случајевима захтевања накнадног ослобођења од плаћања увозних дажбина, иако се често позива на одредбе Царинског закона, странка у суштини тражи понављање поступка (као ванредног правног средства) окончаног по конкретној царинској декларацији уз плаћање увозних дажбина. Имајући у виду одредбе чл. 22. Царинског закона, у складу са којима се на поступак пред царинским органима примењују одредбе

Закона о општем управном поступку, па и одредбе о ванредним правним средствима, царински орган је дужан у сваком конкретном случају да захтев посматра са гледишта спровођења царинског поступка и процењује да ли су предложене чињенице на основу којих се захтева примена ванредног правног средства (понављање поступка у конкретном случају) са гледишта одредби царинских прописа, адекватне, односно прихватљиве у том смислу да би постојање таквог доказа од битног утицаја за примену ванредних правних средстава (потврда, сагласност, дозвола, итд. надлежног органа) у редовном царинском поступку (да је био поднет) послужило као основ другачије одлуке у царинском поступку.

Примену понављања поступка прописаног одредбама Закона о општем управном поступку у царинско управном поступку појаснићемо на примеру честог случаја у пракси – поступања царинских органа по захтеву за повраћај наплаћених увозних дажбина за робу за коју странка накнадно захтева ослобођење од плаћања увозних дажбина, уз истицање да се радило о увозу опреме по основу улога страног лица (чл. 194. став 1. Царинског закона) и уз накнадно прилагање исправе издате од Министарства за економске односе са иностранством.

Одредбом чл. 194. став 1. тачка 1. Царинског закона прописано је да се увозне дажбине не плаћају на опрему по основу улога страног лица, а у складу са одредбама закона којим се уређује страно улагање.

Одредбом чл. 268. Уредбе о царински дозвољеном поступању са царинском робом, пуштању царинске робе и наплати царинског дуга прописано је да царинарници уз захтев за ослобођење од плаћања царине корисник повластице односно предузеће са страним улогом, подноси и спецификацију опреме по тарифним бројевима и тарифним ознакама Царинске тарифе са назначеним појединачним вредностима коју оверава Министарство за економске односе са иностранством, по добијеном обавештењу од стране регистарског суда о извршеној регистрацији страног улога.

Одредбом чл. 239. став 1. тачка 1. Закона о општем управном поступку прописано је да ће се поступак поновити, ако се сазна за нове чињенице или нађе или стекне могућност да се употребе нови докази који би сами или у вези са већ изведеним и употребљеним доказима могли довести до другачијег решења, да су те чињенице односно докази били изнети или употребљени у ранијем поступку, а одредбом чл. 240. став 2. истог

закона, прописано је да странка због околности наведених у члану 239. став 1. тачка 1., 6., 7., 8. и 11. може тражити понављање поступка само ако без своје кривице није била у стању да у ранијем поступку изнесе околности због којих тражи понављање поступка.

Под новим чињеницама у смислу чл. 239. став 1. тачка 1. Закона о општем управном поступку сматрају се чињенице које су постојале и у време вођења ранијег поступка, али орган није знао за њих и странка без своје кривице није била у стању да их изнесе, односно реч је о накнадно сазнатим, односно изнетим чињеницама, а не и о чињеницама које настану тек по окончању ранијег поступка. Нови докази у смислу одредбе чл. 239. став 1. тачка 1. истог закона су они докази о релевантним чињеницама за решење ствари, који нису употребљени, без кривице странке, у ранијем поступку.

У поступку одлучивања по захтеву странке за накнадну примену одредби чл. 194. став 1. тачка 1. Царинског закона, уз приложени акт Министарства за економске односе са иностранством, као нови доказ, царинарница утврђује да ли је захтев за понављање поступка благовремено поднет, имајући у виду датум добијања акта Министарства за економске односе са иностранством и датум када је странка од царинарнице затражила понављање поступка с обзиром да у складу са одредбама члана 239. став 1. тачка 1. Закона о општем управном поступку нова чињеница или доказ може бити основ за понављање поступка ако се понављање затражи у року од 30 дана од дана сазнања за његово постојање.

Потребно је напоменути да сагласно члану 268. Уредбе о царински дозвољеном поступању са царинском робом, пуштању царинске робе и наплати царинског дуга корисник повластице по основу улога страног улагача подноси царинском органу спецификацију опреме коју оверава Министарство за економске односе са иностранством по добијеном обавештењу од стране регистарског суда о извршеној регистрацији страних улагања. То значи да то министарство није надлежно за доношење решења о ослобађању од плаћања царине, иако то у пракси чини, али је дужно да наведе по ком основу, у ком облику и ком износу се врши страно улагање.

Уколико је предлог благовремен, а царински органи утврде да акт Министарства за економске односе са иностранством није нова чињеница, односно нови доказ у смислу наведене одредбе Закона о општем управ-

ном поступку, јер је издат након спроведеног поступка стављања робе у слободан промет и на основу захтева странке поднетог том министарству након извршеног увоза, те у време извршеног увоза и сачињавања царинског документа овај доказ није ни постојао, као ни захтев странке за његово издавање, а странка није доказала да без своје кривице није била у стању да у ранијем поступку изнесе околности због којих тражи понављање поступка, односно прибави наведену исправу и предочи је царинарници, царинарница налази да нису испуњени услови за примену одредби чл. 239. став 1. тачка 1. Закона о општем управном поступку за понављање окончаног поступка на основу чињеница наведених у акту министарства, те следствено томе ни за накнадно ослобођење од плаћања увозних дажбина и повраћај већ плаћених увозних дажбина.

Ако су испуњени прописани услови за понављање поступка окончаног по царинској декларацији, царински органи ће одобрити понављање поступка и накнадно ослобођење од плаћања увозних дажбина, као и повраћај увозних дажбина плаћених по царинској декларацији приликом спровођења поступка стављања робе у слободан промет.

б) Примена одредби члана 105. Царинског закона

Одредбама чл. 105. став 1. Царинског закона ("Сл. гласник РС", бр. 73/03, 61/05, 85/05-др. закон и 62/06-др. закон), прописано је да царински орган може, по службеној дужности или на захтев декларанта, проверавати исправност декларације и после пуштања робе, а одредбом става 5. истог члана прописано је да ако се накнадном провером декларације утврди да су прописи који уређују царински поступак примењени на основу неистинитих или непотпуних података, царински орган ће, у складу са прописима, предузети мере за правилно спровођење поступка, у складу са новим чињеницама.

Разматрањем захтева странке у смислу чл. 105. став 1. и 5. Царинског закона, царински органи налазе да у напред приказаном случају нису испуњени услови за измену података у царинској декларацији и повраћај плаћених увозних дажбина, односно у складу са овим правним основом странка нема право на накнадно ослобођење од плаћања увозних дажбина након окончаног поступка стављања робе у слободан промет, јер је царински документ сачињен уредно према стању робе које је она имала у време

увоза и према документацији која је поднета у време увоза. Наиме, над робом по царинској декларацији је, у складу са одредбама чл. 94. Царинског закона, спроведен поступак стављања робе у слободан промет према стању робе и прописима који су важили на дан прихватања декларације, а у складу са одредбама чл. 23. став 1. Царинског закона којим је прописано да лице које од царинског органа захтева доношење одређене одлуке мора изнети све чињенице и околности и поднети исправе и друге доказе значајне за доношење одлуке. На дан прихватања декларације поступак стављања робе у слободан промет је спроведен у складу са прописима и то на основу истинитих и потпуних података, пријављених од стране саме странке, у смислу наведене одредбе чл. 23. став 1. Царинског закона, а која при спровођењу поступка стављања робе у слободан промет по предметној декларацији није тражила ослобођење од плаћања увозних дажбина у смислу чл. 194. став 1. Царинског закона, ни поднела прописану документацију за ослобођење од плаћања увозних дажбина, нити је у складу са Правилником о облику, садржини, начину подношења и попуњавања декларације и других образаца у царинском поступку ("Службени гласник РС", бр. 129/03...114/06) у рубрику 36 предметне декларације уписана шифра ове царинске повластице.

в) Примена одредби члана 234. Царинског закона

Обзиром да је одредбама чл. 234. Царинског закона прописано, између осталог да се повраћај наплаћеног царинског дуга врши до износа за који се утврди да није требало да буде плаћен у време када је плаћен, ако странка определи свој захтев у складу са овом одредбом Царинског закона, царински органи поднети захтев за накнадно ослобођење од плаћања увозних дажбина и повраћај већ наплаћених увозних дажбина разматрају и у складу са овом одредбом Царинског закона, али се примена одредби чл. 234. Царинског закона у конкретном случају не може одобрити, јер се ова одредба искључиво односи на рокове и начин на који се врши повраћај наплаћеног царинског дуга и не може бити основ за утврђивање материјалног права на ослобођење од плаћања увозних дажбина.

Наиме, у овом случају се не ради о износу царинског дуга који није требало да буде плаћен у време када је плаћен, а чији повраћај странка тражи. Полазећи од одредбе чл. 19. став 1. тачка 1. Царинског закона, у

складу са којом се износ увозних дажбина за робу за коју је настала обавеза плаћања тих дажбина утврђује према стању робе и у складу са прописима који важе на дан прихватања декларације, може се закључити да на дан прихватања декларације роба није испуњавала услове из чл. 194. став 1. Царинског закона, односно није могла бити ослобођена од плаћања увозних дажбина у складу са том одредбом Царинског закона (која повластица се може остварити само код царинских органа у поступку стављања робе у слободан промет на основу поднете документације прописане чл. 268. Уредбе о царински дозвољеном поступању са царинском робом, пуштању царинске робе и наплати царинског дуга), јер подносилац декларације није ни поднео спецификацију оверену од Министарства за економске односе са иностранством, прописану одредбама чл. 268. Уредбе о царински дозвољеном поступању са царинском робом, пуштању царинске робе и наплати царинског дуга (нити је иста била издата у време извршеног увоза, нити је поднет захтев за издавање исте), нити је на одговарајући начин попунио рубрику 36 царинске декларације, па самим тим при подношењу декларације није ни тражио примену повластице по наведеном правном основу, те је царински дуг по предметној декларацији, према подацима пријављеним у декларацији и исправама приложеним уз исту и требало да буде плаћен у време када је плаћен, па се у конкретном случају не може одобрити ни примена одредби чл. 234. став 1. Царинског закона.

З А К Љ У Ч А К

Захтевом за ослобођење од плаћања увозних дажбина, поднетим након спроведеног поступка стављања робе у слободан промет и плаћања увозних дажбина, странка у суштини тражи понављање поступка окончаног по царинској декларацији, које се може вршити само применом понављања поступка као ванредног правног средства прописаног одредбама Закона о општем управном поступку, уз испуњење прописаних услова.

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 : Радуниħ). -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