

Врховни суд Србије

БИЛТЕН

СУДСКЕ ПРАКСЕ

бр. 3/2009



intermex
Software & Communication

Београд

БИЛТЕН СУДСКЕ ПРАКСЕ ВРХОВНОГ СУДА СРБИЈЕ

ПРИРЕЂИВАЧ: **Врховни суд Србије**
За приређивача: Ната Месаровић, в.д. председника Врховног суда Србије

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

ГЛАВНИ И ОДГОВОРНИ УРЕДНИК: Снежана Андрејевић, судија Врховног суда Србије

**ЗАМЕНИК ГЛАВНОГ
И ОДГОВОРНОГ УРЕДНИКА:** Стојан Јокић, 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: Јанко Лазаревић - руководилац групе; Драгомир Милојевић - члан;
Драгиша Ђорђевић - члан; Невенка Важић - члан;
Соња Манојловић - члан, судије Врховног суда Србије

За Грађанско право: Стојан Јокић - руководилац групе; Предраг Трифуновић - члан;
Владимир Тамаш - члан; Слободан Дражић - члан;
Љубица Милутиновић - члан; Јасминка Станојевић - члан;
судије Врховног суда Србије

За Управно право: Олга Ђуричић - руководилац групе; Љубодраг Пљакић - члан;
Снежана Живковић - члан; мр Јадранка Ињац - члан;
Обрад Андрић - члан; судије Врховног суда Србије

РЕДАКЦИЈА: Снежана Андрејевић, Стојан Јокић, Јанко Лазаревић и Олга Ђуричић,
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: "Радуних", 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

РЕЧ РЕДАКЦИЈЕ	7
I - ПРАВНА СХВАТАЊА	9
- <i>КРИВИЧНО ОДЕЉЕЊЕ</i>	13
- <i>ГРАЂАНСКО ОДЕЉЕЊЕ</i>	21
- <i>УПРАВНО ОДЕЉЕЊЕ</i>	25
II - ОГЛЕДИ	
- <i>КРИВИЧНА СЕКЦИЈА</i>	
<i>Новица Пековић, судија Врховног суда Србије</i> НАЈНОВИЈЕ ИЗМЕНЕ ЗАКОНИКА О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ	31
<i>Драгомир Милојевић, судија Врховног суда Србије</i> ПРИКАЗ ИЗМЕНА И ДОПУНА КРИВИЧНОГ ЗАКОНИКА	49
<i>Драгиша Ђорђевић, судија Врховног суда Србије</i> КАЗНЕНА ПОЛИТИКА СУДОВА - ПОЛИТИКА ИЗРИЦАЊА КРИВИЧНИХ САНКЦИЈА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ.....	68
<i>Миодраг Вићентијевић, судија Врховног суда Србије</i> ЗАКОН О ОДУЗИМАЊУ ИМОВИНЕ ПРОИСТЕКЛЕ ИЗ КРИВИЧНИХ ДЕЛА И РАЗЛИКА У ОДНОСУ НА ПРЕТХОДНИ СИСТЕМ ОДУЗИМАЊА ИМОВИНЕ СТЕЧЕНЕ КРИМИНАЛОМ.....	78
<i>Драган Јоцић, судија Врховног суда Србије</i> СПОРЕДНО КРИВИЧНО ЗАКОНОДАВСТВО	110
<i>Верољуб Цветковић, судија Врховног суда Србије</i> СКРИВЉЕНА НЕУРАЧУНЉИВОСТ	118
<i>Јанко Лазаревић, судија Врховног суда Србије</i> АЛТЕРНАТИВНЕ КРИВИЧНЕ САНКЦИЈЕ	135

<i>Mr Сретко Јанковић, судија Врховног суда Србије</i> НЕРАЗУМЉИВОСТ ИЗРЕКЕ ПРВОСТЕПЕНЕ КРИВИЧНЕ ПРЕСУДЕ	141
<i>Миодраг Вићентијевић, судија Врховног суда Србије</i> НЕКА ЗАПАЖАЊА У РАДУ ПРВОСТЕПЕНИХ СУДОВА У ПРЕДМЕТИМА МАЛОЛЕТНИЧКЕ ДЕЛИКВЕНЦИЈЕ.....	153
<i>Вучко Мирчић,</i> <i>истражни судија Посебног одељења Окружног суда у Београду</i> ПРИСУСТВО ПРЕДСТАВНИКА ДРЖАВЕ МОЛИЉЕ У ПОСТУПКУ МЕЂУНАРОДНЕ ПРАВНЕ ПОМОЋИ У КРИВИЧНИМ СТВАРИМА	160
- ГРАЂАНСКА СЕКЦИЈА	
<i>Предраг Трифуновић, судија Врховног суда Србије</i> СУДСКА ОДЛУКА И УСТАВНА ЖАЛБА	165
<i>Слободан Дражић, судија Врховног суда Србије</i> ДВА СПОРНА ПРАВНА ПИТАЊА ИЗ РАДНИХ СПОРОВА	180
<i>Љубица Милутиновић, судија Врховног суда Србије</i> ОДНОСИ РОДИТЕЉА И ДЕЦЕ - НАЈЧЕШЋИ СПОРОВИ, ОДЛИКЕ ПОСТУПКА	199
<i>Стојан Јокић, судија Врховног суда Србије</i> ПОБИЈАЊЕ ПРАВНИХ РАДЊИ СТЕЧАЈНОГ ДУЖНИКА У ЗАКОНУ О СТЕЧАЈНОМ ПОСТУПКУ И ПРЕДЛОГУ НОВОГ ЗАКОНА О СТЕЧАЈНОМ ПОСТУПКУ	240
- УПРАВНА СЕКЦИЈА	
<i>Љубодраг Пљакић, судија Врховног суда Србије</i> О УКИНУТОЈ ПОРЕСКОЈ БЕНЕФИЦИЈИ КОД РАЗМЕНЕ НЕПОКРЕТНОСТИ	289
<i>Mr Јадранка Ињац, судија Врховног суда Србије</i> УПРАВНО СУДСТВО У ЕВРОПИ.....	295

<i>Јелена Ивановић, судија Врховног суда Србије</i> ПРАВНА ПРИРОДА АКТА О ПОСТАВЉЕЊУ И РАЗРЕШЕЊУ ИМЕНОВАНИХ И ЛИЦА У ИЗБОРНИМ ЗВАЊИМА.....	311
<i>Ружа Урошевић, саветник Врховног суда Србије</i> НЕКЕ НОВИНЕ У ЗАКОНУ О ЕКСПРОПРИЈАЦИЈИ	327
<i>Радојка Маринковић, саветник Врховног суда Србије</i> СУПСИДИЈАРНА ПРИМЕНА ОПШТИХ ПРОЦЕСНИХ ЗАКОНА У ПОСТУПКУ УТВРЂИВАЊА ДИСЦИПЛИНСКЕ ОДГОВОРНОСТИ ДРЖАВНИХ СЛУЖБЕНИКА.....	335

III - ОКРУГЛИ СТО ИЗ ГРАЂАНСКЕ МАТЕРИЈЕ

- О ИЗМЕНАМА И ДОПУНАМА ЗАКОНА О ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ

<i>Вида Петровић-Шкоро, судија Врховног суда Србије</i> НЕОПХОДНОСТ ИЗМЕНЕ ЗАКОНА О ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ.....	353
<i>Снежана Андрејевић, судија Врховног суда Србије</i> ИЗМЕНЕ И ДОПУНЕ ЗАКОНА О ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ.....	361

РЕЧ РЕДАКЦИЈЕ

Поштовани,

У огледима о спорним правним питањима, објављеним у овом Билтену посвећеном традиционалном Саветовању судија Србије у организацији Врховног суда Србије - "Судијски дани 2009", изражени су лични ставови аутора. Ови реферати треба да допринесу усвајању правних ставова и закључака, ради уједначавања судске праксе и остварења законске функције Врховног суда Србије у вршењу судске власти.

Редакција

I

ПРАВНА СХВАТАЊА

КРИВИЧНО ОДЕЉЕЊЕ

ПРАВО НА СЛОБОДУ ИЗРАЖАВАЊА И КРИВИЧНА ДЕЛА КЛЕВЕТЕ И УВРЕДЕ

Границе прихватљиве критике су шире када је реч о јавним личностима у односу на приватна лица. за разлику од обичних грађана, који то својство немају, јавне личности су неизбежно и свесно изложене помном испитивању сваке своје речи и дела како од новинара, тако и од јавности уопште, те стога морају испољити већи степен толеранције

Образложење:

Министарство за људска и мањинска права и то Сектор за заступање пред Европским судом за људска права дописом од 22. септембра 2008. године тражило је да Врховни суд Србије заузме начелни став да домаћи судови приликом одмеравања висине новчане казне предвиђене за кривично дело клевете имају у виду став који је Европски суд заузео поводом случаја *Лепојућ*, где се указује на потребу да домаћи судови воде рачуна о разлици између вредносних судова, који не би требало да потпадају под одредбе кривичног законодавства. као и да се о евентуално заузетом начелном правном ставу обавести заступник сектора за заступање пред Европским судом за људска права, који би о томе известио Комитет министара, а ово из разлога што је Одељење за извршавање пресуда указало на то да би у случајевима *Филиповић* и *Лепојућ*, у којима је Суд утврдио повреду члана 10. Конвенције о људским правима, Комитет министара могао да донесе финалну резолуцију, с обзиром да је плаћена правична накнада, те да су осуде за кривично дело клевете које су донели домаћи судови брисане из казнене евиденције.

Председница Врховног суда Србије Вида Петровић-Шкоро, која је и председник Одељења судске праксе у Врховном суду Србије предложила је да Кривично одељење усвоји правно схватање, са напред наведеном садржином јер су у наведеним случајевима кривичне пресуде домаћих судова послужиле као основ за доношење грађанских пресуда.

У предмету *Лепојућ против Србије* Европски суд за људска права дана 6. новембра 2007. године донео је пресуду којом је утврдио да су домаћи судови у случају Лепојић повредили право на слободу изражавања

(члан 10. Европске конвенције о заштити људских права) и то због кривичне осуде и касније парничне пресуде која је донета против *Ленојића*.

У наведеној пресуди Европског суда за људска права констатује се да слобода изражавања предвиђена чланом 10. представља један од суштинских темеља једног демократског друштва, а према ставу 2. она не важи само за "информације" или "идеје" које се прихватају или сматрају увредљивим, већ и за оно што вређа, шокира или узнемирава. Суд је даље потврдио право, да се саопштавају, у доброј намери, информације о питањима од јавног интереса, чак и када то подразумева штетне изјаве појединаца и нагласио, да су границе прихватљиве критике још увек шире када је циљ политичар и даље, да иако је драгоцене за све, слобода изражавања је посебно важна за политичке странке и њихове активне чланове и то посебно у току изборних кампања када би требало дозволити да слободно циркулишу мишљења и информације свих врста. Исти суд даље подсећа да владе увек треба да покажу суздржаност у прибегавању кривичним казнама, посебно где постоје други расположиви начини накнаде.

Исти суд закључује да правноснажна кривична и парнична пресуда о којима је реч без сумње су представљале мешање у право подносиоца представке на слободу изражавања. Даље суд примећује да је јасно да је подносилац представке написао спорни чланак у току постојеће изборне кампање и у својству политичара, без обзира на мишљење Владе и да је мета критике био председник општине као јавна личност, а реч "сумануто" очигледно није употребљена да опише његово ментално стање, то јест да објасни начин на који он наводно троши новац локалних пореских обвезника и закључује да је подносилац представке јасно имао неки разлог да верује да је председник општине можда био умешан у криминалну радњу и да је такође његов мандат незаконит. Суд даље констатује да је чланак подносиоца преставке садржавао одређени "јак" језик, али да то није био произвољан лични напад и био је усредсређен на питања од јавног интереса, а не на приватни живот председника општине. Мишљења кривичног и парничног суда при доношењу пресуде против подносиоца представке су била релевантна када су утврдила да је углед председника општине био угрожен, али по оцени Суда то није било довољно, с обзиром на износ накнаде и трошкове који су додељени и који су једнаки приближној вредности осам просечних месечних плата у Србији у релевантном тренутку као и да је изречена условна осуда, која по мишљењу Суда у од-

ређеним околностима може бити не само опозвана већ такође и преиначена у ефективну затворску казну.

Суд даље утврђује да имајући у виду све напред наведено а посебно имајући у виду озбиљност кривичних казни о којима је реч, као и двосмислено мишљење домаћих судова у смислу да част, углед и достојанство председника општине "имају већу важност од ... части, угледа и достојанства ... обичног грађанина" и стога закључује да мешање домаћих судова на начин о којем је реч није било неопходно у демократском друштву и да је следствено томе дошло до повреде члана 10. Конвенције.

Европски суд за људска права својом другом пресудом од 20. новембра 2007. године у случају *Филиповић против Србије* такође је утврдио да мешање домаћег суда није било неопходно у демократском друштву и да је такође повређена одредба члана 10. Конвенције јер је правноснажна пресуда парничног суда без сумње представљала мешање у право подносиоца представке на слободу изражавања и да је мета критике подносиоца представке био председник општине - директор великог државног предузећа, који је и сам јавна личност и да су парнични судови као и кривични судови закључили да је подносилац представке јавно оптужио представника општине за кривично дело проневере у одсуству осуде за исто дело, али да је оцени Суда подносилац представке јасно имао легитиман разлог да верује да је председник општине могао бити умешан у утају пореза, а његова изјава и поред тога што садржи озбиљне тврдње, није безразложан приватни напад упућен против председника општине.

У првом случају, случај *Лепојић*, Општински суд у Бабушници својом пресудом К. број 89/02 од 11.6.2003. године огласио је кривим Зорана Лепојића што је као аутор текста под насловом "Насилнички председник" који је објављен у листу "Народне дужничке новине" број 1 из августа 2002. године написао: "... тако Петар Јончић у јуловској еуфорији, под слоганом пара врти где бургија неће, зарад своје личне егзистенције сумануто троши новац грађана Општине на: спонзорства, гала ручкове ..." и тако за приватног тужиоца као председника Општине Бабушница, путем штампе изнео неистинито чињенично тврдње које може шкодити његовој части и угледу и да је тиме извршио кривично дело клевете из члана 92. став 2. у вези става 1. КЗ Републике Србије и истом је изречена условна осуда тако што је утврђена новчана казна у износу од 15.000 динара и одређено да се неће извршити уколико окривљени у року од једне године

не изврши ново кривично дело. Окривљени је обавезан да плати паушални износ од 1.000,00 динара и приватном тужиоцу на име трошкова кривичног поступка износ од 10.000,00 динара. У образложењу наведене пресуде првостепени суд утврђује да је окривљени очигледно износио неистине које штете части и угледу приватног тужиоца и да је тиме изузетно грубо напао част, углед и достојанство приватног тужиоца које речи прелазе све границе друштвене критике, морала и једног коректног начина понашања, па и комуницирања са јавношћу, зашта посебну одговорност морају да имају управо локални политичари - председници општинских одбора политичких странака, што је био окривљени. Решавајући по жалби Окружни суд у Пироту својом пресудом Кж. бр. 186/04 од 8.10.2004. године одбио је жалбу окр. Зорана Лепојића као неосновану и првостепену пресуду потврдио а у образложењу нашао да је првостепени суд правилно закључио да је окривљени у изнетом новинском тексту који је потписао само својим именом и презименом, не означавајући да исту пише у својству председника Општинског одбора ДХСС изнео тврдње чију истинитост није доказао. а које су по садржини такве да штете части и угледу лица на која се односе и да је све то изнето у намери да се омаловажи приватни тужилац.

На основу напред наведене правноснажне кривичне пресуде Општински суд у Бабушници својом пресудом П. број 36/03 од 18.3.2005. године обавезао је туженог Зорана Лепојића да приватном тужиоцу Петру Јончићу на име нематеријалне штете за претрпљене душевне болове због повреде части и угледа исплати износ од 120.000,00 динара са законском каматом, као и трошкове поступка у износу од 39.000,00 динара и у образложењу пресуде парнични суд је навео да је тужилац познат и угледан човек јер да није тако грађани га на изборима не би изабрали за председника општине а да је поред тога тужилац дугогодишњи директор успешне фирме која је и у најтежим условима привређивања успешно пословала и радници примали плате у условима када су многе фирме престале са радом и што све то утиче да повређено добро тужиоца има већи значај него што би то било са било којим обичним грађанином. Решавајући по жалби туженог на наведену пресуду Окружни суд у Пироту својом пресудом Гж. бр. 405/05 од 24.5.2003. године потврдио је пресуду Општинског суда у Бабушници а жалбу туженог одбио као неосновану.

У другом случају, у случају *Филиповић*, Општински суд у Бабушници својом пресудом К. број 36/01 од 21.10.2002. године огласио је кривим окр. Зорана Филиповића што је 8. марта 2001. године у Бабушници на јавном скупу којом су присуствовали и неки чланови Владе Републике Србије а и преко 80 одборника СО Бабушница и руководећих људи из привреде и друштвених делатности ове општине изнео неистину која може шкодити угледу и части приватног тужиоца Јончић Петра и по њега имати тешке последице као угледном привреднику и друштвено политичком раднику рекавши "да му није место где се сада налази - председник СО Бабушница, јер је проневерио 500.000 ДМ чиме је извршио кривично дело клевете из члана 92. став 2. у вези става 1. КЗ РС па га је суд осудио на новчану казну у износу од 6.000.00 динара као и да плати трошкове поступка приватном тужиоцу у износу од 24.000,00 динара. Решавајући по жалбама Окружни суд у Пироту својом пресудом Кж. бр. 234/03 од 31.12.2003. године донео је пресуду тако што је преиначио првостепену пресуду само у погледу правне квалификације и нашао да се у радњама оптуженог Зорана Филиповића садрже обележја кривичног дела увреде из члана 92. став 1. КЗ РС, док је у осталом делу првостепену пресуду потврдио.

На основу напред наведених кривичних пресуда Општински суд у Бабушници усвојио је тужбени захтев тужиоца Јончић Петра и обавезао туженог Филиповић Зорана да на име накнаде штете због претрпљених душевних болова због повреде части и угледа исплати тужиоцу износ од 120.000,00 динара са законском каматом и у образложењу пресуде навео да тужилац јесте јавна личност, да се налази на функцији председника Општине Бабушница и директора Конфекције "Лиска" у Бабушници и да као такав остварује контакте са представницима власти Републике Србије и са другим привредницима и био је проглашен за привредника године и редовно добијао признања и награде на сајмовима моде што је опште познато и зато је изношење неистина на његов рачун у присуству представника Владе, одборника и привредника општине са којима тужилац остварује најчешће контакте представљало директан напад на углед и част тужиоца и да је његов захтев основан. Даље је у тој парничној пресуди наведено да се част и углед у друштву јако тешко стичу и због тога досудио одштетни захтев тужиоцу у износу од 120.000,00 динара. Решавајући по жалби, Окружни суд у Пироту својом пресудом Гж. бр. 695/04 од 20.12.2003. године потврдио је напред наведену пресуду а жалбу туженог

одбио као неосновану налазећи да је првостепени суд дао потпуне, правилне и објективне разлоге за усвајајући део пресуде.

Имајући у виду ставове домаћих судова у наведеним пресудама и став Европског суда за људска права у својим пресудама у случајевима *Лепојић* и *Филиповић* поводом тих пресуда, на седници Кривичног одељења усвојено је предложено правно схватање, управо ради будућег поступања домаћих судова у сличним ситуацијама, где би се будућа судска пракса ускладила управо са ставовима садржаним у наведеним пресудама Европског суда за људска права у случају *Лепојић* и *Филиповић*, како вредносни судови о јавним личностима у правилу не би требало да потпадају под одредбе кривичног законодавства јер да интервенција у таквим случајевима није неопходна у демократском друштву и да је слобода изражавања предвиђена чланом 10. Конвенције темељ једног демократског друштва и да слобода изражавања појединца не важи само за информације или идеје које се прихватају или сматрају увредљивим већ и за оно што вређа, шокира или узнемирава, јер је то све усредсређено на питања од јавног интереса а не на приватни живот јавних личности.

*(Правно схватање усвојено на седници Кривичног одељења
25.11.2008. године)*

ГРАЂАНСКО ОДЕЉЕЊЕ

ПРАВНИ ЗАКЉУЧАК

ДОЗВОЉЕНОСТ РЕВИЗИЈЕ У СТАМБЕНИМ СПОРОВИМА

После ступања на снагу Закона о парничном поступку ("Службени гласник РС", бр. 125/04), ревизија по тужбама поднетим после 23. фебруара 2005. године у стамбеним стварима дозвољена је ако је тужилац у тужби означио или суд на погодан начин утврдио вредност предмета спора изнад меродавне вредности за изјављивање ревизије.

(Правно схватање утврђено на седници Грађанског одељења Врховног суда Србије од 23. септембра 2008. године)

ПРАВНИ СТАВОВИ УСВОЈЕНИ У ПОСТУПКУ РЕШАВАЊА СПОРНОГ ПРАВНОГ ПИТАЊА ПО ЧЛАНУ 176. ЗПП

ПРАВО ЗАПОСЛЕНИХ НА УВЕЋАНУ ЗАРАДУ ЗА РАД У СМЕНАМА

Запослени има право на увећану зараду од најмање 26% од основне зараде за рад у сменама ако тај рад није вреднован приликом утврђивања основне зараде и право на увећање од још 26% од основне зараде за сменски рад ноћу (трећа смена 22 до 06 часова).

(Правни закључак Грађанског одељења Врховног суда Србије усвојен на седници од 28. априла 2009. године)

УПРАВНО ОДЕЉЕЊЕ

ПРАВНА СХВАТАЊА

I

Професионалном војнику који фактички обавља послове другог формацијског места поред послова формацијског места на које је постављен припада право на увећање плате по основу заступања иако надлежни старешина није донео акт којим је професионални војник одређен за заступника на другом формацијском месту.

II

Остваривање права на новчану накнаду због престанка радног односа у складу са одлуком о утврђивању програма за решавање вишка запослених у процесу рационализације, реструктурирања и припреме за приватизацију не искључује право незапосленог лица на остваривање новчане накнаде за случај незапослености према Закону о запошљавању и осигурању за случај незапослености ("Службени гласник РС" бр. 71/2003 и 84/2004).

III

Код оцене захтева за признавање права на новчану накнаду код националне службе за запошљавање лица коме је радни однос престао на основу члана 179. тачка 9. Закона о раду, карактер већ исплаћене накнаде се цени према правној природи, а не према називу новчаног примања (отпремнина, новчана накнада, посебна новчана накнада).

*(Правна схватања утврђена на седници Управног одељења
Врховног суда Србије одржаној дана 20.03.2009. године)*

II ОГЛЕДИ

КРИВИЧНА СЕКЦИЈА

Новица Пековић,
судија Врховног суда Србије

НАЈНОВИЈЕ ИЗМЕНЕ ЗАКОНИКА О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Уводне напомене

Важећи Законик о кривичном поступку, познат као ЗКП из 2002. године, објављен је у "Сл. л. СРЈ" број 70/01, са изменама у броју од 68/02 и изменама у "Сл. гл. РС" бр. 58/04; 85/05; 49/07 и 20/09, претрпео је најновије измене доношењем Закона о изменама и допунама Законика о кривичном поступку из септембра 2009. године ("Сл. гл. РС" 72/09), а који треба да ступи на снагу 12.09.2009. године.

Овим најновијим изменама важећег Законика о кривичном поступку из 2002. године (који се примењује) престао је да важи Законик о кривичном поступку ("Сл. гл. РС" бр. 46/06, 49/07 и 122/08) који се није примењивао.

Најновије измене Законика о кривичном поступку из 2002. године садрже 150 чланова и ради се о значајнијим изменама постојећег Законика о кривичном поступку, које самим тим захтевају од судија да их одмах проуче ради њихове ефикасне примене и законитог поступања у судским кривичним поступцима.

Разлози за доношење ових измена леже у чињеници да је важећи ЗКП донет 2002. године, да је у међувремену донет нови Устав Републике Србије и Кривични законик, а ратификован је и један број међународних конвенција које се односе на кривични поступак, а у образложењу разлога за доношење ових измена наводи се и то да се је неким одредбама изашло у сусрет ставовима судске праксе и стручне јавности о неопходности за стварање услова за ефикасну и целисходну примену законика у пракси. Осим тога, као што је већ наведено донет је и нови Законик о кривичном поступку у 2006. години, који је између осталог предвидео да се вођење кривичне истраге повери јавном тужилаштву и полицији, уместо истра-

жном судији и рок за примену овог закона био је одложен за 31. децембар 2008. године а потом поново померен. Одлагање тог Законика је образложено непостојањем кадровских, техничких, финансијских и других услова за спровођење законика у пракси и из свега тога се изашло тако што је у члану 149. најновијих измена одређено да даном ступања на снагу овог закона престаје да важи Законик о кривичном поступку из 2006. године.

Образложење појединачних решења у изменама ЗКП-а из 2002. године

Основна начела – Глава I

Одредбама члана 1. до 9. Закона о изменама и допунама Законика о кривичном поступку из 2002. године извршене су одређене измене решења садржаних у првој глави законика – основна начела. Те измене су неопходне из разлога усклађивања законика са Уставом и међународним актима о правима лица лишених слободе и окривљених у кривичном поступку.

У члану 1. Закона о изменама и допунама садржана је измена члана 3. става 2. ЗКП тако што су речи: "начело судске независности" замењене речима: "независност, ауторитет и непристрасност суда" и у суштини овим се желело остварити то да државни органи, средства јавног обавештавања, удружење грађана, јавне личности и друга лица имају ширу обавезу и повећан степен одговорности у односу на очување ауторитета, независности и непристрасности суда, јер је до сада штићено само начело судске независности, а сада се то проширује и на ауторитет и на непристрасност суда.

Чланом 2. Закона о изменама и допунама промењен је члан 4. ЗКП из 2002. године а чланом 3. истих измена члан 5. Законика о кривичном поступку из 2002. године и то је више урађено у циљу боље систематике законика. Због тога је брисан члан 13. ЗКП (члан 7. Закона о изменама и допунама) и став 1. у члану 16. Законика о кривичном поступку (члан 8. закона) док су права окривљених предвиђена у тим одредбама пренета у члан 2. Закона о изменама и допунама, који сада на једном месту садржи сва најважнија уставна и конвенцијска права окривљеног у кривичном поступку, а прописује и дужност суда да обезбеди остваривање тих права. Из истих разлога извршена је интервенција у члану 12. Законика о кривичном поступку (члан 6. Закона о изменама и допунама). Чланом 4. закона промењен је члан 7. став 1. Законика о кривичном поступку тако што је

одређено да је у кривичном поступку у службеној употреби српски језик и ћирилично писмо, а други језици и писма службено се употребљавају у складу са законом.

У члану 9. закона којим се мења члан 18. законика потврђује се правило слободног судијског уверења у доношењу судских одлука али и у ограничењу тог слободног судијског уверења која се огледа у томе да суд пресуду може засновати само на чињеницама у чију извесност је потпуно уверен.

У истом члану Закона о изменама одређено је да се судске одлуке не могу заснивати на доказима који су сами по себи или према начину прибављања у супротности са Уставом или потврђени Међународним уговором или су овим закоником или другим законом изричито забрањени. Може се и приметити да се измена овде састоји у томе што је досадашње решење било такво да се нису могли користити ни докази који су по начину прибављања у супротности и са самим закоником, међутим сада се говори о томе да се у односу на садашњи законик тражи да су ти докази садашњим закоником изричито забрањени.

Такође, у истој одредби закона (члан 9. став 3) први пут се у позитиван пропис уноси и начело "у сумњи блаже за окривљеног" и то тако што ће се у таквом случају увек одлучити у корист окривљеног.

Надлежност судова – Глава II

Одредбама члана 10-11. Закона о изменама и допунама дошло је до извесних измена у погледу састава судских већа, тако да је у члану 10. Закона о изменама одређено да у првом степену судови суде у већима састављеним од тројице судија кад је то предвиђено овим закоником или другим законом, и да се овде ради о додатном решењу у односу на постојећа решења из члана 24. став 1. Законика о кривичном поступку, а члан 24. став 2. ЗКП промењен је тако да гласи: "у другом степену суд суди у већима састављеним од тројице судија, док је у члану 24. Закона о изменама и допунама и то у одредби члана 504г. одређено да у поступку за кривична дела из члана 504а. став 3. овог законика у првом степену суди веће састављеном од тројице судија, а у другом степену веће састављено од петорице судија.

Одредбом члана 10. Закона о изменама такође је одређено да у трећем степену судови суде у већима састављеним од пет судија, уместо

досадашњег решења од седам судија. У истом члану Закона о изменама и допунама, брисан је став 7. члана 24. и то је последица укидања ванредних правних лекова и то захтева за ванредно ублажавање казне и захтева за испитивање законитости правноснажне пресуде.

Изузеће – Глава III

У члану 12. Закона о изменама и допунама којим се мења члан 43. став 5. Законика о кривичном поступку проширује се могућност одбачаја захтева за изузеће и на разлоге из члана 42. став 2. ЗКП уколико је захтев за изузеће поднесен и противно одредби члана 42. став 2. ЗКП.

Бранилац – Глава V

У члану 15. Закона о изменама уведена је обавеза суда да поштује редослед са списка адвоката који суду доставља Адвокатска комора уколико се поставља бранилац по службеној дужности.

Међутим, најважнија промена у члану 18. Закона о изменама и допунама односи се на то да су брисане одредбе члана 75. ст. 4. и 5. ЗКП, које су до сада под одређеним условима омогућавале контролу кореспонденције (задржавање и прегледање писама) између притвореног, окривљеног и његовог браниоца у току истражног поступка. Бранилац је сврстан у групу субјеката који се могу дописивати са притвореником без надзора истражног судије (члан 42. Закона о изменама и допунама). Усвојено решење је у складу са међународним правним стандардима у овој области.

Радња доказивања – Глава VII

Претресање стана

У вези са претресањем предвиђено је да лице које спроводи претресање и присутни сведоци могу бити само лица истог пола као и претресано лице, а омогућава се и то да се ток претресања може тонски и визуелно снимити, а предмети пронађени током претресања посебно фотографисати и да се снимци приложе записнику о претресању (члан 20. Закона о изменама и допунама).

У члану 21. Закона о изменама измењен је члан 81. став 1. Законика о кривичном поступку уколико што је одређено да се у тој ситуацији

претресање може обавити и без присуства сведока. С обзиром на овакво решење брисана је одредба става 4. истог члана као сувишна.

У вези са привременим одузимањем предмета у члану 22. Закона о изменама и допунама допуњен је члан 82. Законика о кривичном поступку тако што је одређено да се може вршити и претресање уређаја за аутоматску обраду података и опреме на коју се чувају електронски записи као и одузимање тих предмета.

У члану 23. Закона о изменама и допунама допуњена је одредба члана 85. ЗКП ставом 4, тако што је одређено да се свака три месеца преиспитује рок у коме се по наредби истражног судије могу задржавати и отворати писма, телеграми и друге поштанске пошиљке које шаље окривљени или које су њему упућене, а што до сада није постојало.

У вези са саслушањем окривљеног у члану 24. Закона о изменама и допунама реч окривљени замењена је речју осумњичени што је исправније решење од досадашњег, а у члану 25. Закона о изменама измењен је део одредбе члана 94. ЗКП и то речи "је признање очигледно лажно", тако што је замењено речима "постоји основана сумња у истинитост признања или је признање", а која измена ствара већу обавезу суда да у случају таквог признања то признање проверава осталим доказима.

Осим тога одређено је да ће се осумњиченом омогућити да поред кривичне пријаве и захтева за спровођење истраге прочита и записник о увиђају, те налаз и мишљење вештака.

У вези са испитивањем и позивањем сведока предвиђено је у члану 27. Закона о изменама и допунама да се сведок који је приликом ранијег саслушања потврдио да поседује техничке могућности за такво позивање, може позивати и електронском поштом или другим електронским преносиоцем порука, под условом да је таквим начином позивања могуће да се суду који сведока позива, обезбеди податак да је сведок примио такав позив.

У члану 28. Закона о изменама и допунама уведен је читав систем норми о процесно-правној заштити угрожених сведока. Наиме, узето је 6 нових чланова (109а. до 109ђ), које важећи Законик о кривичном поступку не садржи, а ове процесно-правне одредбе постоје у свим савременим европским кривичним процесним законодавствима.

Оно што је важно напоменути да суд може решењем одобрити да се сведоку обезбеде мере посебне заштите (заштићени сведок). Те мере обухватају испитивање сведока под условима и на начин који обезбеђује да се не открије његов идентитет и мере физичког обезбеђења сведока у току поступка.

Оно што је важно напоменути за потребе овог рада је да се пресуда не може заснивати само на изјави заштићеног сведока. Члан 30. Закона о изменама и допунама садржи нову одредбу и то члан 132а. Законика о кривичном поступку, у којој се регулише питање коришћења фотографија, звучних и видео-снимака. Овом одредбом се суштински решавају сви проблеми који су се у вези са коришћењем фотографија, звучних и видео-снимака појављивали у судској пракси.

Мере за обезбеђење присуства окривљеног и несметано вођење кривичног поступка – Глава VIII

У члану 31. Закона о изменама и допунама извршена је измена наслова "Забране напуштања боравишта", тако да исти сада гласи: "Забрана напуштања стана "или места боравишта" и овим је омогућено да суд може забранити окривљеном да напушта стан у коме живи. Значајну новину представља увођење електронског надзора окривљеног у циљу контролисања да ли поштују ограничења која су му одређена, под додатним условом да овакав надзор неће штетити његовом здрављу. Одређено је да електронски надзор обавља орган унутрашњих послова, Безбедносно-информативна агенција или други државни орган.

У члану 32. Закона о изменама и допунама предвиђено је да се јемство може одредити и као мера обезбеђења поштовања ограничења из члана 36. став 2. и 10 овог законика, а којим се обезбеђује поштовање забране напуштања стана или места боравишта.

У члану 35. и 36. Закона о изменама и допунама садржане су измене члана 141. и члана 142. Законика о кривичном поступку и овим изменама у суштини су отклоњене одређене правно-техничке недоследности које су у тој одредби законика настале после укидања обавезног притвора и овим изменама уведен је логичнији редослед у навођењу законских разлога за одређивање притвора и ради се само о разлозима за одређивање факултативног притвора, док обавезног притвора нема.

У члану 37. Закона о изменама и допунама уведен је нови члан 142а. са обавезом одржавања јавног рочишта у случају продужења или укидања притвора.

У ставу 5. члана 142а. одређено је да се изузетно одлука о одређивању притвора може донети без саслушања окривљеног, ако позив за саслушање није могао да му буде уручен због недоступности или непријављивања промене адресе или ако постоји опасност од одлагања.

Веома важна допуна предвиђена је у члану 38. Закона о изменама и допунама тако што је одређено да уколико је решење о одређивању притвора донето без саслушања окривљеног, суд ће у року од 48 сати од часа лишења слободе окривљеног, поступити у складу са чланом 142а. став 1. до 4. овог законика, што другим речима значи да је дужан да у том року саслуша окривљеног у присуству његовог браниоца и јавног тужиоца. Остале измене односе се на то да се решење о притвору предаје лицу најдоцније у року од 12 сати од часа лишења слободе, а не од 24 сата како је то решење постојало до сада, и такође дата је могућност странкама да се жале против решења о притвору а не само притвореном лицу, а у члану 39. Закона о изменама и допунама одређено је да притвор у истрази преко три месеца продужава веће непосредно вишег суда, што представља измену у односу на досадашње решење.

У члану 40. Закона о изменама и допунама промењена је одредба члана 46. став 1. ЗКП у том правцу да је нужно одржавање јавног рочишта о одређивању, продужењу или укидању притвора после предаје оптужнице суду. У чл. 42. и 43. Закона о изменама и допунама предвиђено је неколико важних измена и допуна у одредбама законика које се односе на режим издржавања притвора у вези са правом Заштитника грађана, Комисије народне скупштине и међународне организације у складу са потврђеним међународним уговором да могу и имају право да несметано посећују притворена лица и да са њима разговарају без присуства других лица, да о забрани посета и преписке одлучује истражни судија решењем на које се притворени може жалити, затим да су листи нецензурисаних писама додата и она писма која окривљени упућује своме браниоцу или их од њега прима, а конкретизоване су и мере које председник суда предузима када у периодичном обиласку притвореника уочи неправилности у њиховом третману и слично.

Достављање писмена и разматрање списа – Глава X

У члановима 46. до 48. Закона о изменама и допунама извршене су одређене измене и то тако што је у члану 160. ЗКП-а додат став други, у коме се регулише питање достављања (лично достављање) и одређено је да се има сматрати да је писмено за које је у овом Законику одређено да се има лично доставити, сматраће се да је уредно достављено ако је достављено на адресу коју је суду навело лице коме се писмено доставља, односно ако је достављено на адресу на којој је претходно најмање једном извршено уредно достављање, а лице коме се врши достављање није пријавило промену адресе. У члану 169. став 2. извршена је измена тако да се свим лицима, осим окривљеном, позив за главни претрес или други позив као и одлука о одлагању главног претреса или других законских радњи, иста могу обавестити и електронском поштом или другим електронским преносиоцем порука, под условом да је таквим начином позивања могуће органу који лице позива обезбедити повратни податак да је лице примило такав позив, односно обавештење. Овим изменама омогућује се да се достава писмена врши и преко другог правног лица регистрованог за достављање писмена и органа унутрашњих послова.

У односу на разгледање списа у члану 49. Закона о изменама и допунама омогућује се осим окривљеном да и бранилац има право да разматра списе и разгледа прикупљене предмете који служе као доказ.

Поднесци и записници – Глава XI

У члану 50. Закона о изменама и допунама допуњен је члан 171. ЗКП-а ставовима 5. и 6. тако да се суду омогућује да у складу са судским пословником обавезе странке, оштећеног и друге учеснике у поступку да своје предлоге, правне лекове, друге изјаве и саопштења подносе суду и у електронском облику и да се записници и документи из става 5. овог члана у суду чувају и у електронском облику, у складу са судским пословником.

Рокови – Глава XII

У члану 51. Закона о изменама и допунама промењен је члан 184. став 1. ЗКП-а тако што је проширен круг одлука због којих се окривљеном може дозволити повраћај у пређашње стање тако да се повраћај у пређашње стање односи и на решење о одузимању имовинске користи и на приговор против решења о кажњавању.

Значење законских израза и остале одредбе – Глава XVII

У члану 56. Закона о изменама и допунама промењена је тачка 8. члана 221. тако да иста сада гласи: "израз јавни тужилац односи се на јавног тужиоца и заменика јавног тужиоца".

Кривична пријава и овлашћења органа преткривичног поступка – Глава XVIII

У члану 57. Закона о изменама и допунама извршена је допуна члана 229. тако што су додати ставови 7. и 8. и уређује се поступак одређивања бранилаца по службеној дужности по редоследу са списка адвоката који сачињава Адвокатска комора по азбучном реду адвоката и овај списак Адвокатска комора објављује на својој WEB страници.

Чланом 58. Закона о изменама и допунама брисани су чланови 232. и 233. ЗКП-а, мада у суштини остају у примени и то у посебном одељку у поступку за дела организованог криминала. Овим је постигнуто то да Законик неће садржати различита решења о истом питању, као што је до сада био случај у делу Законика о надзору телефонских разговора.

У члану 59. Закона о изменама и допунама промењен је члан 234. Законика о кривичном поступку тако што је у ставу првом сада омогућено јавном тужиоцу уместо истражног судије да захтева податке и документацију која му може послужити као доказ о кривичном делу или имовини прибављеној кривичним делом, као и обавештења о сумњивим новчаним трансакцијама у смислу Конвенције о прању, тражењу, заплени и одузимању прихода стеченим криминалом и о финансирању тероризма, уз услов да о томе одмах обавести истражног судију, а истражни судија може захтевати привремену обуставу одређене финансијске трансакције, исплате, односно издавања сумњивог новца, вредносних папира или предмета за које постоје основи сумње да потичу од кривичног дела или од добити стечене кривичним делом или су намењени извршењу односно прикривању кривичног дела.

Чл. 60. и 61. Закона о изменама и допунама промењени су члан 235. став 1. и став 4. и члан 236. став 1. и додати нови ставови 7. и 8. тако да се у случају из члана 235. став 1. побољшава процесни положај оштећеног кога јавни тужилац мора обавестити о одбачају кривичне пријаве као и неке надлежности у вези са опортунитетом кривичног гоњења, с тим да је одређено да по одобрењу већа из члана 24. став 6. овог законика јав-

ни тужилац може одложити кривично гоњење и за кривична дела за која је предвиђена казна затвора преко три године а до пет година.

Истрага – Глава XIX

У члану 62. Закона о изменама и допунама у члану 243. у ставу 6. извршена је допуна тако што је сада одређено да је веће дужно да у року од 48 сати донесе одлуку поводом жалбе на решење о спровођењу истраге. До сада такав рок није постојао.

У члану 63. Закона о изменама и допунама извршена је измена у члану 244. став 6. ЗКП-а тако што је одређено да се сада непосредна оптужница од стране јавног тужиоца може подићи за кривично дело где је предвиђена казна затвора до 8 година.

У члану 64. извршена је измена тако што је одређено да саслушању окривљеног може присуствовати и саокривљени као и бранилац саокривљеног који је већ испитан – члан 251. став 1. ЗКП-а, док се ставом 4. истог члана побољшава процесни положај оштећеног тако што се одређује да и оштећени може присуствовати саслушању сведока.

У члану 67. Закона о изменама и допунама одређује се обавеза истражног судије да у случају ако постоје услови за изрицање јединствене казне којом ће се обухватити и казне из ранијих пресуда односно решења о кажњавању, тада је истражни судија дужан да затражи списе предмета у којима су изречене ове одлуке или да прибави оверене преписе тих правноснажних одлука.

Новчане казне су повећане тако да максимална новчана казна износи 500.000,00 динара којим истражни судија може да казни лице које за време предузимања истражне радње и после опомене нарушава ред.

Оптужница – Глава XX

Одредбе чланова 70. до 73. којима се врше одређене измене у овој глави Законика о кривичном поступку су више резултат усклађивања са изменама у Кривичном законнику у односу на термин кривица и кривична одговорност.

Споразум о признању кривице – Глава XXа

У питању је један изразито нови институт и од истог се очекује да у нашем кривичном поступку реално може да доведе до бржег окончања

многих кривичних поступака и смањења трошкова, а да се при том не угрозе интереси законитости и правичности.

Споразум о признању кривице између тужиоца и окривљеног могуће је код кривичних дела за која је предвиђена казна затвора до 12 година. Исти мора бити у писаној форми и подноси се председнику ванрасправног већа (до подношења оптужнице), односно председнику расправног већа најкасније на првом рочишту за одржавање главног претреса.

Окривљени и тужилац се договарају о висини казне и о другим санкцијама које ће окривљеном бити изречене, о мерама упозорења, трошковима кривичног поступка и имовинско правном захтеву, о одрицању од права на жалбу све уз предуслов да окривљени у потпуности призна кривично дело које му се ставља на терет.

Начелно се могу договорити о изрицању казне које не може бити испод законског минимума, а изузетно могућа је и блажа казна (члан 282 б. ЗКП).

О споразуму о признању кривице одлучује председник ванрасправног већа или расправно веће, на нејавном рочишту коме обавезно присуствују јавни тужилац, окривљени и бранилац а коме може присуствовати и оштећени са пуномоћником.

Суд ће решењем одбацити споразум о признању кривице ако на рочиште није дошао уредно позвани окривљени.

Суд ће усвојити споразум и донети одлуку у складу са њим ако утврди да је окривљени свесно и добровољно признао кривично дело, да је споразум закључен у складу са закоником, да је окривљени потпуно свестан свих последица закљученог споразума, да га потпуно разуме, да се одриче од права на суђење и улагање жалбе, а постоје и други докази који поткрепљују његово признање кривице и да споразумом нису повређена права оштећеног или да споразум није противан сврси кривичног поступка.

Суд ће одбити споразум ако нису испуњени наведени услови. У том случају се признање окривљеног не може користити као доказ, а споразум и сви списи са њиме повезани се уништавају пред судом.

О жалби у оба случаја одлучује ванрасправно или расправно веће у зависности од тога ко је донео споразум, а може се и одбацити ако је неблагоприятна, усвојити или одбити.

Када решење о усвајању споразума постане правноснажно 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. Решење о усвајању споразума о признању кривице када постане правноснажно сматра се саставним делом оптужнице, ако је она већ поднесена, односно јавни тужилац у року од три дана саставља оптужницу у коју укључује споразум о признању кривице, ако оптужница претходно још није била поднесена.

Припреме за главни претрес – Глава XXI

У односу на рок за заказивање главног претреса предвиђена је обавеза председника већа да уколико у року од два месеца није заказао главни претрес о томе поред председника суда обавештава и председника непосредно вишег суда.

Главни претрес – Глава XXII

У члану 76. Закона о изменама и допунама мења се члан 292. који уређује питање јавности главног претреса и под којим условима се може искључити и јавност за време главног претреса.

У члану 78. Закона о изменама и допунама мења се члан 299. којим се уређује питање одржавања реда на главном претресу и повећава се износ новчане казне до максималних 500.000,00 динара. У односу на претпоставке за одржавање главног претреса чланом 79. одређена је измена у правцу да сада више није потребна сагласност окривљеног да се главни претрес држи у одсуству браниоца уколико бранилац не приступи на главни претрес, а не ради се о обавезној одбрани.

Код одлагања и прекидања главног претреса у члану 308. став 1. ЗКП-а извршена је измена тако што је одређено да до одлагања главног претреса може доћи уколико је потребно извести нове доказе али само уз услов за чије је прибављање неопходно дуже време (члан 80. Закона о изменама и допунама). Чланом 81. Закона о изменама и допунама промењен је члан 309. Законика о кривичном поступку који регулише питање када дође до одлагања главног претреса у којим случајевима главни претрес мора изнова почети и одређено је да главни претрес који је одложен а одржава се пред другим председником већа мора почети изнова и сви докази се морају поново извести, а изузетно председник већа може пошто

узме изјаве од странака захтевати од већа из члана 24. став 6. овог законика да одлучи да се одређени докази не изводе поново. Против решења ванрасправног већа којим дозвољава да се изведени докази поново не изводе жалба није дозвољена. О сваком одлагању које траје дуже од два месеца председник већа је дужан да обавести председника суда.

Примећујемо да је одредба члана 309. став 3. до сада важећег ЗКП-а промењена тако што више не постоји процесно правило да ако је одлагање трајало дуже од три месеца или ако се главни претрес одржи пред другим председником већа главни претрес мора изнова почети и сви докази се морају поново извести.

У члану 82. Закона о изменама и допунама промењен је члан 310. Законика о кривичном поступку који се односи на прекид главног претреса и то ради припремања оптужбе или одбране, одмора или истека радног времена иако се прекинути главни претрес не може наставити пред истим већем или ако је прекид главног претреса трајао дуже од 8 дана поступиће се по одредбама члана 309. овог законика.

У односу на почетак главног претреса и саслушања оптуженог у члану 83. Закона о изменама и допунама промењене су одредбе става 2. и 3. члана 320. у смислу да оптужени није дужан да се изјасни о оптужби нити да износи своју одбрану а председник већа може га упитати да ли признаје да је учинио кривично дело за које је оптужен као и да ако жели може да се изјасни о оптужби, а одбијање оптуженог да одговори на постављено питање сматраће се порицањем извршења кривичног дела.

У члану 320. додати су нови ставови и то 4. до 7. којима се уређује редослед у постављању питања оптуженом и то тако да питања поставља најпре тужилац, па затим бранилац оптуженог, па после њега председник већа и чланови већа, а затим оштећени или његов законски заступник и пуномоћник, саоптужени и његов бранилац и вештаци, с тим да председник већа може увек поставити питање које доприноси потпунијем или јаснијем одговору на питање постављено од стране других учесника у поступку. Члан 322. ЗКП-а је брисан управо као последица претходног уређења процесних правила у односу на редослед постављања питања оптуженом након што заврши свој исказ. Из истог разлога брисан је и став 3. у члану 326. ЗКП-а.

У односу на доказни поступак у члану 328. ЗКП-а додати су нови ставови 1. и 2. и то тако што се истима одређује да се докази изводе оним

редом који утврди председник већа и по правилу ће се извести докази које предложи тужилац, затим докази које предложи одбрана, на крају докази чије извођење веће одреди по службеној дужности и по предлогу оштећеног. Ако обе странке предложе исти доказ, предност у извођењу тог доказа има странка која је прва ставила доказни предлог.

Потом је одређен редослед у испитивању сведока и вештака и то тако што истима непосредно постављају питања странке, председник већа и чланови већа, иако се странке не сагласе о друкчијем редоследу питања најпре поставља странка која је предложила сведока или вештака, затим супротна странка после ње председник већа и чланови већа, а затим оштећени или његов законски заступник и пуномоћник, саоптужени и вештаци. У члану 91. до 93. Закона о изменама и допунама извршена су усклађивања која су резултат измене у Кривичном закону.

Пресуда – Глава XXIII

У погледу разлога за ослобађајућу пресуду направљена је измена у складу са концепцијом новог Кривичног законика и новим појмом кривице, а из истих разлога, а наиме из разлога усклађивања са Кривичним закоником извршене су и одређене измене у члану 356. ЗКП-а у односу на то шта треба да садржи изрека пресуде којом се оптужени оглашава кривим.

У односу на време израде пресуде извршене су измене у члану 360. став 1. ЗКП-а, тако што је одређено да се пресуда која је објављена мора не само писмено израдити у року од 8 дана него и у истом року и послати, а у сложеним стварима изузетно у року који одреди председник непосредно вишег суда.

Редовни правни лекови – Глава XXIV

Одредба члана 369. тачка 2. ЗКП-а је брисана због усклађивања са Кривичним закоником и то у вези са новим појмом кривице.

У члану 371. став 3. ЗКП-а, чланом 101. Закона о изменама и допунама, извршена је измена у смислу да је дозвољено да се одлука о имовинско правном захтеву или о трошковима кривичног поступка може побијати ако је неправилна или супротна законским одредбама.

Највећа промена у поступку по редовним правним лековима односи се на одржавање главног претреса пред другостепеним судом у случају када

је у истом кривичном предмету пресуда једном била укинута претрес пред другостепеним судом се мора одржати, при чему се не може укинути побијана пресуда и упутити предмет првостепеном суду на поновно суђење.

Значајна промена односи се и на могућност изјављивања жалбе против пресуде другостепеног суда. У члану 105. Закона о изменама и допунама промењен је члан 395. став 1. ЗКП-а, тако што је одређено да се против пресуде другостепеног суда може изјавити жалба суду који одлучује у трећем степену само у случају ако је другостепени суд преиначио првостепену пресуду којом је оптужени ослобођен од оптужбе и изрекао пресуду којом се оптужени оглашава кривим.

У члану 106. Закона о изменама и допунама такође је извршена значајна измена члана 401. ЗКП јер је додат став 4. који гласи: "када суд, решавајући по жалби против решења којим се одређује, укида или продужава притвор, решење укине и предмет упуту на поновно одлучивање, дужан је да истовремено одлучи и о притвору.

Ванредни правни лекови – Глава XXV

У члану 405. ЗКП-а у односу на тзв. "неправо понављање кривичног поступка" као нови разлог за неправу понављање кривичног поступка у ставу 4. наведено је да ако се по правноснажности пресуде појаве околности којих није било кад се изрицала пресуда или суд за њих није знао иако су постојале, а оне би очигледно довеле до блаже осуде (члан 107. Закона о изменама и допунама). Ово решење последица је укидања ванредног правног лека захтева за ванредно ублажавање казне.

Нову пресуду доноси суд у седници већа на предлог јавног тужиоца или осуђеног, а по саслушању противне странке.

У члану 405а. ЗКП-а (члан 108. Закона о изменама и допунама) уведен је нов разлог за тзв. "неправо понављање кривичног поступка" и то у случају када је као сведок саслушано лице које је правноснажно осуђено за кривично дело из члана 504 а. став 3. (кривична дела из организованог криминала), под условом да је значај његовог исказа за откривање, доказивање или спречавање кривичних дела из члана 504 а. став 3. претежнији од последица кривичног дела за које је осуђен и пошто суд оцени да је сведок из става 1. овог члана дао исказ у складу са обавезама из члана 504 п. овог законика, јавни тужилац ће након правноснажног окончања по-

ступка осуђујућом пресудом, поднети захтев за неправу понављање кривичног поступка у складу са чланом 405 а. и у том случају ако суд оцени да су испуњени услови из члана 504 б. став 3. овог законика изречену казну ће умањити најмање за једну половину.

Извршена је измена и у члану 414. ЗКП-а (члан 109. Закона о изменама и допунама), тако што је одређено да ће се поступак поновити у случају кад је захтев поднесен због повреде права осуђеног у кривичном поступку, која је утврђена одлуком Уставног суда или Међународног суда у складу са потврђеним међународним уговором, а повреда је била од утицаја на законито и правилно доношење пресуде.

Ванредни правни лекови и то ванредно ублажавање казне и захтев за испитивање законитости правноснажне пресуде су брисани Законом о изменама и допунама.

Посебне одредбе за скраћени поступак, за поступке изрицања кривичних санкција без главног претреса и за изрицање судске опомене

Скраћени поступак – Глава XXVI

У члану 436. став 1. ЗКП-а извршена је измена утолико што ће се скраћени кривични поступак спроводити за кривична дела где је предвиђен затвор до 5 година док су одредбе става 2. до 6. брисане. У члану 436. став 1. тачка 2. у односу на разлоге за одређивање притвора одређено је да ће као разлог за одређивање притвора бити и тај уколико окривљени прети да ће поновити кривично дело уз остале разлоге за одређивање притвора у скраћеном поступку.

У члановима 441. и 446. ЗКП-а извршене су одређене измене које су последица измене у Кривичном законнику а из истих разлога извршене су измене и у члановима 450. и 457. ЗКП-а.

Посебне одредбе о поступку за кривична дела организованог криминала, корупције и друга изузетно тешка кривична дела – Глава XXIXа.

Одредбама члана 124. Закона о изменама и допунама извршена је измена Главе XXIX а. којом су прописане посебне одредбе о поступку за

дела организованог криминала. Постојеће одредбе су замењене са 23 нова члана (504 а. – 504 њ. закона) а најзначајније новине у односу на сада важећа решења су следеће:

1. посебне одредбе којима су утврђена посебна овлашћења органа кривичног гоњења важиће убудуће не само за дела организованог криминала већ и за дела корупције и друга изузетно тешка кривична дела чије је откривање и доказивање неефикасно и тешко,

2. рок за жалбу против пресуде првостепеног суда у овом поступку продужен је на 30 дана,

3. у поступку за кривична дела организованог криминала у првом степену суди веће састављено од тројице судија, а у другом степену веће састављено од петорице судија,

4. према притвореном организатору криминалне групе могу се применити мере посебног надзора које се предвиђају посебним законом,

5. све посебне мере за лакше откривање и доказивање ових кривичних дела, укључујући надзор телефонских разговора и контролу финансијских трансакција осумњиченог дате су на једном месту то јест само у члану 504 е. до 504 њ. законика,

6. заштита идентитета прикривеног иследника је боље решена, с обзиром на то да је његова употреба до сада изостајала углавном због ризика којима су та лица била изложена,

7. услови за одређивање посебних мера су конкретизовани и прецизно исказани за сваку меру појединачно,

8. досадашњем списку мера додата је и мера аутоматско рачунарско претраживање личних и других са њима повезаних података и њихова електронска обрада,

9. сведок сарадник и после стицања тог статуса остаје у поступку окривљени, обухвата се пресудом и одмерава му се казна по Кривичном законнику, а затим одмерена казна изриче умањена за једну половину, с тим што му се на предлог јавног тужиоца и с обзиром на извршено кривично дело, држање пред судом и друге битне околности случаја може изрећи блажа казна или ослобођење од казне.

Посебни поступци***Поступак за примену мера безбедности, за одузимање имовинске користи, за опозивање условне осуде и за пуштање осуђеног на условни отпуст – Глава XXX***

У поступку за примену мера безбедности у члану 505. извршена је измена тако што се додаје нови став 3. који омогућава да се према окривљеном који се налази на слободи може поред основа из члана 142. овог закона одредити притвор ако постоји оправдана бојазан да би услед душевних сметњи могао да изврши кривично дело.

Измене извршена у члановима 511, 506, 517, 522. су резултат измена насталих у Кривичном законнику.

Поступак за доношење одлуке о рехабилитацији, за престанак правних последица осуде и мера безбедности – Глава XXXI

У наслову Главе XXXI извршена је измена тако што су речи "брисање осуде" замењене речју "рехабилитација" и промењен је члан 523. које су промене резултат измене у Кривичном законнику а из истих разлога или разлога организационе природе извршене су измене и у члановима 133. до 140. Закона о изменама и допунама Законика о кривичном поступку.

Одредбе чланова 141. до 143. Закона о изменама и допунама представљају збирне одредбе којима се врши терминолошко усклађивање у складу са Уставом и Кривичним закоником.

Одредбе члана 144. до 150. Закона о изменама и допунама закона садрже прелазна решења која се односе на састав већа у другостепеном поступку, изјављивање жалбе на другостепену пресуду и састав већа у трећем степену и положај сведока сарадника који су овај статус стекли пре ступања на снагу овог закона.

У члану 149. Закона о изменама и допунама одређено је да даном ступања на снагу овог закона престаје да важи Законик о кривичном поступку из 2006. године и у члану 150. одређено је да овај закон ступа на снагу 8-ог дана од дана објављивања у "Службеном гласнику Републике Србије".

Драгомир Милојевић,
судија Врховног суда Србије

ПРИКАЗ ИЗМЕНА И ДОПУНА КРИВИЧНОГ ЗАКОНИКА

Народна скупштина Републике Србије на седници од 31. августа 2009. године усвојила је Закон о изменама и допунама Кривичног законика који је објављен у "Службеном гласнику Републике Србије" број 82/09 од 04. септембра 2009. године и који ступа на снагу осмог дана од дана објављивања у "Службеном гласнику Републике Србије". Тиме је измењен Кривични законик који је ступио на снагу 01. јануара 2006. године и који по нашем мишљењу није изазвао веће проблеме у пракси. Није било, после његовог усвајања, од стране стручне јавности већих примедби нити захтева за његовом изменом, осим што је било нужно језичко и граматичко усаглашавање са чињеницом да је дошло до распада заједнице Србија и Црна Гора, а што је и овим изменама и допунама и учињено. С друге стране, учестале су у јавности примедбе везане за "благу" казнену политику, што је био један од основних разлога и аргумената за измену и допуну Кривичног законика, па је то и једна од основних карактеристика усвојених измена и допуна – повећање запрећених казни, тј. извршена је јаснија диференцијација појединих кривичних дела према њиховој тежини. С тим у вези за поједина кривична дела искључена је могућност примене института тзв. "судског ублажавања", поштрени су услови за примену института "дело малог значаја" уводи се институт тзв. кућног затвора за изречене казне затвора до једне године и тако даље. У већини нових решења законодавац је посебно водио рачуна да се путем законских решења утиче на судску праксу, пре свега у области тзв. казнене политике.

У даљем тексту покушаћемо, најкраће, да изнесемо по главама Кривичног законика (КЗ) да ли је било и каквих измена и допуна:

Систематика Општег дела Кривичног законика није претрпела озбиљније измене, па тако:

- **Глава I** КЗ и даље регулише основна начела кривичног права: законитост, кривицу и легитимност, и ту није било никаквих измена и допуна;

- **Глава II** КЗ садржи одредбе које регулишу питање важења кривичног законодавства Републике Србије и измене се односе на језичко и граматичко прецизирање, с обзиром на чињеницу распада заједнице Србија и Црна Гора и с тим у вези измена и термина "екстрадициони" у термин "изручење".

Важно је поменути да је члан 12. КЗ измењен и сада се односи и регулише, а тако и гласи: "одговорност правних лица". Међутим, није јасно зашто је то сврстано у ову Главу, посебно што је одређено да "одговорност правних лица за кривична дела, као и санкције правних лица за кривична дела уређују се посебним законом". Тиме, је по нашем мишљењу, на изванредан начин одступљено од принципа који је постојао код усвајања Кривичног законика, а наиме, тежило се да Кривични законик на целовит начин регулише кривичноправну материју, осим мањег броја кривичних дела које и даље треба задржати у оквиру казних одредби појединих закона који регулишу неке друге области, а ради се о мање значајним кривичним делима или оним који су нераскидиво везани за материју коју ти закони регулишу, или пак о онима који су подложни честим изменама, те их стога није оправдано уносити у Кривични законик.

- У **Глави III** КЗ која регулише институте који се односе на кривично дело, није било значајнијих измена, осим што су поштрени услови за примену института "дело малог значаја" где је као објективни услов предвиђено да се исти може применити на кривична дела за која је прописана казна затвора до пет година, уз задржавање новчане казне. Међутим, пракса је показала да од примене новог Кривичног законика овај институт готово да није ни примењиван и са блажим условима, па је нејасно на основу којих мерила и разлога је дошло до ове измене.

Следеће и можда најобимније измене у Општем делу Кривичног законика односе се на кривичне санкције и то:

- У **Глави IV** КЗ која регулише казне, већ члан 44. се мења тако да се више рад у јавном интересу не може изрећи само као главна казна (став 1) већ се може изрећи и као главна и као споредна казна (став 2). Ово је, по нашем мишљењу, позитивна промена у назначеном смислу и омогући-

ће ширу примену ове врсте казне, јер је створена могућност њеног изрицања и као споредне казне.

Члан 45. КЗ – казна затвора - је измењен додавањем нових ставова пет до осам којима је регулисана могућност да се осуђеном којем је изречена казна затвора до једне године одреди одлуком суда да се та казна изврши на тај начин што осуђени не сме напуштати просторије у којима станује, осим у случајевима прописаним законом који уређује извршење кривичних санкција (став 5) – тзв. кућни затвор. Ставом 6. су одређени услови, под којима суд одређује да ће осуђени остатак казне затвора издржати у затвору, тј. ако осуђени једном у трајању од 12 часова или два пута у трајању до 6 часова, самовољно напусти просторије у којима станује. У ставу 7. предвиђено је да ће при одређивању извршења казне затвора на овај начин, између осталог се водити рачуна о техничким могућностима, а став 8. прописује забрану извршења казне затвора на овај начин, осуђеном за кривична дела против брака и породице који живи са оштећеним у истом породичном домаћинству.

Мишљења смо да увођење оваквог начина извршења казне затвора је веома позитивно и хумано, јер је и пракса показала да казне затвора до једне године и њихово издржавање у пеналним условима није дало значајније ефекте на плану преваспитавања осуђених, а с друге стране због краткоће њиховог трајања, кратки су и рокови застарелости, тако да је највећи број застарелих казни управо оних изречених до једне године. Овакав начин издржавања казне ће свакако позитивно утицати и на осуђење да исту не избегавају, а тиме ће се и смањити број застарелих извршења казни.

- Члан 46. КЗ - условни отпуст - је измењен пре свега у погледу објективног услова, тако да уместо половине издржане казне, тај услов сада износи 2/3 издржане казне, чиме су пооштрени услови за само стицање права на условни отпуст. Мишљења смо да је непотребно додавање у ставу 1. реченице као негативног утврђења, која гласи: "не може се условно отпустити осуђени који је покушао бекство или је побегао из Завода за извршење казне у току издржавања казне", јер у судској пракси није запамћен случај да је неком осуђеном усвојена молба за условни отпуст, а да се он понашао на описани начин у затвору, поготову да се у моменту одлучивања по молби налази у бекству.

Такође, додат је и нови став 2. којим је одређено да суд у одлуци о условном отпусту може одредити да осуђени и испуни обавезе предвиђе-

не кривичноправним одредбама. Међутим, није одређено о којим обавезама се ради, а на овај начин се мења и правноснажна пресуда и уводи нов услов за условни отпуст.

Такође, пооштрени су услови за опозивање условног отпуста (члан 47. КЗ) тако да досадашња граница изречених или запређених казни за извршена кривична дела осуђеног на условном отпусту се смањује са једне године на шет месеци, а условни отпуст ће се опозвати и у складу са претходним изменама и у случају неиспуњења обавеза одређених у одлуци о условном отпусту.

Код казне – одузимање возачке дозволе - члан 53. КЗ проширен је њен обим примене, тако да се може изрећи као главна казна и за кривична дела за која је прописана и новчана казна.

- У члану 57. КЗ – границе ублажавања казне - значајне су измене и допуне, тако да су попете доње границе могућности ублажавања, а за поједина кривична дела та могућност је искључена, као и за учиниоца који је раније осуђиван за исто кривично дело. Све ове измене и допуне су таксативно набројане у члану 11. Закона о изменама и допунама Кривичног законика, а које се односе на члан 57. КЗ, па је непотребно све те измене и допуне набрајати и тиме оптерећивати овај реферат, јер се ради о изменама и допунама које су у свакодневној примени и морају бити пажљиво проучене, а посебно код којих кривичних дела је искључена примена овог института и у којим случајевима.

- У члану 58. КЗ – ослобађање од казне – уведен је нов став 3. и нов основ ослобађања од казне, ако учинилац кривичног дела за које је прописана казна затвора до пет година "после извршеног кривичног дела, а пре него што је сазнао да је откривен, отклони последице дела или надокнади штету проузроковану кривичним делом". На овај начин је, на изванредан начин проширен институт добровољног одустанка, а у вези са овом изменом, као даља логична последица избрисан је став 2. члана 59. - поравнање учиниоца и оштећеног под условима из става 2. члана 59. КЗ.

И код продуженог кривичног дела – члан 61. КЗ унете су измене и допуне, па тако у ставу 6. се бришу речи: "већ буде откривено накнадно", чиме су по нашем мишљењу разрешене дилеме у судској пракси о судбини кривичних дела која нису ушла у састав продуженог кривичног дела, тј. да се ради о самосталном, посебном, новом кривичном делу или улази у састав по-

себног, дакле, новог продуженог кривичног дела. Такође, додати су нови ставови 7. и 8. који предвиђају могућност, услове и границе поштравања казне код продуженог кривичног дела и тиме се стварају услови да извршиоци продужених кривичних дела буду строжије кажњени и донекле изједначени са извршиоцима кривичних дела у стицају, а самим тим и у складу са степеном њихове кривице, а што је у најмању руку праведно.

- У **Глави V** КЗ која се односи на мере упозорења, измене и допуне се односе на чињеницу да је пре свега поштрени објективан услов за изрицање условне осуде - члан 66. КЗ, тако да је прописано да се условна осуда може изрећи "када је учиниоцу утврђена казна затвора у трајању мањем од две године", уместо до сада утврђене казне затвора до две године. Следствено томе идентична је измена и у члану 67. став 2. КЗ – код опозивање условне осуде због новог кривичног дела. Такође, код рокова за опозивања условне осуде - члан 70. КЗ додат је још један рок који регулише опозивање условне осуде због раније извршеног кривичног дела - члан 68. КЗ који износи најкасније једна година од дана када је протекло време проверавања, чиме је допуњен члан 68. КЗ који није регулисао ту процесну ситуацију.

- У **Глави VI** КЗ која регулише мере безбедности у члану 79. – мере безбедности, установљена је још једна мера безбедности - "забрана приближавања и комуникација са оштећеним" и с тим у вези у члану 80. КЗ – изрицање мере безбедности - додат је нови став 6. који регулише услове изрицања ове мере безбедности, и даље нови члан 89. који регулише садржину ове мере и дужину њеног трајања.

Код мере безбедности одузимања предмета из члана 87. КЗ извршена је измена у смислу да су дотадашњи ставови 1. и 2. прекомпоновани на другачији начин, и по нашем мишљењу, прецизније дефинисани тако да њихова примена с обзиром на јасноћу неће остављати дилему, када, који предмети и под којим условима се одузимају.

Код одузимања имовинске користи – **Глава VII** КЗ у члану 92. КЗ – услов и начин одузимања - проширен је начин одузимања прибављене имовинске користи, тако да је предвиђено да ће се учинилац обавезати да: "преда у замену другу имовинску корист која одговара вредности имовине прибављене извршењем кривичног дела или проистекле из кривичног дела" – став 1, а у ставу 2. је прецизно дефинисан круг лица од кога се од-

узима имовинска корист, тј. да ће се иста одузети и од "правног или физчког" лица.

- У **Глави VIII** КЗ - правне последице осуде није било измена и допуна, док је у **Глави IX** КЗ у члану 102. - садржај и давање података из казнене евиденције - поред термилошког усклађивања у ставу 2. извршена допуна и проширен круг органа и институција коме се све могу дати подаци из казнене евиденције, па је тако предвиђено да "подаци из казнене евиденције могу се дати и другим државним органима који су надлежни за откривање и спречавање извршења кривичних дела, када је то посебним законом прописано", а у ставу 5. избрисане су речи: "само ако су им потребни ради остваривања њихових права", тако да сада грађани свој разлог тражења података из казнене евиденције не морају посебно образлагати. Значајна је и допуна овог члана новим ставом 6. који глави: "подаци о брисаној осуди не могу се ником дати", па дакле, суд те податке о брисаној осуди неће добити, нити моћи да користи код одмеравања кривичних санкција.

- У **Глави X** која се односи на застарелост и **Глави XI** КЗ, амнестија и помиловање није било измена и допуна, док је у **Глави XII** КЗ значење израза - извршен читав низ измена и допуна таксативно набројаних у члану 25. Закона о изменама и допунама Кривичног законика где је прецизно одређено значење и тумачење израза и појмова који се користе у Кривичном законнику. Ради се о законском – аутентичном тумачењу израза и појмова што би требало да допринесе исправном тумачењу и примени Кривичног законика са постојећим изменама и допунама и тако открене евентуалне дилеме у њиховој примени, а с обзиром на бројност измена и допуна, мишљења смо да их је непотребно сада све таксативно набројати и тиме непотребно оптерећивати овај реферат.

Основана карактеристика измена и допуна Посебног дела Кривичног законика, поред граматичког и термилошког прецизирања, из наведених разлога, је измена или увођење нових инкриминација код постојећих кривичних дела, прописивање нових кривичних дела и повећање казни код бројних постојећих кривичних дела без дирања у њихове инкриминације. Готово је немогуће све те измене обухватити, без ризика да овај реферат не буде преопширан, па ћемо овом приликом скренути пажњу само на, по нашем мишљењу, најважније измене и допуне.

Основна карактеристика измена и допуна Кривичног законика код кривичних дела против живота и тела из **Главе XIII** КЗ састоји се у томе

што је проширен круг лица којима се пружа кривичноправна заштита и с тим у вези уведене су и нове инкриминације, па тако:

- У члану 114. – тешко убиство - додате су нове тачке 7. и 8. које гласе:

7) ко лиши живота судију, јавног тужиоца, заменика јавног тужиоца или полицијског службеника у вези са вршењем службене дужности;

8) ко лиши живота лице које обавља послове од јавног значаја у вези са пословима које то лице обавља.

И по Кривичном законнику кривичноправну заштиту у тачки 6. члана 114. - тешко убиство - имали су судије, јавни тужиоци, заменици јавног тужиоца или полицијски службеници, али та кривичноправна заштита се односила само на лишење живота ових лица при вршењу службене дужности, а садашњим изменама и допунама делокруг кривичноправне заштите ових лица је проширен и на област која се односи "у вези са вршењем службене дужности". Као што је речено проширен је круг лица којим је пружена кривичноправна заштита, и она се овим изменама пружа и лицима која обављају послове од јавног значаја, а послове од јавног значаја у смислу члана 25. Закона о изменама Кривичног законика којим је допуњен члан 112. КЗ ставом 32. који гласи: "послом од јавног значаја сматра се обављање професије или дужности која има повећани ризик за безбедност лица које га обавља, а односи се на занимања која су од значаја за јавно информисање, здравље људи, образовање, јавни превоз, правну и стручну помоћ пред судским и другим државним органима". Дакле, интенција законодавца је била да се овим изменама и допунама не само прошири делокруг пружања кривичноправне заштите службених лица, не само при вршењу службене дужности већ и у вези службене дужности, већ је цитираном тачком 8. проширен и делокруг лица и кривичноправна заштита се односи на лица која обављају послове од јавног значаја, а што је све у складу и са захтевима јавности. Наиме, у протеклом периоду били смо сведоци вршења кривичних дела на штету лица који обављају послове од јавног значаја и којима на адекватан начин није била пружена кривичноправна заштита, па је овим изменама и допунама то исправљено, а у циљу не само повећане њихове кривичноправне заштите већ и у циљу превенције и јачања дисциплине грађана.

Такође, извршена је измена и у досадашњој тачки 9. члана 114. КЗ која садашњим изменама постаје тачка 11. тако да су речи: "убиство из самилости" замењене речима: "лишење живота из самилости" што је исправно термилошко усклађивање са чланом 117. који носи наслов "лишење живота из самилости".

Следствено напред реченом и у члану 121. КЗ – тешка телесна повреда извршена је измена тако што је додат нови став 6. којим је пружена кривичноправна заштита малолетном лицу, бременитој жени или лицу које обавља послове од јавног значаја и ова нова инкриминација садржи и казне које су оправдано строжије у односу на постојеће. Тиме је остварена интенција да се наведеним лицима пружи већа кривичноправна заштита.

У члану 124. КЗ - угрожавање опасним оруђем при тучи и свађи, додата је нова инкриминација која гласи:

(2) ко се при тучи или свађи маши ватреног оружја – казниће се затвором од две године и новчаном казном, чиме је законодавац појачао степен кривице лица, тј. учиниоца које се при тучи или свађи маши ватреног оружја.

И у члану 125. КЗ - изазивање опасности додат је нов став, нова инкриминација која се односи на заштиту малолетног лица или бремените жене, а члан 127. КЗ – непружање помоћи - измењен је утолико што су поштрене казне за сва три става овог кривичног дела.

Код кривичних дела из **Главе XIV** КЗ - кривичних дела против слободе и права човека и грађанина, пре свега извршено термилошко усаглашавање тако да је одговарајућим члановима избрисане речи СЦГ и замењене речју: "Србија" у одговарајућим падежима.

Код кривичног дела отмице из члана 134. КЗ у ставу 1. поштрена је казна која се односи на минимум, а додат је и нови став 5. уколико је ово кривично дело извршено од стране организоване криминалне групе учинилац ће се казнити затвором од најмање пет година, а таква измена је и код кривичног дела принуде из члана 135. КЗ, чиме законодавац даје прави значај оваквом начину извршења који је у складу са степеном кривице учинилаца.

Код кривичног дела из члана 138. КЗ угрожавање сигурности, поред повећања казни додат је и нови став чиме је проширен круг лица којима се пружа кривичноправна заштита радњама извршења овог кривичног

дела по коме ту заштиту уживају председник Републике, народни посланик, председник Владе, чланови Владе, судије Уставног суда, судије, јавни тужиоци, заменици јавног тужиоца и лица која обављају послове од јавног значаја у области информисања у вези са пословима које обављају. Када је кривично дело извршено према овим лицима предвиђена је казна затвора у трајању од једне до осам година.

Остале измене из ове Главе односе се на повећање казне и одређена термилошка усклађивања, па их је непотребно сада износити.

Код кривичних дела против изборних права **Глава XV** КЗ кривичних дела против права по основу рада - **Глава XVI** КЗ; кривичних дела против части и угледа - **Глава XVII** КЗ није било значајнијих измена и допуна, осим као што је речено термилошког усклађивања и повећања запрећених казни.

Код кривичних дела против части и угледа - **Глава XVII** КЗ значајно је поменути измену члана 174. који се сада мења и гласи: "повреда угледа због расне, верске, националне или друге припадности", а инкриминација гласи: ко јавно изложи порузи лице, или групу због припадности одређеној раси, боји коже, вери, националности, етничког порекла или неког другог личног својства, казниће се новчаном казном или затвором до једне године". Очигледно је да је сада шири дијапазон заштите лица или групе, а што је све у складу са савременим тенденцијама у међународном праву и прихваћених међународних конвенција из ове области.

Код кривичних дела против полне слободе - **Глава XVIII** КЗ најзначајније измене се састоје у томе што су код готово свих кривичних дела казне повећане, а извршена су и одређена термилошка усклађивања тако да у члановима где се помиње реч: "дете" у одговарајућим падежима, та реч замењује речју: "малолетно лице" такође у одговарајућим падежима. Оно што је нужно поменути је да су после члана 185. додата два нова члана 185-а. и 185-б, тако да овај први гласи: "навођење малолетног лица на присуствовање полним радњама", а став 2. овог члана се односи ако је та радња извршена употребом силе или претње или према детету. Сам назив овог члана говори о радњи извршења и заштитном објекту. Друго ново кривично дело носи наслов: "искоришћавање рачунарске мреже или комуникације другим техничким средствима за извршење кривичних дела против полне слободе према малолетном лицу", а радња извршења је да ко у намери извршења кривичних дела из члана 178. став 4, 189. став 3,

180. став 1. и 2, 181. став 2. и 3, 182. став 1, 183. став 2, 184. став 3, 185. став 2. и 185-а овог Законика, користећи рачунарску мрежу или комуникацију другим техничким средствима договори са малолетником састанак и појави се на договорном месту ради састанка, а у ставу 2. је предвиђена инкриминација ако је наведена радња извршена према детету, наравно са одговарајућим казнама.

Увођење ових кривичних дела је у свему у складу са међународним тенденцијама заштите полних слобода пре свега малолетних лица и деце, као и њихова заштита од злоупотреба рачунарских мрежа, комуникација или других техничких средстава.

Код кривичних дела против брака и породице - **Глава XIX** КЗ, поред повећања казни нужно је поменути да су избрисани досадашњи чланови 188. и 189. који се односе на кривично дело закључење ништавог брака и кривично дело омогућавање закључења недозвољеног брака, док код кривичних дела против интелектуалне својине из **Главе XX** КЗ није било значајнијих измена осим повећања казни код одређених кривичних дела и извесних термиолошких усклађивања.

Код кривичних дела против имовине - **Глава XXI** КЗ поред наведених измена, које карактеришу готово сваку главу Кривичног законика (термиолошка и граматичка усклађивања и повећање казни) значајно је поменути да је код кривичног дела крађе из члана 204. проширен заштитни објект, тако да се сада штите и станови, а проширен је и начин извршења савлађивања препрека тако да је тај члан допуњен и речима "савлађивањем механичких, електронских и других". Такође, код ових кривичних дела где се као извршиоци јављају више лица, тај термин је замењен речју у одговарајућем падежу "група", а такође код тих кривичних дела где се помињу ови термини додати су и нови ставови уколико је кривично дело извршено од стране организоване криминалне групе са одговарајућим казнама. Карактеристично је да је код појединих кривичних дела као што је кривично дело превара, поред повећања казни сада поред казне затвора прописана и новчана казна, а имајући у виду различите облике превара, додат је нов члан 208-а. који гласи: "превара у осигурању" где је детаљно разрађена радња извршења учиниоца, и начин довођења у заблуду или одржавања у заблуди, а у вези са осигурањем. Овај члан има четири става у зависности од намере и од висине прибављене имовине користи.

Такође додата су и два нова члана 219-а, "грађење без грађевинске дозволе" и 219-б, "прикључење објекта који је изграђен без грађевинске дозволе", која кривична дела су преузета из споредног кривичног законодавства, тј. из одговарајућег Закона о градњи и сами називи ових кривичних дела говоре о извршиоцу и радњи извршења, као и заштитном објекту.

Значајно је поменути и измену код кривичног дела прикривање – члан 221. КЗ где је додат нови став 3. који гласи: "ко у намери да себи или другом прибави противправну имовинску корист, захтева накнаду за повраћај ствари за које зна или је могао или био дужан да зна да су прибављене кривичним делом, уколико тиме нису остварена обележја неког другог кривичног дела, казниће се новчаном казном или затвором од две године". На овај начин покривена је широка зона деловања учиниоца кривичних дела на овај начин, која је доста распрострањена и чији смо сведоци, а сам текст члана тј. става довољно говори о радњи извршења и свим битним елементима кривичног дела у питању.

Такође, у овој Глави додат је и нови члан 221-а. који гласи: "неовлашћено изношење културног добра у иностранству" и сам назив говори о радњи извршења, нужно је да се не поседује претходно одобрење надлежног органа, а квалификовани облик се односи на културно добро од изузетног или великог значаја. Основна карактеристика Измена и допуна Кривичног законика код кривичних дела против привреде из **Главе XXII** КЗ је да је поред повећања запређених казни код већине кривичних дела поред запређене казне затвора предвиђена и новчана казна, а уведено је ново кривично дело из члана 229-а. које гласи: "неуплаћивање пореза по одбитку" и сам наслов говори о извршиоцима, начину извршења, а овај члан има више ставова у зависности од износа обрачунатог, а неуплаћеног пореза, а предвиђено је и изрицање мере безбедности забране вршења позива, делатности и дужности у трајању од једне до пет година.

Код кривичних дела против здравља људи – **Глава XXIII** КЗ значајно је поменути измене и допуне које се односе на досадашње кривично дело неовлашћена производња, држање и стављање у промет опојних дрога из члана 246. КЗ. Оно што се, по нашем мишљењу уочава је да је овај члан измењен, допуњен и прекомпонован тако да сада имамо два члана, члан 246. и члан 246-а, а слична је ситуација и са кривичним делом из члана 247. КЗ – омогућавање уживања опојних дрога.

Наиме, у наслову члана 246. КЗ избрисане су речи: "држање", повећане су казне, а досадашњи ставови 2. до 4. се мењају и гласе:

(2) ко неовлашћено узгаја мак или психоактивну конопљу или друге биљке из којих се добија опојна дрога и које саме садрже опојну дрогу, казниће се затвором од шест месеци до пет година;

(3) ако је дело из става 1. овог члана извршено од стране групе, или учинилац овог дела организовао мрежу препродаваца или посредника, учиниоци ће се казнити затвором од пет до петнаест година;

(4) ако је дело из става 1. овог члана извршено од стране организоване криминалне групе учинилац ће се казнити затвором од најмање 10 година.

Додат је нов члан 246-а, који гласи: "неовлашћено држање опојних дрога", а инкриминација се састоји у следећем:

(1) ко неовлашћено држи у мањој количини за сопствену употребу супстанце или препарате који су проглашени за опојне дроге, казниће се новчаном казном или затвором до три године, а може се ослободити од казне;

(2) учинилац дела из става 1. овог члана који открије од кога набавља опојну дрогу може се ослободити од казне;

(3) опојне дроге одузеће се

Дакле, може се рећи да наведене измене нису неког суштинског значаја и неударују од досадашње судске праксе, а код члана 247. – омогућавање уживања опојних дрога додати су нови ставови који гласе:

(3) ако је услед извршења дела из става 1. овог члана наступила смрт неког лица, учинилац ће се казнити казном затвора од три до петнаест година;

(4) за дело из ст. 1. и 2. овог члана неће се казнити здравствени радник који у оквиру пружања медицинске помоћи омогућава употребу опојних дрога.

Што се тиче новог става 3. по нашем мишљењу ова инкриминација је била предвиђена и у досадашњем Кривичном законнику под термином "нарочито тешке последице", али је очигледно да је законодавац хтео да поштри одговорност учиниоца у случају наступања смрти неког лица, што је сасвим оправдано и разумљиво, а што се тиче новог става 4. и нове

инкриминације, може се рећи да до сада у судској пракси није забележен случај да је за овако конципирану радњу одговарао здравствени радник, јер се иста односи да је извршена у оквиру пружања медицинске помоћи.

Остале измене које се односе на ову Главу Кривичног законика у суштини се свODE на повећање запрећених казни, а код појединих кривичних дела придодата је и новчана казна. Таква је ситуација и у **Глави XXIV** КЗ - кривична дела против животне средине, с тим што је промeњен назив члана 269. - убијање и мучење животиња – тако да је реч: "мучење" замењена речју "злостављање" и с тим у вези измењен је став 1. јер је придодата инкриминација или на други начин злоставља животињу. Поред тога додати нови став који гласи: "(3) ко из користољубља организује, финансира или је домаћин борбе између животиња исте или различите врсте или ко организује или учествује у клађењу на оваквим борбама казниће се затвором од три месеца до три године и новчаном казном". Очигледно је да је ова инкриминација унета у циљу спречавања ове распрострањене појаве, а ради заштите животиња што је све у складу са одговарајућим међународним конвенцијама из ове области.

Код кривичних дела против опште сигурности људи и имовине - **Глава XXV** КЗ поред повећања запрећених казни за поједина кривична дела је предвиђена и новчана казна поред казне затвора, а у основном кривичном делу изазивање опште опасности члан 278. КЗ додат је нови став који се односи на употребу ватреног оружја при извршењу основног облика овог кривичног дела и запрећена је казна затвора од две до десет година. Овом допуном законодавац је очигледно ишао за тим да појача одговорност извршиоца овог кривичног дела на овај начин - употребом ватреног оружја.

Код кривичних дела против безбедности јавног саобраћаја – **Глава XXVI** КЗ није било значајнијих измена осим повећања запрећених казни код кривичног дела из члана 291. – угрожавање безбедности ваздушног саобраћаја и кривичног дела непружање помоћи лицу повређеном у саобраћајној незгоди – члан 296. КЗ.

У **Глави XXVII** КЗ - кривична дела против безбедности рачунарских података није било значајнијих измена осим што је додат члан 304-а. који гласи: "прављене, набављање и давање другом средстава за извршење кривичних дела против безбедности рачунарских података", и сам назив овог кривичног дела довољно говори о радњи извршења и намери извршиоца, а предвиђено је да се предмети извршења овог кривичног дела одузму.

Што се тиче **Главе XXVIII** КЗ с обзиром на престанак заједнице Србија и Црна Гора измењен је и сам њен назив као и одговарајући чланови и текстови из ове Главе тако да су избрисане речи: "и ЦГ", затим код готово свих чланова повећане запрећене казне, а код кривичних дела где се помињу "удружење лица, удружење организовано, и слично" замењује речима: "група или организована криминална група". С обзиром на предње измењен је и назив члана 310. КЗ тако да сада исти гласи убиство представника највиших државних органа" и с тим у вези радња извршења је прилагођена тако да се овом инкриминацијом штите представници највиших државних органа који су таксативно набројани, а нужно је поменути и измену код кривичног дела из члана 321. КЗ које сада носи назив "тешка дела против уставног уређења и безбедности Србије" где је у ставу 3. предвиђена казна за извршење набројаних кривичних дела и за које време, с тим што су у изменама избрисане речи: "непосредне ратне опасности".

Код кривичних дела против државних органа из **Главе XXIX** КЗ нужно је поменути да код кривичних дела спречавање службеног лица у вршењу службене радње из члана 322. КЗ и кривичног дела напад на службено лице у вршењу службене дужности из члана 323. КЗ у одговарајућим ставовима избрисане су речи: "судији или јавном тужиоцу при вршењу њихове судијске, односно тужилачке дужности или" тако да поменута лица као заштитни објект нису таксативно набројана. Вероватно је законодавац мислио да је довољна заштита и ових лица као службених лица, који заштитни објект је остао код ових кривичних дела.

Такође у вези ове Главе измене се састоје и у томе је избрисан члан 325. - позивање на отпор.

Код кривичних дела против правосуђа **Глава XXX** КЗ, поред повећања запрећених казни, измењене су и поједине инкриминације као што је то случај код кривичног дела из члана 332. став 2. КЗ – непријављивање кривичног дела и учиниоца и кривичног дела, лажно пријављивање из члана 334. став 2. КЗ, а код појединих кривичних дела који су таксативно набројани у Закону о изменама и допунама Кривичног законика поред повећања запрећених казни затвора предвиђено је и обавезно изрицање новчаних казни. Такође, код кривичног дела спречавање и ометање доказивања из члана 336. КЗ извршена је измена у смислу да је проширен круг лица према коме се примењује сила или претња у одређеној намери, јер је из досадашњег Кривичног законика изостављена реч која се односила на

сведока или вештака, или другог учесника у поступку, па дакле, сила или претња и друге радње извршења из наведеног члана могу бити управљене према неодређеном броју лица, а у наведеној намери, а такође у ставу 2. више није нужно да се ради о туђој исправи, што значи да у циљу и намери спречавања ометања и доказивања може бити уништена и учињена неупотребљивом и сопствена исправа тј. исправа учиниоца.

Значајна новина је додавањем нових чланова - 336-а "недозвољено јавно коментарисање судских поступака" и члан 336-б. - "ометање правде". Увођењем овог новог кривичног дела појачана је заштита претпоставке невиности и независности суда, а ово друго кривично дело – ометање правде односи се на позивање на отпор или на неизвршење судских одлука или на други начин ометање вођења судског поступка, или ко увредом, силом, претњом или на други начин омета или спречи судију или јавног тужиоца, или заменика јавног тужиоца у вршењу судијске или тужилачке дужности, а предвиђени су и квалификовани облици овог кривичног дела уколико је нанета лака телесна повреда или се прети употребом оружја – став 3, а у ставу 4. ако је нанета тешка телесна повреда.

У назначеном смислу је и измена члана 340. – неизвршење судске одлуке где је сада предвиђено да се учинилац може ослободити од казне, а не уколико се изврши судска одлука да се гоњење неће предузети, а ако је предузето обуставиће се и на овај начин поред увођења напред наведено два кривична дела пружа се јача и целисходнија заштита целокупном заштитном објекту из ове Главе.

Код кривичних дела против јавног реда и мира **Глава XXXI КЗ** значајна је новина увођење новог члана 344-а. који гласи: "насилничко понашање на спортској приредби" где су таксативно набројане у ставу 1. радње извршења, а у осталим ставовима су квалификаторне околности, ако је извршено од стране групе, како се кажњава коловођа групе, ако је неком лицу нанета тешка телесна повреда или оштећена имовина веће вредности, а издвојена је и одговорност одговорног лица које при организовању спортске приредбе не предузме мере обезбеђења како би се онемогућио или спречио неред, па услед тога буду угрожени животи или тела већег броја људи или имовина веће вредности. Ово кривично дело је с правом унето у Кривични законик и исто је преузето из Закона о спречавању насиља и недоличног понашања на спортским приредбама – члан 20. тог закона.

Такође и члан 346. – кривично дело злочиначко удруживање сада носи назив: "удруживање ради вршења кривичних дела" где је инкриминација детаљно наведена у 7 ставова у односу на циљеве, за која кривична дела се организује група, одговорност организатора и слично.

Према изменама и допунама Кривичног законика избрисан је члан 347. став 2. који се односи на кривично дело израђивање и набављање оружја и средстава намењених за извршење кривичног дела, а измењен је и досадашњи члан 348. – кривично дело недозвољено држање оружја и експлозивних материја. Сада назив тог члана и кривичног дела гласи: "недозвољена производња, држање, ношење и промет оружја и експлозивних материја" и став 1. се мења и сада гласи: "ко неовлашћено израђује, продаје, набавља, врши размену или држи ватрено оружје, његове делове, муницију или експлозивне материје казниће се затвором од три месеца до три године и новчаном казном". Дакле, уводи се и нова инкриминација која се односи и на делове ватреног оружја, а у ставу 2. је измена што је избрисана реч: "ношење", а учинилац дела из става 2. ће се казнити и новчаном казном. Такође у ставу 3. допуњена је инкриминација речима, по нама мало нејасно: "или се дело врши противно правилима међународног права". Такође овом члану је додат нов став који се односи на неовлашћено ношење предмета дела из ст. 1. и 2. овог члана, а учинилац тог дела ће се казнити затвором од две до дванаест година. Ово је логична последица чињенице да је из става 2. радња ношења избрисана и сада је постала самостална инкриминација са новом далеко већом казном. Интенција законодавца је била да превентивно делује на извршиоце ових кривичних дела, а да се извршиоци строжије казне када неовлашћено носе предмете извршења кривичног дела, што је сасвим оправдано и у складу са захтевима јавности.

Уведено је ново кривично дело – члан 353-а. које гласи: "неовлашћено извођење археолошких радова", и сам назив говори о радњи извршења овог кривичног дела, а предвиђен је и кфалификовани облик у ставу 2. који се односи на локацију радње извршења, употребљена средства и слично.

Код кривичних дела против службене дужности **Глава XXXIII КЗ** стоји читав низ измена које се односе не само на повећање запређених казни, па ћемо овом приликом указати само на оне, које су по нашем мишљењу, најзначајније за судску праксу.

Тако, већ код кривичног дела злоупотреба службеног положаја из члана 359. КЗ већ у првом ставу додају се и речи одговорно, па је с тим у

вези и брисан став 4, али битно је рећи најзначајнију измену која се односи на чињеницу везану за прибављање користи и коме се иста прибавља, па су сада додате речи "физичком или правном лицу", а оваквом изменом, по нашем мишљењу разрешена дилема у судској пракси се поново уводи, јер прибављена имовинска корист правном лицу фигурира и код кривичног дела злоупотреба овлашћења у привреди из члана 238. КЗ.

Код кривичног дела кршење закона од стране судије, јавног тужиоца и његовог заменика из члана 360. КЗ додати су нови ставови 2, и 3. који се односе на износ прибављене имовинске користи и с тим у вези су прописане одговарајуће казне, а додат је нов члан 362-а. који гласи: "ненаменско коришћење буџетских средстава" које говори о одговорности одговорног лица корисника буџетских средстава или одговорног лица у организацији обавезног социјалног осигурања, а које оствари обавезе или на терет рачуна буџета одобри плаћање расхода, издатака преко износа од 1.000.000,00 динара у односу на износ утврђен буџетом, финансијским планом или актом Владе којим се утврђује износ средстава позајмице. За ово кривично дело прописана је новчана казна или затвор до једне године.

Такође измењен је и члан 366. – кривично дело противзаконито посредовање, тако да се сада то кривично дело зове "трговина утицајем" радња извршења и извршиоци су исти као код старог кривичног дела с тим што су казне повећане. Извршене су измене и код кривичног дела примање мита из члана 367. КЗ која се односе на радњу извршења тако што су додате речи: "непосредно или посредно", а односи се на захтевање или примање поклона или друге користи. Слична је измена и код кривичног дела давања мита из члана 368. КЗ тако што су додате речи: "или другом" па дакле и овде се уводи "посредно" давање мита преко других лица, а не непосредно како је била радња извршења у досадашњем Кривичном закону, а та корист која се даје мора се давати за "службено лице", што је такође додато у инкриминацију наведеног члана.

Код кривичних дела против човечности и других добара заштићених међународним правом - **Глава XXXIV** КЗ најзначајнија измена, односно допуна је увођење новог члана 384-а. који гласи: "кршење санкција уведених од стране међународних организација" и сама инкриминација тј. њен назив довољно говори о радњи извршења овог кривичног дела и поступању супротно одређеним забранама међународних организација, а квалификаторна околност овог кривичног дела је уколико је извршењем

основног кривичног дела наступила материјална штета за Србију или су наступиле штетне последице по углед и интересе Србије.

Такође код кривичног дела расна и друга дискриминација из члана 387. КЗ употпуњена је инкриминација, тако да је сада поред осталог наведено да се дискриминација врши и на основу разлике у верској припадности, а додати су и нови ставови 4. и 5. који се односе на радњу учињену тако што се шири или на други начин учини јавно доступним текстови, слике или свако друго представљање идеја или теорије који заговарају или подстрекавају мржњу, дискриминацију или насиље, или ко јавно прети да ће по основу дискриминације извршити кривично дело за које је запрећена казна затвора већа од четири године затвора.

Извршене су измене и код кривичног дела трговина људима из члана 388. КЗ, осим што су повећане казне додати су и нови ставови, ако је дело извршено од стране организоване криминалне групе (став 7), ако учинилац зна или је могао знати да је лице жртва трговине људима, па искористи њен положај или другом омогући искористићавање њеног положаја ради експлоатације (став 8), и квалификаторна околност у ставу 9. ако је дело из претходног става учињено према лицу за које је учинилац знао или могао знати да је малолетно, док је у ставу 10. предвиђено и санкционисано да пристанак лица на експлоатацију или на успостављање ропског или њему сличног односа из основног облика кривичног дела, става 1, не утиче на постојање кривичног дела из става 1. 2. и 6. овог члана.

Извршена је измена и кривичног дела трговина децом ради усвојења из члана 389. КЗ тако да уместо речи: "децом" стоје речи: "малолетним лицима", па је с тим у вези извршена и измена у самом тексту инкриминације која се односи на старосну доб, тако да уместо 14 година сада стоји 16 година, а у ставу 2. квалификаторна околност је ако је дело извршено од стране групе, а не на организован начин од стране више лица како је било до сада. Такође, додата је квалификаторна околност у ставу 3., ако је основно дело из става 1. извршено од стране организоване криминалне групе, наравно са одговарајућим санкцијама.

Додат је нов члан 390-а. који ниси наслов: "угрожавање лица под међународном правном заштитом" који штити лице под међународном правном заштитом од насиља, напада на њене службене просторије, приватан стан или превозно средство, док су код кривичног дела међународни тероризам из члана 391. КЗ између осталог додати ставови 4. и 5. који

се односе на кажњавање припремања извршења овог кривичног дела - став 4, док је у ставу 5. наведено шта се сматра припремањем извршења овог кривичног дела. Код кривичног дела финансирање тероризма из члана 393. КЗ значајна је измена што је предвиђено да је одговоран и учинилац ко непосредно или посредно обезбеђује или прикупља средства намењена за потпуно или делимично финансирање вршења кривичних дела, а у ставу 2. је предвиђено кажњавање и за подстрекаче и помагаче.

Код кривичних дела против Војске Србије и Црне Горе – **Глава XXXV** КЗ извршена је измена што је како у наслову Главе тако и код свих кривичних дела избрисане речи: "и ЦГ", а код свих кривичних дела избрисан је термин: "непосредне ратне опасности" где се исти наводи и помиње.

На крају, уместо било каквог закључка, ваља рећи да циљ овог реферата није био да дâ комплетну анализу измена и допуна Кривичног законика, јер је за тако нешто потребна далеко дубља и шира анализа и више времена и простора, већ само укратко упознавање и указивање на измене и допуне које су по нашем мишљењу од значаја за судску праксу.

Драгиша Ђорђевић,
судија Врховног суда Србије

КАЗНЕНА ПОЛИТИКА СУДОВА – ПОЛИТИКА ИЗРИЦАЊА КРИВИЧНИХ САНКЦИЈА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Последњих неколико година у јавности преко средстава јавног информисања, а и на појединим скуповима приказује се казнена политика судова и њихов рад у целини крајње негативно, па се на тај начин свесно шири неповерење у рад судова с тим што се у оценама у негативном смислу иде толико далеко да се тврди да је судство у Републици Србији потпуно неспособно за обављање своје основне функције. У том контексту омаловажавања рада, пре свих, редовних судова (и то чак и од представника друге две власти законодавне и извршне) често се наводи да је казнена политика судова блага (мада она може бити адекватна или неадекватна, а не блага и строга) те да као таква погодује повећању криминалитета у Републици Србији. Овакве необјективне оцене казнене политике судова полазе пре свега од непотпуног сагледавања статистичких података, занемарујући принцип индивидуализације казне, затим од непотпуних истраживања (само за нека кривична дела и за поједине судове) а веома често се коментаришу појединачне чак и неправоснажне одлуке без осврта на чињенице и околности које су утицале на избор врсте и висине кривичне санкције, па се у склопу свега тога ствара слика о судству као неспособном, неажурном, корумпираном и благом у кажњавању.

Имајући све то у виду сматрао сам да је потребно за ово традиционално саветовање правника које увек окупља највећи број учесника колегица и колега, обрадити тему казнена политика судова у Републици Србији, с тим што ће се у реферату образложити који све елементи утичу на избор врсте и висину кривичне санкције, са освртом на поједина кривична дела (актуелна у овом периоду) и на крају покушати дати што објективнију оцену казнене политике судова, с тим што треба имати у виду да потпу-

на оцена казнене политике се може добити само једним свеобухватним истраживањем за одређени временски период од стране тима стручњака.

Казнена политика судова представља део криминалне политике у друштву коју сачињава још и пре свега, законодавна делатност, а затим делатност органа гоњења (полиција и тужилаштво), органа преваспитања и ресоцијализације и друго.

Један од најбитнијих делова криминалне политике је законодавна делатност која у односу према казненој политици судова стоји као опште према посебном.

Казна, некада једина данас је само једна али основна мера реаговања друштва - државе против извршилаца кривичних дела. Битан елемент у појму казне је и одређеност у закону. Начело законитости се односи и на прописивање казне и на њено изрицање, а што значи да се за кривична дела не може прописати казна ван система казни, а извршиоцу кривичног дела се може изрећи само она казна која је прописана у закону. Осим наведене карактеристике (законитост) казна има и друге опште карактеристике, да је лична, хумана и сразмерна.

У нашем Кривичном законнику Општи део IV и V Глава (чланови 33. до 77) дати су Општи услови за изрицање казни и меру упозорења, док су у Посебном делу за свако кривично дело прописане појединачне казне са или без законског минимума и са законским максимумом.

Судови приликом изрицања казни или мера упозорења учиниоцима кривичног дела ограничени су одредбама Законика и Општег и Посебног дела, а то значи да је законодавна делатност једна од најважнијих делова криминалне политике једног друштва и она практично у ширем смислу одређује и казнену политику судова.

У последње време присутна је велика активност у законодавној делатности (честе измене и допуне Кривичног законика и Законика о кривичном поступку), те се и сада налазе у скупштинској процедури предлози измене Кривичног законика у којима се инсистира на поштравању казни за поједина кривична дела, затим на искључивању института ублажавања казни за нека кривична дела, док се у ретким дискусијама могло чути да би требало чак искључити принцип индивидуализације казне за кривична дела у порасту и одредити апсолутне казне (овакво схватање је напуштено пре отприлике три века).

Овакве тенденције као и честе измене и допуне у кривичном законодавству могу по мом мишљењу негативно утицати на казнену политику судова из више разлога.

- У току 2003. године (за време ванредног стања) извршене су измене и допуне Кривичног законика Србије и драстично су повећане и казне затвора за поједина кривична дела, а у Законику о кривичном поступку су суспендована поједина права лицима осумњиченим за извршење кривичних дела. Након тога, у току 2005. године са ступањем на снагу 01.01.2006. године донет је нови Кривични законик у коме су за велики број кривичних дела ублажене прописане казне. Ове године како је већ указано у скупштинској процедури су поново измене и допуне Кривичног законика и Законика о кривичном поступку са предлозима као што је наведено о поновном поштравању казни за нека кривична дела као и суспендовању права окривљених и осуђених лица у коришћењу појединих института која су имали по важећим законцима.

Кривично законодавство једне државе по својој важности може се сврстати одмах иза уставног законодавства, па његове честе измене могу изазвати правну несигурност грађана и осећај да нису сви равноправни пред законом, док они који законе непосредно спроводе могу бити у дилеми око њихове примене, а то битно утиче на казнену политику судова, тј. на изрицање адекватне казне за извршиоце кривичних дела.

Што се тиче залагања појединаца за смањење распона између законског минимума и максимума код казни прописаних за поједина кривична дела или потпуно искључење принципа индивидуализације за нека кривична дела и увођење апсолутних казни, може се рећи да у том случају практично не би ни говорили о казненој политици судова јер би њихова слобода у одлучивању била сужена или потпуно искључена, а учиниоцима истих кривичних дела би биле изричане једнаке казне, без обзира на околности извршења, што би било не само неправедно, него грађани не би били једнаки пред законом, а то не би било нити је позитивно стремљење кривичног законодавства ни једне државе, па ни наше.

Из свих наведених разлога сматрам да велика активност у законодавној делатности без ширег консултовања стручне јавности (сем организовања појединих округлих столова) као и поједини предлози измене законика могу негативно утицати на казнену политику судова.

У оквиру криминалне политике државе законодавна делатност као што је указано стоји као опште према посебном у односу на казнену политику судова, па је зато потребно укратко се упознати, односно поновити већ познато под којим се условима изричу кривичне санкције учиниоцима кривичних дела.

Редовни судови првостепени и другостепени у вршењу своје делатности када утврде да су испуњене претпоставке за примену кривичне санкције (утврђена одговорност одређених лица за учињена кривична дела) исту могу изрећи:

- само у границама законом прописане казне за одређено кривично дело (одступања су дозвољена само када су остварени законски услови за ублажавање казне), поштујући општу сврху прописивања кривичних санкција и њиховог изрицања, која се пре свега огледа у сузбијању дела којима се повређују или угрожавају вредности заштићене кривичним законодавством (члан 4. став 2. Кривичног законика);

- надаље поштујући и одредбе члана 42. Законика, јер казна не представља само одмазду као сврху кажњавања, тј. да је сама себи циљ (одавно напуштена схватања, а у задње време поново оживљавају), већ би требало да је иста средство у борби против криминалитета у друштву, с тим што се приликом њеног одмеравања мора водити рачуна о генералној (утицање на друге да не чине кривична дела и изражавање друштвене осуде за кривично дело, јачање морала и учвршћивање обавезе поштовања закона) и специјалној превенцији (спречавање учиниоца да чини кривична дела и утицали на њега да убудуће не чини кривична дела);

- и на крају стално имати у виду начело индивидуализације кривичне санкције које је најважније начело после начела законитости приликом одмеравања казне – кривичне санкције и које обухвата све околности које су од утицаја на избор, врсте и висину кривичне санкције, а нарочито степен кривице побуде из којих је дело извршено, јачину угрожавања или повреде заштићеног добра, околности под којима је дело извршено, ранији живот учиниоца, његове личне прилике, његово држање после учињеног кривичног дела, однос према жртви, као и друге околности које се односе на његову личност.

Дакле, тек када се имају у виду сви наведени елементи, а пре свега начело индивидуализације кривичне санкције (што се често губи из вида

приликом коментарисања појединих судских одлука, већ је приступ потпуно лаички) може се оцењивати (и то код правоснажних одлука), да ли је изречена кривична санкција адекватна или не, а збирним истраживањем правоснажних одлука за поједина кривична дела у одређеном периоду дошло би се до објективне оцене казнене политике судова, тј. да ли је она адекватна или не, односно да употребимо устаљени, неодговарајући израз да ли је иста блага, те као таква погодује порасту криминалитета у Србији.

Поменуто истраживање би требало спроводити према одлукама другостепених судова (једно такво истраживање је било пре отприлике шест-седам година у Врховном суду Србије), јер су првостепене одлуке подложне корекцији кривичних санкција поводом жалби одбране, као и Јавног тужиоца, а требало би свакако користити и статистичке податке Републичког завода за статистику Србије (дати у прилогу), који у сваком случају могу бити од користи приликом сагледавања и објективног оцењивања казнене политике судова у Србији.

Пошто се често у јавности коментаришу одлуке судова у вези кривичног дела из члана 246. Кривичног законика неовлашћена производња, држање и стављање у промет опојних дрога, изнећу кратак приказ података за 2008. годину који се воде у Врховном суду Србије, за наведено кривично дело, а затим дати објашњења, како се често кроз оцену појединачних судских одлука или само на основу непотпуних података ствара необјективна слика о казненој политици судова, тј. да је иста блага у кажњавању учиниоца овог кривичног дела.

У току 2008. године у Врховном суду Србије по жалби на првостепену одлуку окружних судова примљено и решено укупно 1.611 кривичних предмета у којима су поступци вођени због кривичног дела из члана 246. Кривичног законика Србије – неовлашћена производња, држање и стављање у промет опојних дрога и 79 кривичних предмета у којима је поступак вођен због кривичног дела из члана 247. Кривичног законика – омогућавање уживања опојних дрога. Од 1.611 кривичних предмета због кривичног дела из члана 246. Кривичног законика у 912 предмета или око 60% поступак је вођен и окончан због кривичног дела из члана 246. ст. 3. и 4. Кривичног законика, тј. због најблажег облика кривичног дела из члана 246. Кривичног законика неовлашћено држање опојних дрога где је Закоником предвиђена новчана казна или казна затвора до три године или ослобођење од казне извршилаца ових кривичних дела.

Међутим, приликом оцене казнене политике судова за поменута кривична дела свесно се занемарује чињеница да у 60% случајева извршиоци одговарају за најблажи облик кривичног дела из члана 246. Кривичног законика (где је једино могуће изрећи условну осуду и новчану казну), те се необјективно приказује да се дилерима дроге изричу условне осуде и ниске затворске казне (за кривично дело из члана 246. став 1. КЗ не може се изрећи условна осуда нити казна затвора нижа од шест месеци) те се тако ствара утисак у јавности да судови својом наводно благом политиком изрицања кривичних санкција погодују порасту криминала у овој области.

Анализирајући статистичке податке Републичког завода за статистику Србије (који су дати у прилогу) може се уочити да су за кривична дела против живота и тела (убиство из члана 113. Кривичног законика, тешко убиство из члана 114. Кривичног законика) затим против полне слободе (силовање из члана 178. Кривичног законика) и кривично дело против здравља људи (члан 246. став 1. Кривичног законика неовлашћене производње и стављање у промет опојних дрога) извршиоцима изрицане казне затвора.

Међутим, и у овом делу постоје одређене примедбе и необјективне оцене у вези изречених казни за поједина кривична дела, а пре свих за кривично дело из члана 246. став 1. КЗ и 178. КЗ и то у смислу да у већини случајева изречене казне затвора су ближе законском минимуму или испод њега, а требало би да те казне буду строжије и ближе законском максимуму, на који начин би се утицало на друге да не чине убудуће ова кривична дела (генерална превенција), односно на који начин би се сузбио пораст броја поменутих кривичних дела.

И овакве оцене су по мишљењу најблаже речено паушалне, јер се заснивају само на једном податку (статистика) или на појединачним случајевима, чак и неправоснажних одлука (у другостепеном поступку су могуће корекције изречених кривичних санкција).

Наиме, приликом давања оцене казнене политике судова управо код наведених кривичних дела не сме се занемарити принцип индивидуализације казне, тј. чињенице и околности релевантне за индивидуализацију казне, јер ако се узме у обзир само збирни статистички податак о броју извршилаца кривичних дела, нпр. из члана 246. став 1. КЗ и казне које су им изречене ствара се искривљена и необјективна слика о изреченим казнама "као благим", пошто се у наведеним збирним подацима налазе извршиоци кривичних дела из члана 246. став 1. КЗ који су осуђени за производњу нпр. једне ста-

бљике марихуане, или продају једног до два грама хероина (већи број) и извршиоци истог кривичног дела (мањи број) који су унели из иностранства ради даље продаје неколико килограма хероина.

Из тих разлога, ради објективнијег сагледавања и оцене казнене политике судова за поједина кривична дела требало би осим статистичких података узети у обзир и све друге околности које утичу на избор врсте и висине кривичне санкције (код неких кривичних дела постоји и покушај тог дела за које се може блаже казнити), па би се тада сигурно утврдило да иако су изречене казне за наведена кривична дела у одређеном периоду ближе законском минимуму, то не значи аутоматски благост у кажњавању већ значи по мојој оцени да су судови приликом одмеравања казни извршиоцима за учињена кривична дела доследно примењивали закон уз поштовање свих принципа, а пре свега принципа законитости и индивидуализације казне.

На основу свега изнетог поставља се питање како објективно оценити казнену политику судова у Републици Србији, да ли је иста адекватна или не и да ли је остварила циљеве предвиђене Кривичним законима у оквиру криминалне политике.

С обзиром да сам кроз рад као судија нижих судова и Врховног суда Србије имао увида и извештавао у великом броју предмета из кривичне материје, а упознат сам и са мањим бројем истраживања у области казнене политике, покушаћу да дам оцену политике изрицања кривичних санкција (казнене политике) у Републици Србији, с тим што сматрам да целовита и потпуно објективна оцена те политике може се изрећи само на основу једног свеобухватног истраживања од стране комисије састављене од стручњака из ове области.

Казнена политика судова тј. критеријуми – околности којима су се судови руководили приликом опредељивања за изрицање кривичне санкције, извршиоцима кривичног дела, стварани су у пракси судова током дужег временског периода (више деценија), а све у складу са кривичним законима. Имајући то у виду може се констатовати следеће:

Да су казне и друге кривичне санкције изричане извршиоцима кривичних дела у Закоником предвиђеним оквирима и на начин предвиђеним у поменутом Законику;

- да нема већих одступања од устаљене судске праксе, приликом изрицања казни и других кривичних санкција (мера упозорења) за поједи-

на кривична дела за која је у последње време заинтересована јавност, односно за која су поједина средства информисања заинтересовала јавност, а што значи да је казнена политика судова у Србији у већем делу адекватна и да мањи број одступања у одмеравању казне или мера упозорења не доводи у питање њену исправност, а оцена да је иста "блага" и да погодује повећању криминалитета у Републици Србији је неприхватљива.

На крају сматрам да би требало предузети:

- једно целовито истраживање политике изрицања кривичних санкција у Републици Србији (казнене политике судова) за одређени временски период и о том истраживању на адекватан начин обавестити јавност;

- стално пратити и анализирати кривичне санкције које се изричу извршиоцима појединих кривичних дела која су у порасту (ове анализе требало би да врше виши другостепени судови), и о томе такође обавештавати јавност да би се избегле паушалне и необјективне оцене уопште о раду судова, које иду толико далеко да тврде да је блага казнена политика судова (која је само један део криминалне политике друштва), основни кривац - узрок за пораст криминалитета (појединих кривичних дела) у Републици Србији;

- инсистирати код иницијатора-предлагача и стручних лица која обављају законодавну делатност, да консултују ширу стручну јавност, приликом састављања предлога измене и допуне у кривичном законодавству јер сматрам да су исте честе (годишње или чак и шестомесечне) и више изазване због изостанка поменутих консултација него због промена које се дешавају у друштву.

Прилог:

- Табела осуђених пунолетних лица према врсти кривичних дела 2004-2008.
- Табела осуђених пунолетних лица према изреченим кривичним санкцијама 2004-2008.
- Саопштење број 345 –LVIII, 09.12.2008. - СК12 Пунолетни учиниоци кривичних дела, 2003-2007.

**Осуђена пунолетна лица према врсти кривичног дела,
2004 - 2008.****

Република Србија

	2004		2005		2006		2007		2008	
	број	%	број	%	број	%	број	%	број	%
УКУПНО	34239	100,0	36901	100,0	41422	100,0	38694	100,0	42138	100,0
Лака телесна повреда	1950	5.7	2121	5.7	2287	5.5	1873	4.8	2050	4.9
Тешка телесна повреда	941	2.7	1011	2.7	1168	2.8	1012	2.6	1008	2.4
Убиство	165	0.5	160	0.4	191	0.4	176	0.5	197	0.5
Силовање	50	0.1	68	0.2	67	0.2	71	0.2	88	0.2
Разбојништво	492	1.4	584	1.6	573	1.4	641	1.7	723	1.7
Крађа	5547	16.2	5215	14.1	5349	12.9	5006	12.9	5538	13.1
Запуштање и злостављање малол. лица	67	0.2	63	0.2	55	0.1	56	0.1	39	0.1
Недавање издржавања	655	1.9	741	2.0	651	1.6	863	2.2	987	2.3
Насиље у породици	374	1.1	574	1.6	1059	2.6	1312	3.4	1681	4.0
Трговина људима	2	-	10	-	13	-	14	-	12	-

* Извор, сајт Републичког завода за статистику

**Осуђена пунолетна лица
према изреченим кривичним санкцијама, 2004 - 2008.***

Република Србија

	2004		2005		2006		2007		2008	
	број	%	број	%	број	%	број	%	број	%
УКУПНО	34239	100	36901	100	41422	100	38694	100	42138	100
Затвор	10581	30.9	10361	28.1	11224	27.1	8576	22.2	9658	22.9
од 40 година	8	-	5	-	11	-	-	-	1	-
од 30 до 40 година	-	-	-	-	-	-	7	0.1	14	0.1
преко 15 до 20 година	-	-	1	-	1	-	5	0.1	8	0.1
преко 10 до 15 година	61	0.6	47	0.5	69	0.6	38	0.4	44	0.5
Новчана казна	7654	22.4	8063	21.9	8033	19.4	7413	19.2	7270	17.3
Условна осуда	15667	45.8	18051	48.9	21504	51.9	21702	56.1	24131	57.3
Затвор	14991	95.7	17087	94.7	20743	96.5	20702	56.1	24131	57.3
Новчана	676	4.3	964	5.3	761	3.5	-	-	-	-
Судска опомена	299	0.9	298	0.8	472	1.1	472	1.2	524	1.2
Васпитне мере	8	-	43	0.1	15	-	69	0.2	83	0.2
Проглашено кривим а ослобођено од казне	30	0.1	85	0.2	174	0.4	412	1.1	433	1.0
Рад у јавном интересу	-	-	-	-	-	-	48	0.1	35	0.1
Одузимање возачке дозволе	-	-	-	-	-	-	2	-	4	-

* Извор, сајт Републичког завода за статистику

Миодраг Вићентијевић,
судија Врховног суда Србије

ЗАКОН О ОДУЗИМАЊУ ИМОВИНЕ ПРОИСТЕКЛЕ ИЗ КРИВИЧНИХ ДЕЛА И РАЗЛИКА У ОДНОСУ НА ПРЕТХОДНИ СИСТЕМ ОДУЗИМАЊА ИМОВИНЕ СТЕЧЕНЕ КРИМИНАЛОМ

Кључне речи: *сврха закона, субјекти, листа КД, органи, поступак, одузимање имовинске користи, мера безбедности одузимања предмета из члана 87. КЗ, посебне одредбе у поступку за кривична дела организованог криминала из члана 504а. ЗКП, разлика у односу на претходни систем, закључак*

І Увод

Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела (имовине стечене криминалом) објављен је у "Службеном гласнику Републике Србије" број 97/08 од 05.12.2008. године и примењује се од 01.марта 2009. године. Закон има укупно 67 чланова и подељен је на 6 мањих целина. Овим законом уређени су услови, поступак и органи надлежни за откривање, одузимање и управљање имовином проистеклом из кривичног дела, што је предвиђено чланом 1. овог закона.

У **упоредном праву** постоје два основна система за одузимање имовине стечене кривичним делом. Први систем се означава као **судски**, а други као **управни**. У оквиру судског система имовина криминалног प्रकारа се може одузети било у кривичном било у парничном поступку.

Наш закон предвиђа могућност одузимања криминалне имовине у **кривичном поступку**. Разлог за то што је кривични поступак доста ефикаснији и бржи, ради се о целовитом поступку, који нема ограничавајуће механизме. За разлику од кривичног поступка, **грађанско одузимање** кроз парнични поступак води се по **тужби in rem** која није усмерена против лица, већ

искључиво против добара, али се ради о поступку који је доста спорији, доста дуже траје и мање је ефикасан него кривични поступак. Није прихваћено ни **управно одузимање** (као најрадикалнија мера) имовине стечене криминалом које се обавља без ангажовања суда, преко пореских органа, јер ми немамо изграђен целовит порески систем нити поступак.

Наш систем одузимања криминалне имовине сличан је **белгијском систему**, према белгијском праву је предвиђено да предмет конфискације може да буде имовина лица осуђеног за неке од таксативно набројаних кривичних дела која је стечена у периоду од пет година **пре** подизања оптужнице, услов за одузимање су озбиљне и конкретне индиције које указују да имовина потиче из кривичног дела за које је лице осуђено или из идентичних кривичних дела.

За разлику од решења усвојеног у белгијском праву, по нашем закону одузимање криминалне имовине **није ограничено никаквим роком**, може се вршити неограничено, није предвиђено законом у ком временском интервалу та имовина треба да је стечена, односно од када датира њено порекло.

II Сврха Закона

1) Закон о одузимању имовине проистекле из кривичних дела донет је из **више разлога**, прво, јер је Европа од нас тражила да донесемо такав закон, Европски суд за људска права врши контролу наших прописа и одлука и морамо да водимо рачуна какве законе усвајамо и какве одлуке доносимо, морамо бити ефикасни и судске одлуке заснивати на законитим доказима. Наша земља доношењем нових законских прописа и бољом применом постојећих законских решења, мора дати одговарајући допринос у борби против организованог криминала.

Најефикаснија мера у борби против тешких облика криминала који се одлукује организованим и транснационалним карактером је одузимање криминалне имовине. Тиме се удара у економске темеље криминала. Зато је то један од **најважнијих закона** које смо донели. Међутим, у стручној јавности многи га хвале, али га многи и оспоравају.

У борби против савременог криминала долази до **а) преусмеравања** кривично-правног система од искључивог кажњавања кривично-одговорних лица ка растурању злочиначке организације којој припадају и оду-

зимању имовине и профита остварених криминалом. То се постиже **б)** коришћењем специјалних доказних техника уз истовремено **слабљење претпоставке невиности**, а у циљу конфискације имовине чије криминално порекло је тешко утврдити и **ц)** увођење такозване **законске претпоставке**, терет доказивања је на учиниоцу да докаже законито порекло имовине поготову, ако постоји велика несразмера између легалних прихода и постојеће имовине, онда је конфискација имовине обавезна.

Судија Ђовани Фалконе, трговински судија из Италије први је уочио да су најефикасније мере надзора и контроле над имовином – порекло и кретање новца посебно готовинског, заплене и замрзавање новца, он је први истакао да је суштина мафије у стицању богатства – финансијске добити, где је прање новца суштина организованог криминала, а прање новца је уствари убацивање новца стеченог криминалом у легалне финансијске токове и који се затим представља као чист. Циљ прања новца је прикривање незаконитог порекла имовине и криминализација прања добити, стечене кроз криминал. Као велики борац против италијанске мафије убијен је 1992. године.

Американци користе **теорију генезе**, по тој теорији треба се вратити на **почетак трансакције**, неки материјални траг увек постоји, фалсификат на пример, код преваре постоје неке белешке, где се то региструје, проверавају се сумњиве новчане трансакције, поготову ако постоји велика диспропорција између имовине и легалних прихода, примењује се директна метода и форензична метода.

Стратегија Европске уније у борби против модерног криминала указује на неопходност одузимања имовине стечене криминалом уз образложење да стицање финансијске користи представља један од основних мотива за вршење тешких кривичних дела, приход од незаконитих активности служи за финансирање нових криминалних активности или се новац "пере" у циљу уношења у легалне економске токове, ради се о огромним износивама који често премашују буџете појединих држава.

Стога је неопходно увођење такозване законске претпоставке да терет доказивања пада на учиниоца да докаже законито порекло имовине и начин њеног стицања.

Досадашња искуства показују да изрицање казне учиниоцу тешких кривичних дела без одузимања имовине који поседују је недовољно,

јер по изласку из затвора они настављају вршење кривичних дела, па чак криминалом се баве и у затвору, јер је њихова економска моћ неокрњена.

2. Поред тога, наша земља је ратификовала многе **међународне Конвенције** које се баве проблематиком одузимања прихода и имовине прибављање криминалном активношћу и тиме је преузела одређене обавезе потврђујући наведене међународне Конвенције, да донесе одговарајуће прописе којима ће регулисати ову материју.

За одузимање имовине стечене криминалом посебно је значајна такозвана **Палермо Конвенција** која одређује термине и основне појмове које користи наш закон – то је Конвенција Уједињених нација против транснационалног организованог криминала са додатним протоколом од 12. до 15. децембра 2000. године, Палермо, "Сл. лист СЦГ" – Међународни уговори бр. 6/01.

Имовина представља добро сваке врсте било материјално или нематеријално, покретно или непокретно, процењиво или непроцењиво, као и правне документе или инструменте (исправе) којима се доказује право или интерес у односу на такво добро.

Добит или приход од криминала односно средства стечена извршењем кривичног дела представљају имовину која је проистекла или остварена директно или индиректно извршењем кривичног дела.

Међународни документи инкриминишу прање криминалне добити, односно претварање или пренос имовине произашле из криминалне делатности, а у циљу сакривања или прикривања њеног незаконитог порекла.

Веома су важне **мере** које се могу предузети у односу на имовину и приход криминалног порекла. **Замрзавање** је привремена забрана преноса, претварања, располагања или преметања имовине или привремено предузето чување или контрола имовине на основу наредбе суда или другог надлежног органа.

Конфискација означава трајно лишење својине на имовини на основу наредбе суда или другог надлежног органа.

Међународна Конвенција не говори само о **стварању** криминалне имовине, већ и о имовини која је **претворена** у неку другу имовину или је **помешана** са легално стеченом имовином.

У случају да је криминална имовина **претворена** делимично или у целини у неку другу имовину, таква имовина подлеже заплени и конфискацији. То се односи на случај **мешања** имовине криминалног порекла са законом стеченом имовином. Таква имовина ће бити подложна конфискацији до процењене вредности помешаних средстава криминалног порекла, што значи да мора да се обави вештачење. Исти режим се примењује на приходе или друге користи проистекле из криминалне добити, имовину у коју је она претворена или имовину са којом је та добит помешана.

Једино Конвенција Уједињених нација против корупције донета у Њујорку предвиђа могућност да државе могу одбити захтев за међународну правну помоћ по основу **банкарске тајне**, остале међународне Конвенције говоре о овлашћењу судова и других надлежних органа да нареду да им се банкарска, финансијска или комерцијална евиденција стави на располагање или да буде заплена и да се државе не могу позивати на банкарску тајну у поступку конфискације или заплене криминалне добити или имовине. Морају се спречити и открити сви облици прања новца, банке и финансијске организације морају предузети мере против прања новца – утврдити идентитет корисника, вођење евиденције и пријављивање сумњивих правних послова.

Велику новину представља могућност увођења **законске претпоставке**. Наиме, предвиђена је могућност **пребацивања терета доказивања** на учиниоца кривичног дела у вези са имовином за коју се претпоставља да је проистекла из кривичног дела. Учиниоца би био обавезан да докаже законитост порекла наведене криминалне добити или друге имовине која подлеже конфискацији у мери у којој је такав захтев сагласан начелима домаћег права у вези судског и других поступака. У том смислу се постојање знања, намере или сврхе као елементи кривичног дела прања новца могу **претпоставити** на основу **објективних, фактичких околности**.

Дата је и дефиниција **предикатног** кривичног дела које означава било које кривично дело чијим извршењем је створена криминална добит, која може бити предмет кривичног дела и која се може запленили или замрзнути.

3. Овај закон је донет и да би **отклонио недостатке постојећих прописа** који омогућавају одузимање само имовинске користи прибављене кривичним делом за које је одређено лице осуђено, као и досадашњу праксу доста ретких судских одлука којима је таква мера изрицана. Наиме, одузимање имовинске користи предвиђено чланом 91. и 93. КЗ, није

се показало као ефикасна мера, нови закон има велике предности, јер је његова примена далеко шира и у погледу имовине која се може одузети и у погледу лица од којих се криминална имовина може одузети.

Циљеви наведеног закона су следећи:

1. расформирање криминалне организације – уништење њене економске моћи,
2. превенција, одузимањем криминалне имовине се спречава вршењем будућих кривичних дела, јер је на тај начин криминална организација финансијски потпуно упропашћена и онемогућена да учествује на законитом тржишту са добити од криминала,
3. права оштећеног да поврати средства на која има право,
4. јачање примене закона коришћењем одузетих средстава од учинилаца у корист државе,
5. подстицај и јачање сарадње између орагана и служби у борби против организованог криминала.

III Листа кривичних дела

(каталог кривичних дела у погледу којих се закон примењује)

Услови за примену новог закона су постојање одговарајућих материјалних и формалних услова. Један од **материјалних услова** се односи на **кривична дела** која представљају **основ** за примену одредби о одузимању имовине, та кривична дела су таксативно набројана, ради се о тешким кривичним делима која се нису могла избећи (има их укупно 26 плус кривична дела организованог криминала). То су:

1. кривична дела организованог криминала;
2. приказивање порнографског материјала и искоришћавање деце за порнографију члан 185. ст. 2. и 3. КЗ;
3. **против привреде** – фалсификовање новца члан 223. став 3, фалсификовање хартија од вредности - члан 224. став 2, фалсификовање и злоупотреба платних картица члан 225. став 3, фалсификовање знакова за вредност члан 226. став 2, пореска утаја члан 229. ст. 2. и 3, кријумчарење члан 230. став 2. и прање новца члан 231. став 2. КЗ;

4. неовлашћена производња, држање и стављање у промет опојних дрога - члан 246. ст.1. и 2. КЗ – ово је посебно истакнуто;

5. **против јавног реда и мира** – недозвољено држање оружја и експлозивних материја - члан 348. став 3. и недозвољен прелаз државне границе и кријумчарење људи члан 350. ст. 2. и 3. КЗ;

6. **против службене дужности** (злоупотреба службеног положаја - члан 359. став 3, превара у служби члана 363. став 3, проневера члан 364. став 3, противзаконито посредовање члан 366. став 5, примање мита члан 367. ст. 1. до 3, 5. и 6. и давање мита члан 368. ст. 1. до 3. и 5. КЗ);

7. **против човечности и других добара заштићених међународним правом** (ратни злочин против цивилног становништва - члан 372. став 1, недозвољена производња оружја, чија је употреба забрањена члан 377, противправно убијање и рањавање непријатеља члан 378. став 3, одузимање ствари од убијених члан 379. став 3, трговина људима члан 388, трговина децом ради усвојења члан 389, заснивање ропског односа и превоз лица у ропском односу члан 390, финансирање тероризма члан 393. КЗ) – ово је наша међународна обавеза у вези тероризма.

Примена Закона о одузимању криминалне имовине је условљена вишином имовинске користи односно вредношћу предмета неког од набројаних кривичних дела. Реч је о износу који **прелази 1.500.000,00 динара** при чему је то изричито прописано само за она кривична дела из члана 1. став 1. закона, која у неком од својих **законски обележја – опису**, не садрже поменути износ, члан 1. став 2. закона. Изузетак су кривична дела организованог криминала и трговине опојним дрогама, јер код њих поменути износ није услов за примену одредаба о одузимању имовине проистекле из кривичног дела.

Да би се одузела криминална имовина од учиниоца, потребно је да је **извршено неко од ових кривичних дела** и да је то **утврђено правноснажном пресудом**.

IV Субјекти

(лица од којих се имовина може одузети)

Други материјални услов представља **имовина** проистекла из кривичног дела. Реч је о имовини **окривљеног, сведока сарадника** или **остави-**

оца која је у очигледној несразмери са његовим законитим приходима. Та очигледна несразмера са законитим приходима односи се само на ова лица.

Појам имовине је одређен по узору на одредбе поменутих међународних Конвенција, тако да он обухвата и **криминалну добит** која је **створена** и добро у које је она **претворена** или са којим је **помешана**.

Имовином се сматра добро сваке врсте материјално или нематеријално, покретно или непокретно, процењиво или непроцењиво, велике вредности и исправе у било којој форми, којима се доказује право или интерес у односу на такво добро.

Имовином се сматра и **приход** или **друга корист** остварена непосредно или посредно из кривичног дела, као и добро у које је она претворена или са којим је помешана.

Под три се тражи – трећи услов, да би се сматрало да је имовина проистекла из кривичног дела потребно је да њен **изворни власник** буде окривљени, сведок сарадник или оставилац и да је она у **очигледној несразмери** са њиховим законитим приходима. **Окривљени** се сматра осумњиченим, лице против кога је кривични поступак покренут или осуђен за кривично дело из члана 2. наведеног закона, док се појам **сведока сарадника**, а то је припадник криминалне организације одређује у складу са одговарајућим одредбама ЗКП на чију сходну примену упућује члан 4. наведеног закона (ради се о лицу против кога је поднета кривична пријава или се води поступак за кривично дело организованог криминала – члан 504д. ЗКП, а у кривичном поступку за кривично дело организованог криминала који се води против других лица, обавезан је да говори истину и не сме ништа да прећути).

Ради ефикасног одузимања имовине проистекле из кривичног дела највећа новина је учињена увођењем појма **оставиоца** то јест лица против кога услед смрти кривични поступак није покренут или је обустављен, а у кривичном поступку који се води против других лица је утврђено да је заједно, нпр. као **саучесник** са тим лицима учинио одређено кривично дело. Тиме је донета **посредна осуђујућа пресуда** и то је одступање у односу на друга наведена лица, где је потребна само осуђујућа пресуда за трајно одузимање криминалне имовине.

Имовина која је проистекла из кривичног дела се може одузети од **сведока сарадника** иако у односу на њега, ако испуни своју дужност суд

доноси пресуду којом се оптужба одбија, што је предвиђено чланом 504с. став 2. ЗКП. У прилог томе иде да статус сведока сарадника може добити осумњичени или окривљени који не спори своје припадништво криминалној организацији (из члана 504д. став 1. ЗКП), односно који је признао кривично дело.

Међутим, проблем настаје у случају када сведок сарадник испуни своју дужност, али суд ослободи од оптужбе лица која су била оптужена за кривично дело организованог криминала. У том случају би требало искључити могућност покретања поступка за трајно одузимање имовине од сведока сарадника, што би значило да је такав поступак дозвољен једино, ако оптужени буду осуђени за кривично дело организованог криминала.

Битно је да се имовина проистекла из кривичног дела може одузети само од лица која су **након ступања на снагу овог закона** стекла статус сведока сарадника и то је предвиђено чланом 66. закона.

Један од разлога за одузимање имовине од сведока сарадника је и то што јавност није задовољна његовим статусом и сматра да су му дате велике погодности, па и да задржи криминалну имовину.

Имовина која је проистекла из кривичног дела се може одузети од **правних следбеника**-наследника осуђеног, сведока сарадника, оставиоца или њихових наследника, као и од **трећег лица** било физичког или правног, на које је пренета криминална имовина. Будући да у наведена лица рачунајући ту и окривљеног имају изворно или изведено право својине над имовином проистеклом из кривичног дела њихов заједнички назив је **власник**.

У **формалне услове** за примену наведеног закона спадају и **одлуке** које надлежни правосудни органи доносе у одређеним фазама поступка. Поред пресуде и решења о обустави кривичног поступка, ту спадају и наредба о покретању финансијске истраге - члан 17. став 1. Закона, наредба о забрани располагања имовином и о привременом одузимању покретне имовине - члан 22. став 1. Закона, решење о привременом одузимању имовине - члан 25. став 2. Закона и решење о трајном одузимању имовине - члан 34. став 2. закона. Приликом доношења ових одлука потребно је да постоји одговарајући **степен сумње** о постојању одређених околности на пример основи сумње о постојању знатне имовине проистекле из кривичног дела и опасност да би касније одузимање имовине проистекло из кривичног дела било отежано или онемогућено.

V Надлежни органи

Закон предвиђа да су органи надлежни за откривање, одузимање и управљање имовином проистеклом из кривичног дела **јавни тужилац** и суд (већ постојећи органи), **организациона јединица Министарства МУП-а Србије** надлежна за финансијску истрагу и **Дирекција** за управљање одузетом имовином, то су нови органи, који до сада нису постојали.

Чланом 5. став 2. Закона се прописије да се надлежност јавног тужиоца и судова одређује према надлежности суда за кривична дела из кога потиче имовина. Закон не захтева одступање и од редовне организације правосуђа нити тражи неку посебну специјализацију јавног тужиоца и суда. Међутим, мора се имати у виду нарочито када је реч о јавном тужиоцу, који има руководећу улогу у финансијској истрази, да је он овлашћен да **покрене и руководи** финансијском истрагом и да у оквиру ње захтева од специјализоване полицијске јединице прикупљање одређених **доказа**.

Јавни тужилац има посебан процесуални положај што се види и по томе што је законом прописано да министар унутрашњих послова распоређује руководиоце јединице надлежне за финансијску истрагу по прибављеном мишљењу Републичког јавног тужиоца.

Захтев за специјализацију нарочито изражен када је реч о **полицијској јединици** која је **главни оперативни орган** и која по налогу јавног тужиоца спроводи финансијску истрагу. Реч је о посебној организационој јединици МУП-а Србије која открива имовину проистеклу из кривичног дела и врши друге послове у складу са законом. Оправдање за оснивање специјализоване полицијске јединице произилази из чињенице да се **циљеви кривичне и финансијске истраге разликују** утолико што у оквиру прве се и прикупљају докази о учиниоцу кривичног дела, док је циљ финансијске истраге откривање и утврђивање имовине проистекле из кривичног дела. У том смислу јединица за финансијску истрагу је овлашћена да по службеној дужности или по налогу јавног тужиоца или суда изврши претресање просторије и лица, привремено одузимање предмета, аутоматску обраду података о стању личних и пословних рачуна и сефова власника.

Државни и други органи, организације и јавне службе дужни су да пруже помоћ Јединици - члан 6. закона.

VI Поступак

Одредбама којима се уређује поступак у Закону је посвећено **централно место**, реч је о финансијској истрази, поступку за привремено и поступку за трајно одузимање имовине.

А) Финансијска истрага

Јавни тужилац доноси **наредбу о покретању** финансијске истраге када оцени да постоје основи сумње да **власник** поседује знатну имовину проистеклу из кривичног дела. То је услов да се покрене финансијска истрага и она је обавезна фаза у овом поступку.

Чланом 15. став 1. Закона користи се реч "покреће се" што значи да би спровођење финансијске истраге морала да буде редовна фаза којом почиње поступак прикупљањем **1) доказа о имовини** за коју постоје основи сумње да проистиче из кривичног дела. У прилог томе говори то што се у оквиру финансијске истраге прикупљају између осталог докази **2) о законитим приходима и 3) трошковима живота** окривљеног, сведока сарадника или оставиоца, **4) докази о имовини** које је наследио **правни следбеник**, као и **5) докази о имовини и накнади** за коју је имовина пренета на **треће лице** (што се по правилу не доказује у кривичном поступку).

Финансијска истрага се покреће у току преткривичног или кривичног поступка, као и након доношења правноснажно осуђујуће или одбијајуће пресуде (ради се о пресуди која се односи након што је јавни тужилац одустао од гоњења сведока сарадника који је испунио преузете обавезе, под условом да су оптужени правноснажно осуђени за кривично дело организованог криминала).

Приликом спровођења финансијске истраге се мора поступати са нарочитом **хитношћу**, а подаци у вези са њом су **поверљиви** и њихово одавање представља кривично дело за које може да одговара било службено лице, било неко друго лице које их ода. Чланом 337. КЗ предвиђено је кривично дело повреде тајности поступка, извршилац може бити свако лице, а за крив. дело одавање службене тајне из члана 369. КЗ – службено лице које учествује у поступку.

Полицијска јединица специјализована за финансијску истрагу може да изврши претресање и да привремено одузме предмете, а банке и друге финансијске организације, на основу наредбе јавног тужиоца су

обавезне да јој доставе податке о стању пословних и личних рачуна из сефова власника које она може да подвргне аутоматској обради. Она је главни оперативни орган и може да поступа **ex officio**.

У закону су предвиђене само неке **доказне радње** које се предузимају у кривичном поступку, међутим, полицијска јединица специјализована за финансијску истрагу је овлашћена да предузме **све остале доказне радње**, тако да може предузети увиђај, вештачење и саслушање сведока. Могу се користити и докази прикупљени за потребе кривичног поступка који се води за неко од дела из члана 2. овог закона, под условом да јавни тужилац сматра да се помоћу њих може доказати постојање имовине простекле из кривичног дела. Реч је не само о доказима које је сагласно члану 513. став 2. ЗКП суд и други органи пред којима се води кривични поступак, прикупљају у циљу одузимања имовинске користи, већ и о доказима којима се утврђује постојање кривичног дела и одговорности учиниоца. Под тим условом би требало допустити могућност коришћења доказа до којих се дошло употребом специјалних доказних техника.

Предмети који могу послужити као **доказ** у поступку привремено ће се одузети. Државни и други органи и организације и јавне службе дужни су да Јединици омогуће увид и доставе податке, документа и друге предмете који могу послужити као доказ. Увид и доставе се не могу ускратити позивањем на обавезу чувања пословне, службене, државне и војне тајне, а што је све предвиђено чланом 19. закона.

Из изнетог се види да је најважнија финансијска истрага и да ту уствари имамо **тужилачку истрагу**, која се води независно од кривичног поступка да га не оптерећује.

Б) Поступак за привремено одузимање имовине

Услов за покретање поступка за привремено одузимање имовине је постојање **опасности** да би њено касније одузимање било **отежано** или **онемогућено**. Јавни тужилац у том случају подноси **захтев** за привремено одузимање имовине за коју сматра да постоји **основана сумња** да проистиче из кривичног дела.

Захтев садржи податке о власнику, опис и законски назив кривичног дела, означање имовине коју треба одузети, доказе о имовини и околности из које произилази основана сумња да имовина проистиче из кри-

вичног дела и разлоге који оправдавају потребу за привременим одузимањем имовине члан 21. Закона.

У зависности од фазе кривичног поступка, о захтеву одлучује истражни судија, председник већа односно веће пред којим се одржава главни претрес.

Постоји могућност да власник покуша да **осујети** такву могућност тако што би располагао имовином пре него што суд одлучи о захтеву јавног тужиоца. То је разлог што јавни тужилац овлашћен да донесе **наредбу о забрани располагања имовином**, с тим што та мера може трајати до доношења одлуке суда о захтеву, то јест најдуже до 5 дана од подношења захтева за привремено одузимање имовине. Реч је о мерама којима се према схватању Европског суда за људска права не повређује право на мирно уживање приватне својине, јер **општи интерес** оправдава њихову примену, а мера је сразмерна постављеном циљу – **случај Рејмондо**.

О захтеву за привремено одузимање имовине одлучује се након одржаног **рочишта** а који се обавезно заказује у року од 5 дана од подношења захтева за привремено одузимање имовине – члан 24. Закона, на које суд позива власника, његовог браниоца односно пуномоћника, ако га има и јавног тужиоца. У позиву се назначује да ће рочиште бити одржано и у случају недоласка позваног лица, при чему се достављање позива браниоцу односно пуномоћнику власника сматра као уредно, ако је достављено само власнику. Ако позив власнику није могуће доставити на тај начин суд ће му поставити пуномоћника по службеној дужности који ће бранити његове интересе. Рочиште се може одржати и у одсуству јавног тужиоца, а то произилази из упозорења садржаног у позиву за рочиште да ће оно бити одржано и у случају недоласка позваног лица, дакле јавног тужиоца.

Увођењем рочишта пред првостепеним судом представља значајно одступање од решења садржаног у члану 504с. ЗКП које уређује доношење одлуке о мерама привременог одузимања предмета и имовинске користи у поступку за кривична дела организованог криминала (међутим, ту је предвиђено рочиште по жалби пред вишим судом члан 504ћ. ЗКП).

Одржавање рочишта пред првостепеним судом је значајно због тога што странке имају прилику да **изнесу своје аргументе** што је стандард за доношење оваквих одлука које је поставио Европски суд за људска права у **случају Филипс**, чиме није повређено **право на правично суђење**.

На рочишту пред судом јавни тужилац износи доказе о имовини коју власник поседује, о постојању околности и основаној сумњи да имовина проистиче из кривичног дела и околностима које указују на опасност да би њено касније одузимање било отежано и онемогућено.

Након тога одбрана побија тужиоцеве наводе тако што би оспоравала власништво над имовином, постојање околности о основаној сумњи о криминалном пореклу имовине или постојање опасности за касније одузимање.

Пошто се оконча рочиште суд **решењем** одбија или усваја захтев за привремено одузимање имовине. Чланом 25. став 2. Закона предвиђено је да **решење о привременом одузимању имовине** садржи: **1)** податке о власнику, **2)** опис и законски назив кривичног дела, **3)** податке о имовини која се одузима, **4)** околности из којих произилази основна сумња да имовина потиче из кривичног дела, **5)** разлоге који оправдавају потребу за привременим одузимањем имовине и **6)** време на које се одузима. Решењем којим се усваја захтев може се **оставити** власнику део имовине, ако би било доведено у питање издржавање власника или лица која је он дужан да издржава, у складу са одредбама ЗИП-а – члан 25. Закона. Против решења се може изјавити **жалба** у року од 3 дана, која нема суспензивно дејство – члан 26. Закона. Привремено одузимање имовине траје најдуже до истека рока предвиђеног за окончање поступка по захтеву за трајно одузимање, с тим што у случају смрти власника или појаве околности које доводе у питање оправданост ове мере суд може преиспитати своју одлуку.

В) Поступак за трајно одузимање имовине

Поступак за трајно одузимање криминалне имовине је **централни део** поступка и може се покренути већ у току кривичног поступка, тачније након подизања оптужнице, а најкасније у року од годину дана од доношења правноснажно осуђујуће пресуде.

Овде имамо **две ситуације:**

I. Ако се поднесе захтев за трајно одузимање имовине **у току првостепеног поступка** подразумева се да ће одлука бити донета без вођења расправе. У том случају суд ће позвати власника да се на главном претресу **изјасни** да ли оспорава захтев. Ако уредно позвани власник не дође на главни претрес или се не изјасни о захтеву или се изјасни, да не оспорава захтев, одлука о захтеву ће бити донета у **пресуди**. Она се може по-

бијати жалбом на пресуду. Будући да у случају одбијања оптужбе или доношења ослобађајуће пресуде се захтев за трајно одузимање имовине **одбацује**, укинуће се и решење о привременом одузимању имовине – члан 29. Закона. Јасно је да о трајном одузимању имовине може бити речи само у случају доношења **осуђујуће пресуде**.

Пошто суд пресуду заснива само на доказима који су изведени на главном претресу неспорно је да ће јавни тужилац изнети доказе којима поткрепљује захтев за трајно одузимање имовине против имовине проистекле из кривичног дела. О потреби извођења других доказа одлучиће суд ценећи околности конкретного случаја.

II. Ако власник 1) оспорава захтев као и у случају 2) подношења захтева након правноснажно окончаног поступка, одлучивање о трајном одузимању имовине спроводи се у посебном поступку. И овде је услов за вођење поступка и одлучивање о захтеву за трајно одузимање имовине постојање правноснажне осуђујуће пресуде. Сам поступак је подељен на припремно и на главно рочиште.

Припремно рочиште се заказује у року од 30 дана од правноснажности осуђујуће пресуде или од дана подношења захтева јавног тужиоца, на њему странке добијају прилику да **предложе доказе** на којима заснивају свој захтев или оспоравају захтеве од супротне стране.

Главно рочиште се има одржати у разумном року, јер закон прописује да се оно заказује у року од три месеца од дана одржавања припремног рочишта, а изузетно ако се предложени докази не могу прибавити у том року или ако треба прибавити доказе из иностранства дан одржавања рочишта се може одложити најдуже још за три месеца, што значи да максимално може трајати **шест месеци** зависно од околности случаја и после тога се мора одржати главно рочиште без обзира што доказ није прибављен.

Код **позивања** је непосредно достављање позива власнику изједначено са достављањем позива његовом пуномоћнику. Ако се позив не може доставити на тај начин обавеза суда је да власнику постави пуномоћника по службеној дужности за поступак трајног одузимања имовине. Недолазак власника не спречава одржавање главног рочишта, док одсуство јавног тужиоца има за последицу одлагање рочишта. Поред тога, рочиште ће се завршити без прекидања.

Главно рочиште почиње изношењем захтева јавног тужиоца – члан 32. Закона.

На **главном рочишту** се сучељавају аргументи странака, јавни тужилац треба да изнесе доказе **1)** о имовини коју осуђени односно сведок сарадник поседује, **2)** о његовим законитим приходима и **3)** околностима које указују на постојање очигледне несразмере између имовине и законитих прихода. Изношење доказа о имовини, законитим приходима и очигледној несразмери између њих, уз постојање правноснажне осуђујуће пресуде ствара претпоставку да осуђени и сведок сарадник поседује имовину проистеклу из кривичног дела. Реч је наравно о **оборивој правној претпоставци**, јер осуђени односно сведок сарадник могу да оспоравају наводе јавног тужиоца.

Ако је захтев усмерен на имовину правног следбеника или трећег лица, јавни тужилац је обавезан да поред доказа из члана 33. став 2. о којима је већ било реч изнесе и доказе да је **правни следбеник** наследио имовину проистеклу из кривичног дела, односно да је криминална имовина пренета на **треће лице** без накнаде или уз накнаду која очигледно не одговара стварној вредности у циљу осујећења одузимања. Након тога супротна страна и њихов пуномоћник добијају прилику да оспоре наводе јавног тужиоца.

По окончању рочишта суд доноси **решење** којим усваја или одбија захтев за трајно одузимање имовине у смислу члана 34. Закона. **Решење о трајном одузимању имовине** садржи податке о власнику, опис и законски назив кривичног дела, податке о имовини која се одузима, односно вредности која се одузима од власника, ако је располагао криминалном имовином у циљу осујећења њеног одузимања, као и одлуку о трошковима управљања привремено одузетом имовином.

То значи да доношењем осуђујуће пресуде не искључује могућност одбијања захтева за трајно одузимање имовине као неоснованог. Решењем о трајном одузимању имовине може се одлучити и о **имовинско-правном захтеву**, чије постојање је утврђено правноснажном пресудом.

Против решења се може изјавити **жалба** у року од 8 дана и о њој одлучује виши суд. Ако је у истом предмету решење већ једном било укинуто, другостепени суд ће заказати рочиште и одлучити о жалби, с тим да решење не може поново укинути. Ради се о кратким роковима за жалбу, а убрзан је и другостепени поступак – чланови 35. и 36. Закона.

Решење о трајном одузимању имовине доставља се између осталог и **Дирекцији** за управљање одузетом имовином која одмах преузима мере за очување и одржавање такве имовине. Одузетом имовином Дирекција управља од правноснажности окончања поступка до трајног одузимања имовине. Изјављена жалба не спречава Дирекцију да поступа у складу са чланом 34. став 5. овог закона.

Многи оспоравају не само законитост и уставност појединих одредби већ и целог закона, а спорна је и **правна природа** трајног одузимања криминалне имовине, јер ако је казнене природе нема **ретроактивне** примене (да дејствује уназад), овај закон се не би могао применити, ако се ради о казни, јер онда овај закон није блажи за учиниоца.

Што се тиче правне природе трајног одузимања имовине мишљење већине је да одузимање имовинске користи ипак представља меру **sui generis** која је истовремено **имовинско-правног карактера** и која има за циљ успостављање стања које је постало пре него што је кривично дело учињено, због своје *in rem* природе она нема казнени карактер, већ се одликује **превентивним карактером**, чак и у случају да се одузима целокупна имовина окривљеног, сведока сарадника или оставиоца под условом да је у очигледној несразмери са његовим законитим приходима. Тако су суду дата проширена овлашћења за одзимање криминалне имовине, што је важно због могућности **ретроактивне примене** и на кривична дела која су извршена пре ступања на снагу овог закона.

Ако се узму у обзир услови који су овим законом предвиђени за одузимање имовине проистекли из кривичног дела, процесне гаранције које су дате учиниоцу на рочишту, да му је омогућено фер суђење и да му је пружена могућност да изнесе одговарајуће аргументе који потврђују његове наводе, нарочито сам начин на који се расподељује трајно одузета имовина у смислу члана 49. Закона, може се рећи да трајно одузимање имовине проистекло из кривичног дела иако се одузима целокупна имовина власника има карактер мере **sui generis** која се одликује **превентивним карактером**, која се одузима да би се **заштитио општи, јавни интерес**, да се учинилац не кажњавања одузимањем имовине, већ се успоставља пређашње стање, тако да се не може говорити да је повређена **клаузула забране двоструког суђења – кажњавања**, јер овде су кажњавање и накнада штете два одвојена поступка, у суштини дужина казне је овде небитна, јер је учинилац фактички финансијски потпуно упропаштен.

VII Одузимање имовинске користи

1. Одузимање имовинске користи

Одузимање имовинске користи је регулисано члановима 91. и 93. Кривичног законика, а сам поступак одузимања је регулисан члановима од 513. до 520. ЗКП.

Одузима се свака имовинска корист прибављена кривичним делом, **обавезно** и по **службеној дужности** и то: **1) од учиниоца** кривичног дела, као и од лица на које је **2) пренесена** имовинска корист без накнаде или уз накнаду која очигледно не одговара стварној вредности.

Преношењем имовинске користи на друго лице, учинилац се не ослобађа од обавезе да врати имовинску корист коју је стекао кривичним делом. Имовинска корист се одузима или од учиниоца или од трећег лица, на које је имовина пренета. Суд цени од кога ће одузети имовинску корист, руководећи се разлозима **целисходности** и **ефикасности** реализације, а може осудити обојицу на повраћај имовинске користи.

Безусловно ће се одузети имовинска корист **3) прибављена за другог**, било за физичко или правно лице, а у корист друштвене заједнице. Без значаја је да ли је то лице знало да ли је имовинска корист прибављена кривичним делом.

Одузимање имовинске користи се може изрећи када се донесе решење о мери безбедности обавезног психијатријског лечења, јер се мера безбедности може изрећи чим је утврђено кривично дело. Ако се то пропусти да учини, не може се изрећи накнадно посебним решењем.

Чланом 91. ст. 1. и 2. КЗ је предвиђено да нико не може задржати имовинску корист прибављену кривичним делом и да се иста има одузети под условом предвиђеним законом и судском одлуком којом је утврђено извршење кривичног дела, што значи да се не везује за лице. То значи да се имовинска корист може одузети и у случајевима када не буде донета судска одлука којом је учинилац оглашен кривим (у току кривичног поступка нпр. трајно душевно оболи или умре) јер и тада је неко стекао имовинску корист учињену кривичним делом.

Од учиниоца кривичног дела и другог лица одузима се имовинска корист која је прибављена извршењем кривичног дела, што значи да треба

да постоји **каузални однос** између извршеног кривичног дела и прибављене имовинске користи.

Корист може бити прибављена и **пре преласка на извршење** кривичног дела (унапред је примљена накнада за извршење кривичног дела), **самим извршењем** кривичног дела (одузимање ствари код крађе, присвајање новца код проневере, то су најчешћи случајеви и слично) или **након извршења** кривичног дела (нпр. код накнадног подмићивања, недозвољене трговине и сл.).

Одузимају се и предмети прибављени извршењем кривичног дела.

Ако се за сваког учиниоца не може ни приближно утврдити висина износа имовинске користи (а ради се о субјективној, појединачној одговорности), она ће се одредити по **слободној оцени**.

Ова мера се не може изрицати у облику солидарне осуде.

Наиме, ако је имовинска корист прибављена извршењем кривичног дела у **саучесништву**, тада суд ову меру изриче сваком учеснику извршења дела и за сваког утврђује појединачну висину прибављене противправне имовинске користи. Међутим, ако то није могуће утврдити закон овлашћује суд да по слободној оцени за сваког учесника одреди висину противправне имовинске користи која се од њега одузима, међутим, у овом случају она се мора индивидуализирати према сваком учеснику у извршењу кривичног дела, али на основу слободне судске процене.

Одузима се од окривљеног оно што је код њега нађено, а остало што није пронађено, обавезује се да плати одговарајући новчани износ, према тржишној вредности у време извршења дела, сем ако је учинилац остварио већу вредност.

Висина остварене имовинске користи се утврђује према вредности у време извршења кривичног дела – тржишна вредност, ако је окривљени остварио већу тржишну вредност, одузима се и та вредност, јер би у супротном окривљени искористио своју криминалну активност да оствари имовинску корист.

Изостаје одузимање само ако није доказано да је окривљени постигао имовинску корист.

Имовинска корист представља увећање било своје, било туђе имовине, ради се о **чистој добити** која представља **вишак** прибављене

имовине коју је извршилац постигао извршењем кривичног дела или поводом извршеног кривичног дела, или се она састоји у **спречавању смањења имовине**.

Пореска обавеза је јавно-правна обавеза коју надлежни **управни органи** одмеравају и наплаћују и она се не одузима као имовинска корист прибављена извршењем кривичног дела.

Одузимање имовинске користи је **супсидијерног карактера** у односу на имовинско-правни захтев оштећеног који има предност, ако постоји **имовинско-правни захтев оштећеног приоритет** се придаје праву оштећеном.

Предмети ове две мере се не поклапају. Имовинско-правни захтев и мера одузимања имовинске користи се у суштини разликују.

Штета (имовинска или неимовинска) потиче из сваког кривичног дела, а имовинска корист за учиниоца само из неких.

Предмети ове мере и предмет имовинско-правног захтева се не поклапају. Негде је ужи не може се захтев односити за поништај правног посла, већ само ако је у питању имовинска штета – корист. Може бити шира штета из неморалног посла се не може тражити, али се корист коју је окривљени постигао може одузети по члану 91. КЗ.

У одлуци којом је изречена мера одузимање имовинске користи не одређују се **рокови** за њено извршење, тако да извршност мере наступа правноснажношћу пресуде односно решења којом је изречена.

Пошто имовинска корист представља чисту добит која се састоји у вишку имовине учиниоца коју је постигао извршењем или поводом извршења кривичног дела њему се морају признати одређени **издаци и трошкови** које је притом имао. Одбијају се трошкови који не улазе у саму радњу извршења кривичног дела, не може се награђивати криминална активност учиниоца, јер је **сврха** ове мере да он **не сачува никакву имовинску корист**, тако да му се не могу признати трошкови око личног труда и лични трошкови, већ треба одбити трошкове и издатке према природи и околностима случаја. Наиме, то зависи од учињеног кривичног дела и околности под којима је кривично дело учињено. То је фактичко питање, али у сваком случају не могу се признати лични трошкови учиниоца, вредност уложеног рада, плаћене услуге другим лицима и др., његов труд око извршења кривичног дела и слично, јер то улази у радњу извршења

кривичног дела, по својој природи. Извршиоцу треба признати трошкове у висини набавне цене робе, плаћеног пореза, царине, складиштење робе, превоза робе и слично.

Што се тиче **правне природе** одузимање имовинске користи је специфична кривично-правна мера која има имовинско-правни карактер, чији је **циљ** успостављања пређашњег стања пре извршења кривичног дела, она не представља кривичну санкцију, већ меру *sui generis*.

Чланом 516. ЗКП је предвиђено да суд по службеној дужности обавезно одређује **мере обезбеђења захтева** за одузимање имовинске користи. То се ради по одредбама које важе за извршни поступак, па се мора учинити вероватним опасност за остварење захтева. Што се тиче имовинско-правног захтева за обезбеђење, он се одобрава само на захтев овлашћеног лица.

У пракси су доста ретке судске одлуке којима је одузимана имовинска корист прибављена кривичним делом. Међутим, било је и таквих случајева, позната је пресуда Округног суда у Београду, Посебно одељење К.П.10/03 од 25.3.2005. године којим је од оптуженог Милана Зарубице, због извршења кривичног дела неовлашћене производње и стављања у промет опојних дрога из члана 245. став 2. у вези става 1. КЗ РС одузета имовинска корист велике вредности.

"На основу чл. 84. и 85. КЗ СРЈ и чл. 513. и 515. ЗКП, одузета је имовинска корист прибављена извршењем кривичног дела и то новац у износу од 320.000 америчких долара, 89.000 еура и то од оптуженог **Милана Зарубице**, као и новац у износу од 2.500.000 швајцарских франака који се налазе на рачуну оптуженог у банци "Vontobel AG", Цирих. Обавезан је оптужени Милан Зарубица да на име преосталог дела прибављене имовинске користи стечене извршењем кривичног дела плати износ од 10.000.000 америчких долара у динарској противвредности по званичном курсу Народне банке Србије, а у корист буџетских средстава Републике Србије у року од три месеца од дана правноснажности пресуде и под претњом извршења".

Та првостепена пресуда је потврђена пресудом Врховног суда Србије у Београду Посебно одељење Кж-1-ок-7/05 од 30.1.2006. године, где је наведено да се потврђује у целости као правилна одлука о одузимању имовинске користи прибављене извршењем кривичног дела, а која је изречена првостепеном пресудом. У разлогима пресуде наведено је следеће:

"Овде се ради о обавезној примени ове мере из члана 84. став 1. КЗ СРЈ, јер је првостепени суд утврдио постојање каузалног односа између извршеног кривичног дела и прибављене имовинске користи од стране оптуженог. Зависно од околности случаја имовинска корист може бити прибављена и пре преласка на извршење кривичног дела, односно самим извршењем и након извршења кривичног дела, тако да је без већег значаја утврђивање чињенице, када су вршене уплате на рачун оптуженог Зарубице у банци у Цириху, на чему је одбрана посебно инсистирала.

Првостепени суд је утврдио да извршена продаја опојне дроге амфетамина и по службеној дужности утврдио постојање прибављене имовинске користи, њену висину и одредио њено одузимање. Уколико је утврђивање тачне висине прибављене имовинске користи скопчано са великим тешкоћама или би водило знатном одуговлачењу кривичног поступка, суд је овлашћен да је може одредити по слободној оцени, како је правилно поступио првостепени суд, али **никако не може одбити њено утврђивање**. Пошто имовинска корист представља чисту добит која се састоји у вишку имовине, првостепени суд је правилно поступио када је оптуженом Зарубици признао одређене издатке и трошкове, а што је детаљно образложено на страни 170 и 171 пресуде, јасним разлозима".

2. Мера безбедности одузимања предмета из члана 87. КЗ

Мере безбедности су посебна врста кривичне санкције, где је специјална превенција у првом плану.

Мера безбедности **одузимања предмета** је једина мера безбедности у нашем систему кривичних санкција **стварног** карактера, док су све остале личне природе, а она у себи садржи и неке елементе имовинске казне.

Ова мера безбедности се може изрећи учиниоцу кривичног дела коме је изречена казна, условна осуда или судска опомена, ако је реч о неурачунљивом лицу може се изрећи и уз обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи, односно обавезно психијатријско лечење на слободи - чл. 81. и 82. КЗ. Суд може изрећи ову меру и кад је учинилац оглашен кривим али је ослобођен од казне - члан 80. КЗ.

Одузимају се предмети који су **средство** извршења кривичног дела, (предмети који су **употребљени и намењени** извршењу кривичног дела) или **настали** извршењем кривичног дела, а који су својина учиниоца. Мисли се

на предмете са којима је предузета радња извршења кривичног дела, односно предмете које је учинилац набавио ради извршења кривичног дела, али их није употребио, односно украдене ствари новац, фалсификована исправа, произведена дрога и слично. Не одузимају се предмети прибављени извршењем кривичног дела, као ни ствари купљене новцем прибављеним кривичним делом, већ се они одузимају као имовинска корист.

Не одузимају се ни тзв. *korpora delikti* овом мером, то су предмети на којима је извршено кривично дело.

Ако предмети нису својина учиниоца могу се изузетно одузети ако то захтевају интереси **опште безбедности**, односно ако постоји опасност да буду **употребљени за извршење кривичног дела** (у оба случаја ради се о предметима који су по својој садржини и намени опасни, по својој природи). Изрицање мере безбедности је у начелу **факултативно** (суд је може изрећи када сматра да је то потребно у циљу сузбијања криминалитета). Међутим, у посебном делу овог кривичног законика предвиђено је **обавезно** одузимање предмета који су употребљени за извршење кривичног дела или су били намењени односно настали извршењем кривичног дела. То су нпр. предмети код следећих кривичних дела фалсификовање новца, промет дроге и сл. Поступак одузимања предмета регулисано је чланом 512. ЗКП.

3. Посебне одредбе у поступку за кривична дела организованог криминала, члан 504а ЗКП

Одредбе ове главе од члана 504а. па до 504х. садрже **посебна правила** за кривично гоњење учинилаца кривичних дела организованог криминала, за поступак одузимања предмета и имовинске користи и поступак међународне сарадње у откривању и кривичном гоњењу учиниоца кривичних дела организованог криминала.

Одредбе члана 504р. до 504х. односе се на **привремено одузимање предмета и имовинске користи** у поступку за дела организованог криминала. Овим одредбама је предвиђен поступак привременог одузимања предмета и имовинске користи (решење првостепеног суда, жалба против решења, посебно рочиште у другостепеном поступку), јер ту долази у обзир привремено одузимање предмета велике вредности и имовинске користи у великим износима.

У општем кривичном поступку имовинска корист се не може одузети привремено или унапред, већ само као мера безбедности судском пресудом на крају поступка, али су могуће **привремене мере обезбеђења** по члану 516. ЗКП. У овом посебном поступку **привремено се могу одузети и предмети и имовинска корист** (добит проистекла из кривичног дела). За то одузимање довољни су основи сумње да је извршено кривично дело организованог криминала, што значи да се мере могу применити и у преткривичном поступку. Циљ привременог одузимања предмета и имовинске користи се састоји у обезбеђењу истоимене мере безбедности ако буде изречена.

VIII Разлика у односу на претходни систем

Овде је од **значаја** пре свега **однос** између закона и **одузимања имовинске користи** која је регулисана одредбама чл. 91. до 93. КЗ. **Мера безбедности одузимања предмета** из члана 87. КЗ је посебна врста кривичне санкције, она не може имати повратно дејство, а ретроактивно дејство може имати само у случају да је блаже за учиниоца, што је прописано чланом 5. КЗ. Мере из члана 504а. ЗКП садржи посебне одредбе које се односе на **привремено одузимање предмета и имовинске користи** у поступку за кривично дело организованог криминала.

1. Правна природа

Одузимање имовинске користи је специфична кривично-правна мера која има имовинско-правни карактер чији је циљ успостављање пређашњег стања пре извршења кривичног дела и сврха те мере је да учинилац не сачува никакву имовинску корист.

Из изложеног се може видети да је одузимање имовинске користи из члана 91. КЗ и одузимање имовине проистекле из кривичног дела и имају **сличну правну природу** – с тим што је суштина новог закона у **превенцији** и **спречавању** будућег вршења кривичних дела и она има далеко **шире циљеве**.

Суду су дата **проширена** овлашћења за одузимање криминалне имовине што је важно због могућности **ретроактивне примене** (повратне примене закона) и на кривична дела која су **извршена пре** ступања на снагу овог закона, а у случају да учинилац поседује имовину која је у **очигледној несразмери** са његовим незаконитим приходима.

Ако се узму у обзир услови који су овим законом предвиђени за одузимање криминалне имовине, **процесне гаранције** које су дате учиниоцу, на рочишту му је омогућено **фер суђење** и да му је пружена могућност да изнесе своје **аргументе** који потврђују његове наводе, нарочито сам начин на који се расподељује трајно одузета имовина у смислу члана 49. Закона, указује да ова мера има превентивни карактер, да би се заштитио општи, јавни интерес.

Најефикаснија мера у борби против тешких облика криминала који се односе организованим и транснационалним карактером је одузимање криминалне имовине. Тиме се удара у економске темеље криминала. Зато је то један од **најважнијих закона** које смо уопште и донели.

Циљеви наведеног закона су следећи:

- расформирање криминалне организације, уништење њене економске моћи

- превенција, одузимањем криминалне имовине се спречава вршење будућих кривичних дела, јер је на тај начин криминална организација финансијски потпуно упропаштена и онемогућена да учествује на законитом тржишту са добити од криминала,

- права оштећеног да поврати средства на која има право,

- јачање примене закона коришћењем одузетих средства од учиниоца у корист државе,

- подстицај сарадње између служби и органа и њихово јачање у борби против организованог криминала.

2. Разлике

Постоје многобројне **разлике**, јер нови закон практично **отклања недостатке** постојећих прописа, који фактички омогућавају одузимање само имовинске користи прибављене кривичним делом за које је одређено лице осуђено, као и досадашњу праксу доста ретких судских одлука.

Нови закон би требало да буде далеко **ефикаснији** и да омогућава широку примену у погледу **имовине** која се одузима и **лице** од којег се имовина може одузети, предвиђа **посебан поступак** за одузимање криминалне имовине, **другачији начин доказивања**, јер је учинилац у ситуацији да мора да оспорава захтев супротне стране – јавног тужиоца.

3. Листа кривичних дела

Материјални услов за примену новог закона се односи на **кривична дела** која представљају основ за примену закона, та кривична дела су таксативно набројана, ради се о тешким кривичним делима која се нису могла избећи, има их укупно 26 плус кривична дела организованог криминала. Потребно је да је учинилац **извршио** неко од тих кривичних дела и да је то **утврђено правноснажном пресудом**.

4. Имовина

Новим законом може се трајно одузети криминална имовина, криминална добит или приход који је **створен**, као и добро у које је она **претворена** и са којом је **помешана**. У случају да је криминална имовина **претворена** делимично или у целини у неку другу имовину, таква имовина подлеже заплени и конфискацији. То се односи на случајеве **мешања** имовине криминалног порекла са законом стеченом имовином. Таква имовина ће бити подложна конфискацији до **процењене вредности** помешаних средстава криминалног порекла, што значи да мора да се обави вештачење. Исти режим се примењује на приходе и друге користи проистекле из криминалне добити, имовину у коју је она претворена или имовина са којим је добит помешана.

По нашем закону одузимање криминалне имовине **није ограничено никаквим роком**, може се вршити **неограничено**, није предвиђено законом у ком временском интервалу је та имовина стечена, односно од када датира њено порекло (наш закон је сличан **белгијском систему**, с тим што он предвиђа одређени рок - имовина стечена у периоду од 5 година **пре** подизања оптужбе, а **потиче** из кривичног дела за које је лице осуђено, која су таксативно набројана или су слична тим кривичним делима).

5. Субјекти – лица од којих се имовина може одузети

Што се тиче **лица**, криминална имовина се може одузети од **сведока сарадника, оставиоца, њихових правних следбеника** као и **наследника** тих лица, а не само од **окривљеног**.

Новим законом криминална имовина се може одузети од **трећег лица** било физичког или правног, на које је пренета, без накнаде или уз накнаду која не одговара стварној вредности, а у циљу осујећења одузимања, што је предвиђено чланом 28. новог закона.

Одузимање имовинске користи се односи на далеко **ужи** број лица. Ту се имовинска корист прибављена кривичним делом одузима од **учиниоца** кривичног дела, као и од лица на које је **пренесена** имовинска корист без накнаде или уз накнаду која очигледно не одговара правној вредности, а одузима се имовинска корист **прибављена за друго**, било за физичко или правно лице.

6. Надлежни органи

Нови закон предвиђа да су органи надлежни за откривање, одузимање и управљање имовином проистекли из кривичног дела, **јавни тужилац и суд**, то су већ постојећи органи, као и **организациона јединица Министарства МУП-а Србије** надлежног за финансијску истрагу и **Дирекција** за управљање одузетом имовином, а то су нови органи, који до сада нису постојали.

Јавни тужилац **покреће и руководи финансијском истрагом** и у оквиру ње захтева од специјализоване полицијске јединице прикупљање одређених **доказа**.

Специјализована полицијска јединица је **главни оперативни орган** и која по налогу јавног тужиоца спроводи финансијску истрагу. **Циљеви** кривичне и финансијске истраге се **разликују** јер се у оквиру прве прикупљају докази о учиниоцу кривичног дела, док је циљ финансијске истраге откривање и утврђивање имовине проистекле из кривичног дела.

7. Поступак - финансијска истрага

Јавни тужилац доноси **наредбу** о покретању финансијске истраге када оцени да постоје основи сумње да власник поседује **знатну имовину проистеклу из кривичног дела** и она је обавезна фаза поступка. Ту се прикупљају: **1)** докази о имовини за које постоје основи сумње да **проистиче** из кривичног дела **2)** о законитим приходима учиниоца **3)** о трошковима живота окривљеног, сведока сарадника или оставиоца, **4)** доказ о имовини коју је наследио правни следбеник, **5)** као и докази о имовини и накнади за које је имовина пренета на треће лице (што се по правилу не доказује у кривичном поступку).

Финансијска истрага је уствари најважнији део поступка и то уствари имамо **тужилачку истрагу** која се **води независно од кривичног поступка** да га не би оптерећивала.

8. Поступак за привремено одузимање предмета

Услов за покретање овог поступка је постојање опасности да би њено касније одузимање било **отежано и онемогућено**. Јавни тужилац је овлашћен да поднесе **захтев за привремено одузимање имовине** за коју сматра да постоји основана сумња да је **проистекла** из кривичног дела.

Решење којим је усвојен захтев за привремено одузимање имовине у члану 25. став 2. Закона је предвиђено да између осталог садржи податке о околностима из којих произилази основана сумња да имовина **потиче** из кривичног дела.

У **општем** кривичном поступку имовинска корист се не може одузети привремено или унапред, већ само као мера безбедности судском пресудом на крају поступка, али су могуће **привремене мере обезбеђења** по члану 516. ЗКП.

Наиме, чланом 516. ЗКП је предвиђено да је суд по службеној дужности обавезан да одређује мере обезбеђења захтева за одузимање имовинске користи. То се ради по одредбама које важе за извршни поступак, па се мора учинити вероватним опасност за остваривање захтева.

Међутим, у **посебном поступку** члан 504а. ЗКП за кривична дела организованог криминала могуће је привремено одузимање предмета и имовинске користи.

9. Поступак за трајно одузимање имовине

То је **централни део** поступка који се **покреће** на захтев јавног тужиоца у току кривичног поступка, тачније након подизања оптужнице, а најкасније у року од годину дана од доношења правноснажно осуђујуће пресуде.

Ту имамо **две ситуације, прву**, ако се поднесе захтев за трајно одузимање имовине **у току првостепеног поступка** одлука ће бити донета **без вођења расправе**, а у том случају се позива власник да се на главном претресу **изјасни** да ли оспорава захтев, у случају да он не дође на главни претрес или се не изјасни о захтеву или га не оспорава, одлука о захтеву ће бити донета у **пресуди**.

Другу, ако власник оспорава захтев, као у случају подношења захтева након правноснажно окончаног поступка одлучивање о трајном одузимању имовине спроводи се у **посебном поступку** који је подељен на припремно и главно рочиште.

На **припремном рочишту** странке предлажу **доказе** на којима за-
снивају свој захтев или оспоравају захтев супротне стране. Затим се одр-
жава **главно рочиште** на коме се одлучује о главној ствари.

На главном рочишту се сучељавају аргументи странака а јавни ту-
жилац треба да изнесе доказе: **1)** о имовини коју осуђени односно сведок
сарадник поседује, **2)** о његовим законским приходима, **3)** околностима
које указују на постојање очигледне несразмере између имовине и законитих
прихода. Изношењем ових доказа уз постојање **правоснажне осуђу-
јуће пресуде** ствара се претпоставка да осуђени и сведок сарадник посе-
дује имовину проистеклу из кривичног дела, реч је **о оборивој правној
претпоставци**, јер осуђени и сведок сарадник могу да оспоравају наводе
јавног тужиоца (нпр. оспоравао би власништво над имовином, постојања
околности о основаној сумњи о криминалном пореклу имовине, о очи-
гледној несразмери између имовине и законитих прихода и др.).

Ако је захтев усмерен на имовину **правног следбеника** или **трећег
лица** тужилац је обавезан да поред доказа који су горе описани, докаже да је
правни следбеник наследио имовину проистеклу из кривичног дела, односно
да је криминална имовина пренета на треће лице без накнаде или уз накнаду
која очигледно не одговара стварној вредности, а у циљу осуђења одузима-
ња. Након тога супротна странка добија прилику да оспорава наводе јавног
тужиоца. По окончању рочишта суд доноси **решење** којим се усваја или од-
бија захтев за трајно одузимање имовине у смислу члана 34. Закона.

Из изнетог се види да се поступак за трајно одузимање криминал-
не имовине покреће по захтеву јавног тужиоца, а не по службеној дужно-
сти, док се имовинска корист одузима по службеној дужности у смислу
чл. 91. до 93. КЗ.

10. Терет доказивања

Терет доказивања је на ономе **ко нешто тврди**, на **оптужби**.
Нпр. јавни тужилац треба да пружи довољно доказа да је окривљени по-
чинио кривично дело, да би суд донео осуђујућу пресуду.

Сада имамо **подељен терет доказивања** - окривљени и друга на-
ведена лица се морају **упустити** у кривични поступак и **оспоравати** зах-
тев и наводе јавног тужиоца, који има **правоснажно осуђујућу пресуду**
и који пружа суду доказе да постоји **велика несразмера** између легалних

прихода и постојеће имовине учиниоца, ако то докаже постоји **законска претпоставка** да је та имовина стечена криминалом, она је оборива и учинилац може да доказује законито порекло имовине.

Захтев против **правног следбеника** треба да садржи доказе да је наследио имовину проистеклу из кривичног дела, а захтев против **трећег лица** доказе да је криминална имовина пренета без накнаде или уз накнаду која не одговара стварној вредности, а у циљу осујећења одузимања што је предвиђено чланом 28. Закона.

Тек тада терет доказивања пада на учиниоца.

Из овога се види да би се суд напоскон бавио само суђењем и судија би био у далеко повољнијем положају него у кривичном поступку.

11. Примедбе на нови закон

Многи оспоравају **законитост** наведеног закона и истичу да је овим законом повређен **члан 58. Устава Републике Србије** који говори о **праву на имовину**, где је у ставу 1. наведено да се јемчи мирно уживање својине и других имовинских права стечених на основу закона. Међутим, и у нашем Уставу "Сл. гласник РС" бр. 98/06 у ставу 2. члана 58. Устава је наведено да се право својине може одузети или ограничити у **јавном интересу** утврђеном на основу закона.

По нашем мишљењу овим законом су испоштовани стандарди људских права загарантовани Европском конвенцијом о људским правима "Сл. лист СЦГ" бр. 9/03, као и одредбе Устава Републике Србије, које се односе на **право на мирно уживање приватне својине**, које предвиђа да нико не може бити лишен приватне својине, осим у јавном интересу и под условима предвиђени законом и општим начелима међународног права. **Неопходно је утврдити везу између понашања власника и кршења закона**, с тим да се власнику мора омогућити да пред надлежним органом изнесе своје тврдње – своје **аргументе**, поступак против њега мора бити фер, он мора добити право на правично суђење, а то је могућност да побија спорну законску претпоставку.

Што се тиче правне природе одузимања имовине стечене криминалом и с тим у вези питања могућности **ретроактивне примене**, мора се имати у виду да се ради о одузимању имовине **превентивног карактера**, не казног, јер се односи на одузимање извора прихода од лица, како би се спречило њихово будуће коришћење у криминалној организацији, тако да би се овај закон

могао применити и на кривична дела извршена **пре ступања** на снагу овог закона, имајући у виду да је то пре свега у јавном интересу, као и да је у складу са нашим међународним обавезама које смо прихватили, потврђујући одређене Међународне конвенције које се баве тим питањима.

IX Закључак

Доношење Закона о одузимању криминалне имовине је значајна новина у борби против извршиоца најтежих кривичних дела и који ће сигурно бити далеко **ефикаснији** од досадашњих законских решења.

Сврха овог закона није кривично гоњење извршиоца за ситне, багателне ствари, већ треба гонити извршиоце **најкрупнијих и најтежих кривичних дела**, није битна масовност већ **квалитет**, овим законом се мора ударити на тзв. "тајкуне", људе који поседују велику имовину криминалног порекла.

Ради одузимања криминалне имовине неопходна је **међународна сарадња** јер организовани криминал има транснационални карактер. Ту предност треба дати међународним уговорима, па онда мултилатералним Конвенцијама, па на крају се има применити овај закон (имамо супсидијарну примену закона), ако такав споразум не постоји или одређена питања нису њиме регулисана.

Ту се мора поштовати стандард **клаузуле јавног поретка**, а постоје ограничења у примени међународне правне помоћи, да то није супротно нашим интересима, а условљено је и задовољење стандарда **правичног суђења** – члан 52. Закона, да притом нису повређена основна начела нашег права, као и права грађана.

Овим законом испоштовани су и **стандарди људских права** загарантованим Европском конвенцијом о људским правима ("Сл. лист СЦГ" број 9/03) и то:

а) право на мирно уживање приватне својине, које предвиђа да нико не може бити лишен приватне својине, осим у **јавном интересу** и под условима предвиђеним законом и општим начелима међународног права. Неопходно је утврдити **везу** између понашања власника и кршења закона, с тим да се власнику мора омогућити да пред надлежним судом изнесе своје тврдње – своје аргументе, поступак против њега мора бити фер.

Уставом Републике Србије "Сл. гласник РС" бр. 98/06 у члану 58. говори се о праву на имовину и јемчи се мирно уживање својине и других имовинских права стечених на основу закона. Међутим и по **нашем Уставу** право својине може бити одузето или ограничено само у јавном интересу утврђеном на основу закона, а што је овде управо случај.

б) право на правично суђење, није у супротности са увођењем **законске претпоставке**, која **терет доказивања** пребацује на лице против кога се води поступак. Конвенција у начелу не забрањује чињеничне и правне претпоставке, али обавезује државе уговорнице да у области кривичног права не пређу одређени праг, већ да постоје **разумна ограничења** те претпоставке, водећи рачуна о поштовању **права одбране**. Основна гаранција је да учесник поступка има могућност да **побија** спорну законску претпоставку;

ц) забрана ретроактивне примене кривичног закона, односи се пре свега на правну природу одузимања имовине стечене криминалом, с тим у вези је и питање могућности њене **ретроактивне примене**. Реч је о одузимању имовине **превентивног карактера** (не казног), јер се односи на одузимање извора прихода од лица, како би се **спречило** њихово будуће коришћење у криминалној организацији, тако да би се овај закон могао применити и на кривична дела извршена **пре ступања на снагу овог закона**.

Коришћена литература:

1. "Одузимање имовине проистекле из кривичног дела", ауторски рад проф. др Горана П. Илића, издање из 2009. године
2. "Коментар КЗ" проф. др Љубише Лазаревића, издавач Јавно предузеће "Службени гласник", издање из 2006. године
3. "Коментар КЗ", проф. др Зоран Стојановић, издавач Савремена администрација, издање из 2006. године
4. "Коментар Законика о кривичном поступку", проф. др Момчило Грубач, издавач "Службени гласник", издање из 2003. године

Драган Јоцић,
судија Врховног суда Србије

СПОРЕДНО КРИВИЧНО ЗАКОНОДАВСТВО

Треба признати да ја немам много поверења у закон. Сувише строге законе људи са правом крше. Ако су закони исувише компликовани људска оштроумност лако нађе начина да се провуче кроз шупљине ове мреже развучене и слабе. Они се мењају спорије него што се мења живот; опасни кад заостају за животом, постају још опаснији кад хоће да му предњаче. Лош је сваки онај закон о који се људи сувише огреше; на законодавцу је да тај закон или укине или измени, да се не би презир који је тај глупи закон на себе навукао проширио и на друге, правичније законе.

Маргарет Јурсенар: Хадријанови мемоари

Кривично законодавство, као систем законских одредби којима се утврђују општи и посебни услови за примену кривичних санкција, садржано је првенствено у кривичним законима односно законцима и представља **опште кривично законодавство**.

Кривично правне одредбе садржане у другим законима имају допунски карактер у односу на одредбе кривичних закона. Теоријски, оне су малобројне и односе се, по правилу, само на једну област кривичноправне заштите и представљају **посебно или споредно кривично законодавство**.

Ступање на снагу Кривичног законика 1.1.2006. године (у даљем тексту КЗ) актуелизовало је питање споредног кривичног законодавства.

Када се разматра однос КЗ и споредног кривичног законодавства нужно је то разматрање временски ограничити, те њихов однос размотрити у време усвајања или време ступања на снагу КЗ. С обзиром да *vacatio legis* није био значајно дуг тај однос се, у том периоду, није могао значајно изменити. После усвајања КЗ у Скупштини његов утицај на споредно кривично законодавство престаје и оно може изнова наставити или да

обогаћује или да, често непотребно, урушава кохерентност кривичног права. Све зависно од кривичноправне едукованости законодавца, односно схватања значаја некривичног прописивања кривичноправних норми у другим законима.

Несумњиво да споредно кривично законодавство може представљати или богатство или терет кривичног законодавства.

Претходно је нужно напоменути да општи део наших кривичних закона није садржао општу одредбу која би се, суштински, односила на споредно кривично право. Додуше, чланом 1 КЗ РС било је одређено да кривично законодавство Републике Србије чине одредбе овог закона и кривичноправне одредбе садржане у другим законима Републике Србије. КЗ је прерастањем из кривичних закона у законик, вероватно наглашавајући сопствени кодификаторски значај, чак и ову одредбу непотребно изоставио.

Ни у настави се овом проблему не посвећује пажња, тако да у уџбеницима кривичног права о томе готово да нема помена.

Стручна литература теми споредног кривичног законодавства пажњу посвећује спорадично, најчешће анализом појединих кривичних дела прописаних посебним законима и оправданости њиховог позиционирања у посебним законима.

Зато смо и дошли у прилику да констатујемо, пре ступања на снагу КЗ, дакле колико пре три године, одсуство сваке мере у прописивању кривичноправних норми некривичним законима и његовом оцењивању као терета кривичног законодавства. Примера ради:

Законом о оружју и муницији (1. март 1992. године) стављена је ван снаге одредба чл. 292 КЗС и уместо казне од 1 до 10 година за најтежи облик кривичног дела из чл. 33 ст. 3 прописана је казна затвора од 3 до 15 година. Шта рећи о правној сигурности, о доследности... када КЗ за исти облик овог кривичног дела сада прописује казну затвора од 1 до 8 година, односно троструко мањи минимум и готово дупло мањи максимум.

Исто је и са одредбама чл. 23 и 24 Закона о јавном реду и миру. За најтеже облике ових кривичних дела (замахивање ножем према службеном лицу без наношења повреде) запређена је била казна затвора у трајању од најмање 5 година, као и за основно кривично дело убиства.

Додајмо да је чл. 192 Закона о пореском поступку и пореској администрацији прописан престанак важења дела одредбе чл. 139 КЗ РС.

Претходни примери су наведени пре свега зато што је некривичним законима одређен престанак важења одредаба кривичних закона. Није спорно да су све кривичноправне норме једнако обавезне, без обзира да ли су прописане кривичним законима или посебним законима и да се кривичноправне одредбе могу мењати другим законима и обрнуто. Међутим ту праксу морамо оценити, у најмању руку, непожељном.

Отуда је изричит и снажан био захтев стручне јавности да КЗ уведе ред у споредно кривично законодавство, да учини оно што је могао: да "почисти" за собом. Такве претензије исказао је и законодавац дајући му кодификаторску улогу. Изостављањем већ цитиране одредбе чл. 1. КЗ РС законик је, већ на самом свом почетку, споредно кривично законодавство потиснуо на маргину, сматрајући себе довољним да нормативно покрије материјално кривично право.

Кривичне норме споредног законодавства су део КЗ и са њиме представљају јединствен систем материјалног кривичног права, који управо зато мора бити кохерентан. Споредно кривично законодавство обогаћује систем материјалног кривичног права само ако је свесно свог (у складу са својим) ограниченог домета односно само ако је одређена мера споредног кривичног права. За одређивање мере споредног кривичног права пак, неопходно је претходно усвојити критеријуме на основу којих би је могли одредити.

Иако нису експлицитно одређени, чини се да нема спора о три критеријума:

- **специфичност, боље речено одсуство општости**, јер се посебним законима могу прописивати кривичне норме само уколико су повезане са другим нормама тог закона, које су специфичне за област која се тим законом уређује, због чега би ван контекста тог закона кривичноправна норма била теже примењива.

- **мања друштвена опасност** кривичног дела прописаног посебним законом, која у крајњем и увек, има одраза у запрећеној казни. Недопустиво је да се кривична дела велике друштвене опасности "остављају" у споредном кривичном законодавству. Начело нужне усклађености кривичног законодавства као целине намеће потребу да таква кривична дела

прођу контролу кривичног закона, оправданости и усклађености са осталим кривичним делима, па и саме висине казне.

- да се та кривичноправна норма тумачењем, које не би било екстензивно, не може подвести под кривично дело прописано кривичним законом, како би се избегло прописивање кривичних дела у различитим законима при чему би њихова разлика била незнатна, чиме би судској пракси била препуштена креативна улога у оваквим случајевима.

Одредбом чл. 431 КЗ прописано је да даном ступања на снагу овог законика престају да важе 23 кривичноправне одредбе садржане у 19 закона. У стручним рефератима, непосредно по усвајању законика, истицан је управо значајан допринос законика у уређивању ове области. Овакав закључак може опстати само ако не "прошетамо" законима чије одредбе престају да важе:

Ступањем на снагу КЗ престале су да важе одредбе чл. 172 и 174 Закона о пореском поступку и пореској администрацији, јер су ушле у састав кривичног дела пореске утаје из чл. 229 КЗ. Наспрам ове две одредбе у том закону су и даље остала кривична дела неуплаћивање пореза по одбитку у чл. 173 са три облика извршења и највишом запређеном казном до 10 година затвора, затим кривично дело неосновано исказивање износа за повраћај пореза и порески кредит из чл. 173-а са два облика извршења и запређеном казном до 10 година затвора, затим кривично дело угрожавања наплате пореза и пореске контроле из чл. 175, затим недозвољен промет акцизних производа из чл. 176 и недозвољено складиштење робе из чл. 176-а. Дакле, КЗ је преузео два кривичина дела из овог закона а 5 кривичних дела оставио у том закону, што несумњиво указује на обим захватања законика у овој области.

Престала је да важи одредба чл. 141 Закона о лековима и медицинским средствима. Зато је остала на снази одредбе чл. 140 са запређеном казном за најтежи облик овог кривичног дела до 10 година затвора. У истом "Службеном гласнику РС", бр. 84/04, у којем је објављен овај закон, објављен је и Закон о производњи и промету лекова који у одредбама чланова 65, 66 и 67 прописује кривична дела, такође са запређеном казном до 10 година затвора. КЗ у овај закон не дира, не интервенише.

Престао је да важи чл. 221 Закона о осигурању али је зато остао на снази чл. 222 који прописује кривично дело неовлашћено обављање осигурања.

гурања, затим чл. 223 и кривично дело давање лажних мишљења и извештаја и чл. 224 и кривично дело давање лажне процене. Дакле, однос инкорпорираних и "остављених" кривичних дела је један према три.

У Закону о стечајном поступку престале су да важе одредбе чл. 179, 181 и 182 али су остала дела прописана чл. 180 и 183 са прописаном казном до 5 година затвора за кривично дело из чл. 183 овог закона.

Престала је да важи одредба чл. 24 Закона о јавном реду и миру и кривично дело спречавања службеног лица у обављању послова безбедности или одржавања јавног реда и мира. Међутим, у том закону је остављена одредба чл. 23 која прописује кривично дело ометања овлашћеног службеног лица у обављању послова безбедности или одржавању јавног реда и мира. Значи, спречавање јесте а ометање није инкорпорирано у кривични законик. За најтежи облик кривичног дела из чл. 23 ЗЈРМ забрањена је казна затвора најмање 3 године, без прописивања посебног максимума казне. КЗ је прописујући општи максимум затворске казне у трајању од 20 година, нехатно, за овај облик кривичног дела подигао максимум са 15 на 20 година. Ради поређења: КЗ је за убиство прописао казну затвора до 15 година. Тако је ометање овлашћеног службеног лица постало теже кривично дело од спречавања истог лица и теже од кривичног дела убиства. Тешко је поверовати да је законодавац то желео.

Зато морамо закључити да КЗ није испунио очекивања у вези са споредним кривичним законодавством и да у њему никако нису остала мање значајна кривична дела. Посебно је недопустиво ноншалантно "остављање" кривичних дела са забрањеним казнама затвора до 10 година, па чак и до 20 година затвора у споредном кривичном законодавству а истовремено, помпезно, у КЗ уводити ново кривично дело: убијање и мучење животиња...

Претходни примери потврђују да законодавац није поставио јасне критеријуме на основу којих је поједина кривична дела оставио у споредном кривичном законодавству а друга инкорпорирао нити је применио претходно наведена три критеријума. Зато ваља покушати да анализом појединачних правних норми дођемо до могућих принципа којима се законодавац руководио, дакле идући од посебног ка општем.

Одредбом чл. 431 ст. 2 алинеја 5 КЗ прописано је да даном ступања на снагу КЗ престаје да важи кривичноправна одредба садржана у чл.

12 Антимонополског закона иако је Закон о заштити конкуренције (Службени гласник РС 79/2005 од 16.09.2005. године) као претходни, у чл. 17 прописао да даном ступања на снагу овог закона престаје да важи Анти-монополски закон. Дакле, КЗ је прописао престанак важења чл. 12 Закона који је већ престао да важи у целини. Што је сигурно, сигурно је.

Претпоставка да се ради о случајном пропусту законодавца није основана, јер:

Истом одредбом, алинеја 7, КЗ прописује престанак важења чл. 27 Закона о спречавању прања новца ("Службени лист СРЈ" бр. 53/01). Међутим, законом са истим називом ("Службени гласник РС", бр. 107/05 од 02.12.2005. године) је чл. 40 прописан престанак важења закона са истим називом објављеним у "Службеном листу СРЈ", бр. 53/01 у целини. Дакле, поново КЗ прописује престанак важења одредбе закона који је у целини престао да важи. Још једном, што је сигурно, сигурно је.

Претходни примери нас воде првом правно неприхватљивом начелу односа КЗ и споредног кривичног законодавства, да КЗ одређује престанак важења појединачних законских одредаба закона који у целини не важе, који се условно може назвати **принцип двоструке неважности или неважности неважећег**.

Претходни примери изазивају бар два проблема у пракси:

Први се односи на правилну примену права. Уздајући се у тачност КЗ судови ће поштујући принцип обавезне примене блажег закона из чл. 5 КЗ поредити одредбе неважећих закона наведених у алинејама 5 и 7 ст. 2 чл. 431 КЗ са одговарајућим у КЗ те погрешно применити право.

Други проблем је што су наведене одредбе споредних закона престале да важе пре ступања на снагу КЗ, који их преузима, те су у периоду до ступања на снагу КЗ декриминизоване, па би према окривљенима за ова кривична дела, извршеним пре ступања на снагу КЗ против којих поступак до тада није правноснажно окончан, оптужба морала бити одбијена.

Логично питање је да ли има дијаметрално супротних примера.

Кривични законик у чл. 198 прописује кривично дело повреда моралних права аутора и интерпретатора. Изненађујуће је да Закон о ауторским и сродним правима у чл. 142 прописује идентично кривично дело - повреда моралних права аутора и интерпретатора. Обе одредбе су у ставу

2 апсолутно идентичне, као и запрећена казна. За кривично дело из ст. 3 запрећене су идентичне казне. Разлика је у радњи коју закон одређује: ко искоришћава а законик: ко ставља у промет. Разлике у ставу 1 ова два кривична дела су незнатне, козметичке.

Кривично дело из чл. 183 истог закона и чл. 199 КЗ су идентичног назива неовлашћено искоришћавање ауторског дела или предмета сродног права, с тим што је обим кривичноправне заштите у КЗ нешто шири, тако да у потпуности конзумира кривично дело из чл. 183 наведеног закона.

Одредба чл. 255 КЗ и чл. 140 ст. 2 Закона о лековима и медицинским средствима су потпуно идентичне. Наравно да је ст. 2 одредбе КЗ суштински идентичан делу ст. 4 чл. 140. Одредба чл. 140 ст. 3 је идентична одредби чл. 259 ст. 3 КЗ.

Одредба чл. 90 ст. 1 Закона о рударству је апсолутно идентична одредби кривичног дела недозвољеног поступања са експлозивним и запалјивим материјалом из чл. 286 ст. 3 КЗ.

Одредба чл. 109 Закона о заштити животне средине, уређена, презета је у чл. 268 КЗ као кривично дело повреда права на информисање о стању животне средине.

Чланом 87 КЗ прописано је да предмети који су настали извршењем кривичног дела, одузеће се. Али за извршено кривично дело из чл. 115 Закона о водама имамо још један, дупли, основ прописан чл. 120 тог закона: "за кривично дело из чл. 115 овог закона учиниоцу ће се поред прописане казне одузети и предмет извршења кривичног дела". КЗ је морао утврдити престанак важења чл. 120 Закона о водама, јер се одредбе општег дела КЗ примењују и на кривична дела прописана посебним законом.

Неодољиво се намеће закључак да је законодавац једноставно заборавао да у одредби чл. 431 КЗ одреди престанак важења кривичноправних одредаба наведених споредних закона.

Утврђено стање води формулисању другог правно неприхватљивог принципа који промовише КЗ у уређењу односа са споредним кривичним законодавством: **принцип двоструке важности.**

У вези са претходним излагањем можемо одмах указати и на трећи правно неприхватљив принцип кривичног законика: **принцип прописивања кривичних дела која се не могу применити.** Зато што:

Учишилац који неовлашћено тј. без дозволе аутора објави тј. јавно саопшти ауторско дело чини и кривично дело из чл. 199 ст. 1 КЗ и кривично дело из чл. 183 ст. 1 Закона о ауторским и сродним правима али одредба КЗ неће никада бити примењена јер прописује строжу казну (применом чл. 5 КЗ). Дакле, на кривично дело које прописује КЗ, тај законик никада неће бити примењен.

Читаоцу се препушта, уз напомену да је овим рефератом обухваћен само део посебног законодавства, да одговори на питање који је разлог овако крупних пропуста законодавца.

На крају, вратимо се Хадријановим мемоарима. Можда смо оставили мрежу развучену и слабу.

Верољуб Цветковић,
судија Врховног суда Србије

СКРИВЉЕНА НЕУРАЧУНЉИВОСТ члан 24. КЗ – нека питања

Институт скривљене неурачунљивости носи епитет вечите актуелности о области кривичног права, а ово из разлога што се овај институт базира на научним достигнућима не само кривичног права већ и медицине, психологије, психијатрије, фармакологије, токсикологије, а нарочито алкохологије. Будићи да стоји непрекидан развој ових наука, дискутабилно је да ли се уопште може дати коначно решење за институт скривљене неурачунљивости.

Овај институт обухвата више кривично-правних питања, а познат је у теорији под називом *actiones liberae in causa seu ad libertatum relatae*. Да би се један институт разумео у актуелном тренутку треба поћи од његових почетака, и најпре ваља нагласити за институт *actiones liberae in causa*, да је дошло до његове институализације тек у буржоаском кривичном праву када је инкриминисано намерно стављање у пијано стање у циљу извршења кривичног дела.

Што се тиче овог института, код нас, овај институт први пут је додат у Српском казненом законнику из 1860. године, где је у члану 53. садржана одредба о неурачунљивости, а она је гласила: "Ни злочина ни престапа нема онда, ако онај који је какво дело учинио био луд или иначе слободна воља код њега искључена била".

Кривични законик Краљевине Југославије из 1929. године није садржавао одредбе о скривљеној неурачунљивости, мада је кривично-правна теорија разматрала овај институт. Постојало је самостално кривично дело пијанства.

Код нас се први пут институт ***actiones liberae in causa*** помиње, односно законски је одређен у Кривичном законнику – Општи део из 1947. године, где у члану 6. став 3. одређено: "Учиницац је кривично одговоран

ако се сам стави у стање привремене душевне поремећености у намери да у таквом стању учини кривично дело".

Анализирајући ову одредбу закључује се да је овом законском одредбом била ограничена одговорност само на намерне **actiones liberae in causa** а није наведено средство којима се учинилац може довести у привремено неурачунљиво стање. У оквиру овог члана није био предвиђен институт смањене урачунљивости, већ у члану 60. став 3. ОКЗ који је садржавао одредбу према којој постоји олакшавајућа околност ако је кривично дело извршило лице са смањеном урачунљивошћу осим ако је то стање проузроковано пијанством.

У Кривичном законнику ФНРЈ из 1951. године, у члану 6. је предвиђен институт смањене урачунљивости и проширена је кривична одговорност за **actiones liberae in causa** када је учинилац у тренутку стављања у стање привремене неурачунљивости био нехатан или евентуално умишљајан. Одредба члана 6. став 3. је гласила: "Учинилац је кривично одговоран ако се употребом алкохола или на други начин сам стави у стање привремене душевне поремећености иако је био свестан или је био дужан и могао бити свестан да у таквом стању може учинити кривично дело". Тада су истицане примедбе да је требало боље прецизирати став да кривична одговорност за **actiones liberae in causa** постоји, ако је учинилац стављајући се у стање привремене неурачунљивости поступао са умишљајем или из нехата у односу на дело које је у том стању извршио и друга, да је неопходно прецизирати да за учињено дело из нехата закон иначе предвиђа одговорност за нехат.

У Кривичном законнику СФРЈ из 1976. године, институт кривичне одговорности за деликте извршене у неурачунљивом стању регулисан је у члану 12. став 3. КЗ, који је гласио: "Кривично је одговоран учинилац кривичног дела који употребом алкохола, дрога или на други начин доведе себе у стање у коме није могао схватити значај свог дела или управљати својим поступцима, ако је пре него што се довео у то стање дело било обухваћено његовим умишљајем или је у односу на кривично дело код њега постојао нехат, а закон за такво дело предвиђа кривичну одговорност из нехата". Оцењена је да нова формулација боље дефинише институт **actiones liberae in causa** и да насупротив Кривичном законнику из 1951. године који је одређивао само биолошки основ неурачунљивости (привремена душевна поремећеност) КЗ СФРЈ из 1976. године, одређује само психолошки основ (немогућност расуђивања и немогућност одлучивања) али

то не значи да он искључује биолошки основ неурачунљивости. Као биолошки основ не мора постојати неко болесно стање већ то може бити и нормално стање, као што је стање сна. Тиме је проширена могућност примене института **actiones liberae in causa** на извесна стања као што су болест, сан, итд. Потом ова одредба изричито наводи оба облика кривичне - умишљај и нехат, који обухватају интелектуални и вољни елеменат.

Коначно изричито је утврђено да умишљај и нехат у односу на дело мора постојати пре него што се учинилац довео у стање немогућности расуђивања или немогућности одлучивања.

Може се закључити да су све реформе нашег кривичног законодавства подразумевале измене о дефинисању института **actiones liberae in causa**, али треба нагласити да је свако ново решење носило са собом и низ нових проблема у пракси које су разрешаване у следећем законском решењу.

Кривични законик Србије, који се примењује од 01. јануара 2006. године, у члану 24. дефинише скривљену неурачунљивост, па тако став 1. одређује: "Кривица учиниоца кривичног дела који се употребом алкохола, дрога и на други начин довео у стање у којем није могао да схвати значај свог дела или да управља својим поступцима утврђује се према времену непосредно пре довођења у такво стање" а у ставу 2. је одређено: Учиниоцу који је под околностима из става 1. овог члана учинио кривично дело у стању битно смањене урачунљивости не може се по том основу ублажити казна."

Дакле, новина је што законодавац у ставу 1. члана 24. КЗ одређује да се кривица код скривљене неурачунљивости утврђује према времену непосредно пре довођења у такво стање и у ставу 2. је одређено да учинилац који је под околностима из става 1. овог члана учинио кривично дело у стању битно смањене урачунљивости не може се по овом основу ублажити казна.

У даљем делу рада треба, размотримо следеће:

1. Појам скривљене неурачунљивости (*actiones liberae in causa*)

Пошто је правило да учинилац кривичног дела не може кривично одговорати за дело које је извршено у неурачунљивом стању, и како су ретка правила без изузетка то ће и овде изузетак постојати, у случају када се учинилац кривичног дела сам ставио у стање неурачунљивости и у та-

квом стању извршио кривично дело, а криминално политички разлози захтевају да се према таквим лицима примени кривична санкција.

Тај случај је у теорији познат под називом **actiones liberae in causa**, и традиционални латински термин који фигурира у теорији, а због немогућности адекватног превођења не фигурира у кривичним законцима, односно у текстовима кривичних закона.

Назив **actiones liberae in causa** дала је класична школа кривичног права и означава радње о слободној одлуци, али не и у извршењу. Ова школа је заступала став да је човечја воља потпуно слободна од свих утицаја како унутрашњих и спољашњих и због тога што је потпуно слободан у одлучивању да ли ће извршити кривично дело или не, учинилац мора бити одговоран односно кажњен за дело које је извршио.

С обзиром да присталице ове школе своје ставове заснивају на учењу о слободи воље као основ у урачунљивости, присталице ове школе код **actiones liberae in causa** подразумевале су радњу за коју је одлучујући узрок (causa) учинилац остварује у урачунљивом стању (стању слободне воље), а та радња испољава се као дело у стварном стању тек у оном моменту у којем је извршилац неурачунљив. Данас је учење о слободи воље превазиђено, али се појам **actiones liberae in causa** задржава у науци кривичног права.

Наш законодавац се у Кривичном законнику у члану 24. определио за назив скривљена неурачунљивост.

2. Стадијум извршења кривичног дела код *actiones liberae in causa* – скривљене неурачунљивости

Данас је прихваћено схватање да постоји како умишљајна тако и нехатна **actiones liberae in causa**, а разлика се огледа у стадијумима извршења ових кривичних дела.

Умишљајно извршење код **actiones liberae in causa** садржи следеће стадијуме:

- а) доношење одлуке да се изврши кривично дело или планирање извршења
- б) довођење самога себе у стање привремене неурачунљивости и
- в) извршење кривичног дела у том стању.

Истиче се да први стадијум само постоји код умишљајних кривичних дела, док у остала два стадијума се појављује и код умишљајних и код нехатних кривичних **actiones liberae in causa**.

Одлука да се изврши дело у привремено неурачунљивом стању је комплекснија од одлуке извршиоца који дело извршава у урачунљивом стању. Ова одлука треба да обухвати и одлуку о довођењу у неурачунљиво стање и одлуку о извршењу дела, а да између ових одлука мора да постоји повезаност, другим речима она мора остати непромењена услед стања душевне поремећености.

Стављање у стање привремене неурачунљивости представља радњу која се мора извршити у урачунљивом стању и њу не мора да изврши сам учинилац кривичног дела већ то може да учини неко друго лице под условом да је учинилац на то пристао.

Најважнији је трећи стадијум, извршење кривичног дела у стању привремене неурачунљивости, јер се само са последицом то јест извршењем кривичног дела заснива кривична одговорност учиниоца.

3. Урачунљивост и неурачунљивост код *actiones liberae in causa* – скривљене неурачунљивости

Најпре треба истаћи да урачунљивост представља скуп интелектуалних и вољних елемената који чине човека способним да мисли, расуђује и одлучује о својим поступцима и да управља њима. Другим речима урачунљивост представља способност учиниоца да се оријентише у времену, простору и у односу на друга лица и могућност да управља својим поступцима.

У кривичном праву интелектуални елемент означава способност учиниоца да схвати значај свог дела.

Вољни елемент се састоји у могућности да се донесе одлука и да се она изврши предузимањем или непредузимањем одређених радњи, а притом се подразумева да је учинилац способан да савлада спољне и унутрашње препреке.

Кривични законик у члану 23. дефинише неурачунљивост: "Неурачунљив је онај учинилац који није могао да схвати значај свог дела и није могао да управља својим поступцима услед душевне болести привремене душевне поремећености, заосталог душевног развоја или друге теже душевне поремећености".

Следом изнетог, закључује се да постоји претпоставка урачунљивости, и с обзиром да неурачунљивост представља један од суштинских елемената института **actiones liberae in causa**, неурачунљивост се мора утврдити у сваком конкретном случају.

Постоје три метода утврђивања неурачунљивости: психолошки, биолошки и мешовити (психолошко-биолошки) и наш Кривични законик усваја мешовити метод.

Биолошки основ представља душевну поремећеност која се може испољити у три облика: као душевна болест (привремена или трајна), привремена душевна поремећеност и заосталост душевног развоја.

Психолошки основ се исказује у облику немогућности схватања значаја свог дела (одсуство моћи расуђивања) или немогућности управљања својим поступцима (одсуство моћи одлучивања).

Дакле, кумулативно мора бити остварен један од три облика душевне болести (трајне или привремене), привремене душевне поремећености или заосталог душевног развоја (биолошки основ) и један од два облика психичких сметњи (психолошки основ) да би се могло говорити о неурачунљивости.

За примену института **actiones liberae in causa** као биолошки основ релевантно је једино стање привремене душевне поремећености.

Могућност схватања значаја свог дела није непроменљива категорија, и степен ове способности утврђује вештак судски психијатар у сарадњи са психологом. Овом приликом само указујем да се то чини прикупљањем података о личности учиниоца (његови мотиви, способности, навике, околности под којима је дело извршено, понашање учиниоца у тренутку извршене радње и др.), а ове податке није лако утврдити, јер се утврђивању њиховом не приступа непосредно после извршења дела, већ знатно касније, тако да подаци добијени од присутних сведока су често непрецизни, површни и противуречни.

4. Средства и начин којима се извршилац може довести у стање привремене неурачунљивости

Будићи да Кривични законик одређује да се кривица учиниоца кривичног дела који се употребом алкохола, дроге или на други начин до-

вео у стање у коме није могао да схвати значај свог дела и да управља својим поступцима утврђује према времену непосредно пре довођења у такво стање, то треба анализирати која су то средства којима се окривљење може довести у стање привремене неурачунљивости.

а) Алкохол

Постоји акутни и хронични алкохолизам.

Акутно пијанство се испољава у лакшем стању обичне некомпликоване опијености (у коју може доспети свако лице које конзумира алкохол) или у тежем стању необичне компликоване опијености у коју се изузетно долази.

Институт *actiones liberae in causa*, се односи само на привремену алкохолисаност која је довела до привремене неурачунљивости.

Хронични алкохолизам представља болест као последицу прекомерне и константне употребе алкохолних пића која доводи до оштећења физичког и психичког здравља, па се поставља питање да ли је искључена кривична одговорност хроничних алкохоличара. Преовлађујуће је мишљење да ће применом члана 23. КЗ бити искључена кривична одговорност хроничних алкохоличара.

У погледу института ***actiones liberae in causa*** акутна алкохолисаност има одлучујући значај.

Патолошко пијанство је посебно напито стање или неуобичајена акутна опијеност и то је стање које се карактерише као ненормална реакција на алкохол, и она се изражава као врста психозе коју треба разликовати од психичког стања које одликује дубок степен алкохолисаности. Наука још није открила шта је његов непосредни узрок, међутим, примећено је да се патолошко пијанство јавља код појединаца који болују од шизофреније, епилепсије и других душевних болести, и код особа које су боловале енцефалитис и менингитис после повреде мозга, и након сунчанице и смрзнутости.

Поремећај свести код патолошког пијанства траје кратко време и човек који се нађе у таквом стању може да изврши низ деликата. У овом стању опијени је неурачунљив и извршава радње које су потпуни резултат патолошких можданих функција. Следом тога, ваља истаћи да се патолошко пијанство код појединца испољава у животу и да он док пије не зна да ће доспети у такво стање, а то даље значи да у урачунљивом стању не-

могуће донети одлуку о извршењу кривичног дела у стању патолошке опијености јер је неизвесно да ли ће и када наступити. Коначан закључак је да кривична одговорност за кривично дело извршено у стању патолошког пијанства не постоји јер појединац конзумирајући алкохол неочекивано изненада постаје душевни болесник.

Б) Дроге

У Кривичном закону је санкционисано неовлашћено држање опојних дрога, било за сопствену употребу или из других разлога, а сама активност конзумирања дрога се не третира као криминална делатност, већ као болест. Међутим, у циљу набављања дроге врше се разни деликти.

Поставља се питање да ли треба правити разлику између учинилаца који нису прави наркомани, али су у тренутку извршења дела били дрогирани и учинилаца који за време апстиненцијалне кризе изврше кривично дело, другим речима треба утврдити да ли је дело учињено у дрогираном или не дрогираном стању и какво је стање претходило узимању дрога.

За постојање института **actiones liberae in causa** потребно је да учинилац у тренутку узимања дроге био урачунљив и вин у односу на казније извршено кривично дело, и треба правити разлику између оних који узимају дрогу да би у дрогираном стању извршили кривично дело и они који се већ одавно дрогирају и који више немају урачунљивих представа, већ из наркоманског делиријума прелазе у апстиненцијали делиријум.

Институт **actiones liberae in causa** се не примењује на хроничне наркомане, апстиненцијали симптоми су после наглог прекида узимања дроге испољавају се у виду напада и грчева и карактеристични су за сваку врсту дрога. У таквом стању да би набавили дрогу наркомани су спремни да изврше било које кривично дело, а способност да схвате значај дела или могућност да управљају својим поступцима у тим тренуцима не постоји и да апстиненцијално стање наступа независно од наркоманске воље. Значи да учинилац у такво стање долази независно од своје воље и предузима све да би дошао до дроге.

в) Таблетоманија

Дугим и неконтролисаним конзумирањем лекова може се изазвати зависност која се третира као облик наркоманије. Ова појава се означава

као таблетоманија, а у употреби је и назив фармакоманија и најчешће исказује злоупотребу медикамената – хипноаналгетика и аналгетика.

Узимаоци ових лекова морају, пре њихове употребе се упознати са њиховим дејством. (На паковањима лекова се стављају упозорења).

Овим упозорењима се решава једно значајно кривичноправно питање, а то значи да учинилац кривичног дела се неће моћи позивати на непознавање ефекта ових лекова и сматраће се да је био свестан и знао да после употребе ових лекова може учинити забрањену радњу или пропустити дужну радњу.

Теорија сматра да извршилац кривичног дела који се довео у привремену неурачунљивост услед употребе лекова и поред упозорења исказаног на леку, може одговорати применом института *actiones liberae in causa*, те да кривична одговорност не би долазила у обзир ако би се утврдило да је кривично дело извршено услед апстиненцијалног синдрома.

г) Сан

Стање сна је нормално физиолошко стање у коме се човек не налази при свести. Стање сна може да погодује извршењу кривичних дела. Дубок сан, и изненадно буђење из сна, услед застоја свести могу довести лице у бесвесно стање и да у таквом стању изврши кривично дело.

У теорији постоји мишљење да се сан може третирати у смислу скривљене урачунљивости, јер сан доводи до пропуштања дужности, а у области чињења сан се јавља код саобраћајних незгода.

С обзиром да стању сна претходи стање заморености, па возач у таквом стању, не прекине вожњу, доспео у сан и изазове незгоду, возач ће одговорати јер је био свестан или био дужан и могао бити свестан да у таквом стању може угрозити саобраћај.

д) Остала средства

Хипноза се дефинише као стање промењене свести, у коме је хипнотисано лице подложно сугестији.

Разликују се вољна и невољна хипноза. Кривични законик невољну хипнозу подводи под појам силе.

Вољна хипноза представља самостално довођење у стање неурачунљивости, било аутохипнозом или радњом другог лица. У оба случаја,

уколико хипнотисано лице изврши кривично дело његова одговорност третираће се у оквиру скривљене неурачунљивости.

На крају, у теорији се истиче да и одређене врсте болести учиниоца, за које је он знао, могу, уколико учинилац изврши кривично дело у таквом стању, довести до његове одговорности применом института скривљене неурачунљивости.

5. Одређивање кривичног дела на које се односи кривица учиниоца код *actiones liberae in causa* – скривљене неурачунљивости

ОКЗ који је у члану 12. став 3. одређивао да је кривично одговоран учинилац кривичног дела који употребом алкохола, дроге или на други начин довео себе у стање у коме није могао да схвати значај свог дела и да управља својим поступцима, ако пре него што се довео у то стање дело било обухваћено његовим умишљајем или у односу на кривично дело код њега постојао нехат, а закон за такво дело предвиђа кривичну одговорност и за нехат.

У Кривичном законнику у члану 24. став 1. се одређује да: "Кривица учиниоца кривичног дела који се употребом алкохола, дрога или на други начин довео у стање у коме није могао да схвати значај свог дела и да управља својим поступцима утврђује се према времену непосредно пре довођења у такво стање", па следом тога могуће су следеће ситуације:

А) да је код лица које је себе ставило у стање привремене неурачунљивости постојала кривица у односу на неко одређено кривично дело, али је касније извршило неко сасвим друго кривично дело

Б) да је код лица које се ставило у стање привремене неурачунљивости, пре стављања у стање привремене неурачунљивости код њега постојала свест која се односила на могућност да се врши у таквом стању неко кривично дело.

Следом законске одредбе из члана 24. став 1. КЗ-а, у ситуацијама под А и Б, нема кривичне одговорности.

В) Коначно поставља се питање да ли кривица мора да обухвата сва обележја кривичног дела или је довољно да она обухвата основне и битне делове, па будући да Кривични законик одређује да се кривица одређује код учиниоца, односно утврђује према времену непосредно пре до-

вођења у такво стање, преовлађује мишљење да кривица не мора да обухвата сва обележја кривичног дела у конкретном облику, значи у свим детаљима, али је потребно да она обухвата основне и битне делове кривичног дела.

Последица као елемент кривичног дела

Последица, је један од услова за постојање кривичног дела. У склопу института **actiones liberae in causa**, значи да код окривљеног, пре него што је дошао у привремено неурачунљиво стање мора постојати кривица у односу на последицу која се може појавити у облику повреде или угрожавања. У оквиру института **actiones liberae in causa** најчешће се појављује повреда као последица, али могуће је извршење кривичног дела са последицом угрожавања, а то значи да је остварена апстрактна опасност као последица радње извршења.

Узрочна веза код **actiones liberae in causa** – скривљене неурачунљивости

Код института **actiones liberae in causa** постоји специфичност узрочне везе, јер се она не успоставља непосредно, због постојања још једне радње, то јест радње којом се окривљени ставља у стање неурачунљивости, а то даље значи да би постојало **actiones liberae in causa** потребно је да се успостави узрочна веза између две радње и последице чиме се успоставља узрочна веза која треба да садржи континуитет делатности.

Покушај извршења код *actiones liberae in causa*

У члану 30. став 1. одређено је да ко са умишљајем започне извршење кривичног дела, али га не доврши казниће се за покушај кривичног дела за које се по закону може изрећи казна затвора 5 година или тежа казна, а за покушај другог кривичног дела закон изричито прописује кажњавање за покушај.

С обзиром на то да ли је радња кривичног дела само започета или довршена разликују се две врсте покушаја несвршени и свршени покушај.

А) Несвршени покушај постоји када је започета радња извршена али није довршена, нпр. када лице А нанишани на лице Б али не опали, замахне ножем али га не прободу и др.

Б) Свршени покушај или промашено кривично дело постоји када је радња извршења започета или довршена али није наступила последица, нпр. А нанишани и опали из пушке на лице Б али га не погоди или стави отров у чашу лицу Б али га овај не попије и др.

Коначно треба споменути и квалификовани (сложени) покушај. Ова врста покушаја постоји када радња коју је окривљени предузео ради извршења једног кривичног дела поред тога што за то дело представља покушај, садржи и сва законска обележја неког другог свршеног кривичног дела.

Следом изнетог, покушај код **actiones liberae in causa** може постојати само код умишљајних **actiones liberae in causa**.

Кривица учиниоца код *actiones liberae in causa* - скривљене неурачунљивости

У члану 22. Кривичног законика одређено је да: 1. "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 2. "Кривично дело је учињено са кривицом и ако је учинилац поступао из нехата, уколико закон то изричито предвиђа."

Следом тога, закључује се да кривица постоји код **actiones liberae in causa** ако је у време стављања у неурачунљиво стање код окривљеног у односу према делу постојао такав психички однос да му се то дело може ставити на терет. Будући да кривица представља психолошку страну сваког кривичног дела, кривица се појављује у облику умишљаја и нехата, па се стога разликују умишљајна и нехатна **actiones liberae in causa**. У члану 25. КЗ-а је одређено да је кривично дело учинио с 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.

Свест се изражава у сазнању стварних обележја кривичног дела, а воља у хтењу или саглашавању остварења дела, тј. у хтењу последице или саглашавању са њеним наступањем, а то даље значи да свест о делу постоји када окривљени има представу о радњи и последици, о узрочној ве-

зи између радње последице, о објекту дела и о другим околностима које чине обележје кривичног дела, као што су време, место, начин и средство извршења дела.

У случају да учинилац није био свестан неке стварне околности које представља обележје кривичног дела, онда код њега не постоји умишљај на то дело. С обзиром на законску дефиницију умишљаја постоје две врсте умишљаја директни и евентуални.

Да би постојао директни умишљај потребно је да код окривљеног постоји свест о делу и хтењу дела. Код **actiones liberae in causa** директан умишљај постоји ако окривљени доводећи се у стање привремене неурачунљивости био свестан да ће извршити кривично дело и баш то хтео.

Код евентуалног умишљаја, има места примени института **actiones liberae in causa**, ако је окривљени у тренутку довођења у стање привремене неурачунљивости био свестан да може извршити кривично дело и на то пристао. Дакле, разлика између директног и евентуалног умишљаја базира се искључиво на вољном елементу који код директног умишљаја је изражен у хтењу последице, а код евентуалног у пристајању на последицу.

Намера

Намера је свесна опредељеност радње ка остварењу циља чија представа делује као покретач радње.

Под циљем се подразумева промена коју окривљени жели да оствари извршењем кривичног дела.

Циљ није садржан у појму умишљај, већ се налази изван њега, а његово једино дејство у кривичном праву јесте у томе што се може узети као околност код одмеравања казне, али је без утицаја на постојање кривице. Намера се изражава у високом степену свести и јаком интензитету воље, јер учинилац предвиђа последицу и предузима све како би је реализовао, због тога се каже да је намера квалификовани умишљај, то значи да намера представља директан умишљај, док кривично дело извршено са евентуалним умишљајем као и нехатна кривична дела искључују постојање намере.

Конечно, намерне **actiones liberae in causa** јављају се како код кривичних дела нечињења, тако и код кривичних дела чињења, с тим што су ова (чињења), комплекснија, јер садрже континуитет намере. Намера код њих

мора постојати од тренутка стављања у неурачунљиво стање до тренутка извршења дела и наступања последица, што је веома тешко доказати.

Наш законодавац није изричито предвидео постојање намерних **actiones liberae in causa**.

Нехат

Будући да се у пракси најчешће дешавају нехатни **actiones liberae in causa** најпре указујемо да Кривични законик у члану 26. одређује да је кривично дело учињено из нехата када је учинилац био свестан да својом радњом може учинити дело, али је олако држао до тога неће доћи или да ће то моћи спречити или када није био свестан да својом радњом може учинити дело, иако је према околностима под којима је оно учињено и према својим личним својствима био дужан и могао бити свестан те могућности.

Следом тога, постоји свесни и несвесни нехат.

Свесни нехат постоји када је окривљени био свестан да забрањена последица може наступити али је олако држао да она неће наступити или да ће је моћи спречити, а разлика између свесног нехата и евентуалног умишљаја састоји се у томе што код свесног нехата не постоји вољни елеменат, другим речима код евентуалног умишљаја окривљени не жели последицу али је пристао на њено наступање, док код свесног нехата који се испољава у облику поуздања и самопоуздања он не пристаје на њено наступање, већ само олако држи да она неће наступити или да ће моћи спречити.

Несвесни нехат постоји када учинилац није био свестан могућности наступања забрањене последице иако је према околностима под којима је дело учињено био дужан и могао бити свестан те могућности, а то даље значи да код несвесног нехата, нема како непостојања свести тако и непостојања воље. Дужност и могућност свесности наступања забрањене последице произилази из стварних, животних околности и личне способности учиниоца, при чему се дужност цени на основу објективног, а могућност свесности на основу субјективног критеријума.

Дужност да се на бази стварних околности дела има свест о последици дела одређује се према способности просечног нормалног човека, другим речима тражи се она пажња која би у конкретним околностима имао сваки просечан човек.

Субјективни критеријум служи за процену личне способности учиниоца дела, тј. да ли може да поседује просечну пажљивост која се тражи по објективном критерију.

Несвесни нехат неће постојати:

1. ако су конкретне околности такве да не дозвољавају просечном човеку да предвиди могућност наступања последице.

2. ако према објективном критеријуму постоји дужност предвиђања могућег наступања последице, али учинилац према личним својствима то није могао и

3. ако је учинилац према личним својствима био у стању да предвиди могућност наступања последице, (натпросечна интелигенција), али према објективним околностима није постојала дужност да је предвиди.

Дакле, несвесни нехат постоји увек када конкретне објективне околности дозвољавају сваком просечном лицу, да предвиди могућност наступања последице а учинилац поседује просечну способност.

Коначно, закључак да нехатна *actiones liberae in causa*, подразумева учиниочево самостално довођење у стање неурачунљивости, упркос постојању свести о могућем извршењу дела у таквом стању при чему олако држи да забрањена последица неће наступити или да ће је моћи спречити.

Утврђивања начина за довођење у неурачунљиво стање за правилно утврђивање облика кривиче код *actiones liberae in causa* – скривљене неурачунљивости

Треба разликовати умишљајно и нехатно стављање у стање привремене неурачунљивости, од умишљајног и нехатног односа према кривичном делу.

Указујемо да постоји могућност извесног поклапања између чињеничног односа према средствима који проузрокују привремену неурачунљивост и његовог односа према последици кривичног дела, али то не мора да буде увек случај. Нпр. неко лице може да се умишљајно опије услед радосног догађаја, а да притом неће и не жели извршење кривичног дела, а циљ оваквог опијања најчешће је промена расположења.

Али ако неко одлучи да се напије желећи једино своје опијање, а у пијаном стању изврши кривично дело, очигледно је да се напио с уми-

шљајем, при чему би неприхватљиво било сматрати да се тај умишљај односи и на кривично дело које је учинио.

Дешавало се да лице које се с умишљајем ставило у стање привремене неурачунљивости у циљу извршења кривичног дела, према начину извршења нехатног поступка, јер га душевна поремећеност спречава да свој план реализује како је наумио.

Коначан закључак да облик кривице стављања у привремену неурачунљивост може послужити као средство за утврђивање умишљајне или нехатне *actiones liberae in causa*, али не мора увек доћи до њиховог поклапања.

Време утврђивања урачунљивости кривице код *actiones liberae in causa* – *скривљене неурачунљивости*

Будући да је у члану 24. КЗ, одређено да се кривица учиниоца кривичног дела који се употребом алкохола, дроге или на други начин довео у стање у коме није могао да схвати значај свог дела и да управља својим поступцима утврђује према времену непосредно пре довођења у такво стање, произилази да је суштина института ***actiones liberae in causa*** да се урачунљивост и кривица оцењују у време стављања у неурачунљиво стање, а не у време извршења кривичног дела.

Оба елемента кривице, утврђују се у исто време за разлику, код утврђивања кривице код кривичних дела која нису извршена у стању привремене неурачунљивости, а то даље значи, ако је учинилац у време када је ставио себе у стање привремене неурачунљивости био урачунљив, сматраће се кривично одговорним под условом да је у односу на дело које је касније извршио поступио са умишљајем или из нехата.

Кривична одговорност извршиоца који се нехатно ставио у стање привремене неурачунљивости и имао нехатан однос према делу а извршио је дело које се може извршити са умишљајем

Будући да је у члану 22. ставу 2. КЗ-а, одређено да је кривично дело учињено са кривицом, и ако је учинилац присутан из нехата, уколико закон то изричито предвиђа, поставља се питање, како поступати у ситуацији са учиниоцем који се нехатно ставио у стање привремене неурачун-

љивости и имао нехатан однос према делу, а извршио дело које се може извршити само са умишљајем.

Одговор је да ови учиниоци остају некажњени. Следом тога, мишљења сам да треба размотрити могућност увођења решења из Кривичног законика Краљевине Југославије који је имао самостално кривично дело пијанства.

Коначна закључивања

- Суштина института скривљене неурачунљивости *actiones liberae in causa*, јесте да се урачунљивост и виност цене у време стављања у привремено неурачунљиво стање, а не у време извршења деликта, и да је разлог томе самостално довођење у привремено урачунљиво стање, а ако учинилац деликта није својом вољом доспео у такво стање, онда кривица не постоји.

- Ако је учинилац био урачунљив у време стављања у стање привремене урачунљивости, биће одговоран под условом да је у односу на дело које је касније извршио поступао са умишљајем или из нехата.

Одлучујући је облик кривице који је постојао у време стављања у привремено урачунљиво стање и учинилац који је у то време поступао са умишљајем биће одговоран за умишљај и онда ако је у време извршења дела био нехатан.

- Као олакшавајућу околност приликом одмеравања казне, не треба узимати у обзир смањену урачунљивост у коју се окривљени довео својом вољом, узимањем алкохола, дроге и других средстава – члан 24. став 2. (Овај став је исказан и у одлуци Савезног суда Кж.С.6/75).

Коначно, моје размишљање иде за тим да треба размотрити опредељење из Кривичног законика Краљевине Југославије из 1929. године, којим је било предвиђено самостално кривично дело пијанства, у будућим изменама важећег Кривичног законика, и тиме би се избегли сви проблеми који настају у примени института скривене неурачунљивости.

Јанко Лазаревић,
судија Врховног суда Србије

АЛТЕРНАТИВНЕ КРИВИЧНЕ САНКЦИЈЕ

Важећи Кривични законик ступио је на снагу знатно раније и примењује се од 1. јануара 2006. године, иако он познаје и прописује више врста казни, поред казне затвора и новчане казне, уводи још као казну рад у јавном интересу и одузимање возачке дозволе, ове две нове казне тако рећи се и не примењују. Стога је жеља аутора овог реферата да подстакне све судије да се у свим оним ситуацијама у којима се могу изрећи и ове две казне да се и оне изричу.

У Кривичном законнику који је ступио на снагу и који се примењује од 1. јануара 2006. године у члану 42. прописано је да је сврха кажњавања:

- 1) спречавање учиниоца да чини кривична дела и утицање на њега да убудуће не чини кривична дела;
- 2) утицање на друге да не чине кривична дела и
- 3) изражавање друштвене осуде за кривично дело јачање морала и учвршћивање обавезе поштовања закона.

Пораст криминалитета, како код нас тако и у читавом свету, доводи до још већег оптерећења затворских установа а истовремено показује да је казна затвора скупа по друштво а и да не остварује очекиване ефекте. С друге стране широка примена условне осуде пре свега према преступницима "ниског ризика" често је критикована због своје релативне блажности, недовољног степена надзора и немоћи да премости широк јаз који је дели од казне затвора. Између ове две супротстављене одлуке – казне затвора и условног кажњавања – постоје мере које се максимално могу прилагодити сваком појединцу. Ове мере обједињене су под називом Алтернативне санкције и представљају концепт санкција и мера под окриљем друштвене заједнице, заснован на претпоставци да се циљеви кажњавања у великој мери могу постићи и у условима који су мање рестриктивни од казне затвора.

Разлози тежње ка превентивној а не ретрибутивној компоненти казне, између осталог, леже и у негативним ефектима затворске казне по осуђеног, његову породицу и друштвену заједницу. Негативни ефекти казне затвора по осуђеног јесу између осталог трајно обележење као да је криминалац, одвајање од породице, прекид школовања, губљење радног места и тешко проналажење новог радног места, може потпасти под веома лош утицај проблематичних затвореника а све ово наведено повећава шансе да поново учини кривично дело.

Увођење алтернативних санкција у наш кривични систем, зато је у потпуности у складу са савременим европским трендовима у области казнене политике и потребом успостављања заједничких принципа у казненој политици и међу државама чланицама Савета Европе. Позитивни ефекти ефикасног спровођења алтернативних санкција су да се пре свега избегну негативни ефекти затварања, давање друштвеној заједници активне улоге у кривично-правном систему и друштвена заједница добија непосредну корист у виду бесплатног рада осуђених, ефикасно и јавно се спроводи реинтеграција осуђеног у друштво, стварају се услови за отклањање или ублажавање штете причињене жртви кривичног дела или њено измирење са осуђеним, смањује се друштвена стигматизација осуђеника, смањује се затворска популација што за последицу има мање трошкове и издавања из друштвене заједнице.

За сада ни теорија ни пракса нису дали јасан појам алтернативних кривичних санкција али у овом реферату под појмом алтернативних кривичних санкција разматраћемо и имаћемо у виду све оне санкције сем казне затвора.

Према члану 4. Кривичног законика кривичне санкције су: казне, мере упозорења, мере безбедности и васпитне мере. Кривичне санкције се не могу изрећи лицу које у време када је дело учињено није навршило 14 година. Васпитне мере и друге кривичне санкције могу се изрећи малолетнику под условима прописаним законом.

У члану 43. КЗ прописане су врсте казни, а то су:

- 1) казна затвора;
- 2) новчана казна;
- 3) рад у јавном интересу и
- 4) одузимање возачке дозволе.

Мере упозорења су: условна осуда и судска опомена. Сврха условне осуде и судске опомене је да се према учиниоцу лакшег кривичног дела не примени казна када се може очекивати да ће упозорење уз претњу казне (условна осуда) или само упозорење (судска опомена) довољно утицати на учиниоца да више не врши кривична дела. У Глави VI Кривичног законика говори се о мерама безбедности а оне су такође једна од врста кривичних санкција. Учиниоцу кривичног дела могу се изрећи мере безбедности:

- 1) обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи;
- 2) обавезно психијатријско лечење на слободи;
- 3) обавезно лечење наркомана;
- 4) обавезно лечење алкохоличара;
- 5) забрана вршења позива, делатности и дужности;
- 6) забрана управљања моторним возилом;
- 7) одузимање предмета;
- 8) протеривање странца из земље и
- 9) јавно објављивање пресуде.

Сврха мера безбедности је да се отклоне стања или услови који могу бити од утицаја да учинилац убудуће не врши кривична дела.

По неким ауторима и ослобођење од казне и поравнање учиниоца и оштећеног представљају алтернативне кривичне санкције.

Новчана казна иако већ дужи низ година је прописана у нашем кривичном законодавству, врло мало се изриче. Новчана казна се по новом Кривичном законнику може одмерити и изрећи или у дневним износима или у одређеном износу. О дневном износу говори члан 49. а о новчаној казни у одређеном износу говори члан 50. Кривичног законика. Нажалост судска пракса није прихватила новчану казну у дневним износима иако по мом дубоком уверењу нема никаквих сметњи да се она заиста изриче и примењује у судској пракси. Ово тим пре када се има у виду одредба члана 49. став 5. КЗ у којој се каже да уколико се не могу прибавити веродостојни подаци о приходима и расходима учиниоца кривичног дела, или уколико он не остварује никакав приход али је власник имовине или носилац имовинских права, суд ће на основу расположивих података по слободној процени утврдити висину дневног износа новчане казне. Новина код новчане казне јесте и та да неплаћана новчана

казна може се, уместо казном затвора, заменити казном рада у јавном интересу тако што ће се за сваких започетих 1.000,00 динара новчане казне одредити осам часова рада у јавном интересу, с тим да рад у јавном интересу не може бити дужи од 360 часова.

Рад у јавном интересу може се изрећи за кривична дела за која је прописан затвор до три године или новчана казна. Рад у јавном интересу је сваки онај друштвено користан рад којим се не вређа људско достојанство и који се не врши у циљу стицања добити. Према томе рад у јавном интересу мора да испуњава три услова:

- 1) да је користан за друштво;
- 2) да се њиме не вређа људско достојанство;
- 3) да се не врши у виду стицања добити.

Ова казна не може бити краћа од 60 часова нити дуже од 360 часова, с тим што рад у јавном интересу може да траје 60 часова у току једног месеца и одређује се да буде обављен за време које не може бити краће од месец дана нити дуже од шест месеци. Приликом изрицања казне рад у јавном интересу суд ће имати у виду сврху кажњавања, узети у обзир врсту кривичног дела, личност учиниоца као и његову спремност да обавља рад у јавном интересу. Врсту и трајање рада у јавном интересу одређује суд а конкретну врсту посла и начин његовог обављања одређује повереник, водећи рачуна о способностима, стручним знањима и здравственом стању осуђеног.

Ова казна не може се изрећи без пристанка лица коме се изриче. Пристанак треба прибавити до завршетка главног претреса, односно у завршној речи и на начин на који се не би прејудицирала одлука о кривичној санкцији и тај пристанак би обавезно требало унети у записник о главном претресу.

Ако осуђени не обави део или све часове рада у јавном интересу суд ће ову казну заменити казном затвора тако што ће се за сваких започетих осам часова рада у јавном интересу одредити један дан затвора. Уколико учинилац испуњава све своје обавезе везане за рад у јавном интересу, суд му може дужину изреченог рада у јавном интересу умањити за 1/4. Казна рад у јавном интересу осим што је предвиђена као главна казна, представља и једну важну могућност замене неплаћене новчане казне, што је већ и речено, тако да се уместо казном затвора може заменити новчана казна казном рада у јавном интересу и то по принципу да се за сва-

ких започетих 1.000,00 динара новчане казне одређује осам часова рада у јавном интересу с тим да рад у јавном интересу не може бити дужи од 360 часова. При замени новчане казне у казну рад у јавном интересу потребан је пристанак осуђеног лица. Поставља се питање како доћи до престанка осуђеног лица. Пре него што се донесе одлука потребно је позвати осуђено лице и од њега на записник узети изјаву о његовом престанку да му се уместо новчане казне и уместо замене ове казне у казну затвора изрекне казна рад у јавном интересу или пак тражити да осуђено лице напише изјаву о престанку на изрицање ове казне.

У члану 53. Кривичног законика прописана је и казна одузимање возачке дозволе. Ова казна се изриче учиниоцу кривичног дела у вези са чијим извршењем или припремањем је коришћено моторно возило. Суд одређује трајање ове казне и оно не може бити краће од једне нити дуже од три године, рачунајући од дана правоснажности одлуке с тим да се време проведено у затвору не урачунава у време трајања ове казне. Ова казна се може изрећи као споредна казна уз казну затвора и уз новчану казну а може се изрећи као главна казна за кривична дела за која је прописана казна затвора до две године. Казна одузимање возачке дозволе не може се изрећи заједно са мером безбедности забране управљања моторним возилом. Ако осуђени управља моторним возилом за време док траје казна одузимање возачке дозволе, суд ће казну одузимање возачке дозволе заменити казном затвора тако што ће се за једну годину одузимања возачке дозволе одредити један месец затвора. Једно од питања које се поставља је да ли се ова казна може изрицати само на пуне године дакле као казна у трајању од једне или три године. По личном ставу аутора овог реферата, ова казна као што је и прописана не може бити краћа од једне нити дужа од три године, али она се у овим окривима може изрицати и на пуне месеце па би се тако примера ради могла изрећи у трајању од једне године и три месеца или пак две године и десет месеци итд.

Што се пак тиче мера упозорења а пре свега условне осуде њена заступљеност је прилична. Сматра се да изрицање условне осуде са заштитним надзором би требало да се у што више случајева изриче, наравно када су за то испуњене законске претпоставке.

Извршење санкција, изречених као алтернатива казни затвора а самим тим и казне рада у јавном интересу, у Србији обавља повереничка служба. Она делује у оквиру Одељења за третман и алтернативне санкције

при Управи за извршење заводских санкција Министарства правде. Правилници о заштитном надзору и рад у јавном интересу детаљно регулишу поступања повереника и праћење извршења обавеза осуђеног. Повереника одређује директор Управе за извршење заводских санкција на предлог начелника Одељења за третман и алтернативне санкције, који при предлагању води рачуна о личним својствима и потребама осуђеног. Овлашћења повереника предвиђају успостављање и одржавање контакта са осуђеним, уз постојање начела чија је суштина ограничење права осуђеног само у мери неопходној за постизање сврхе изречене казне. Он сарађује са надлежним судом, органом унутрашњих послова, послодавцем и другим установама, организацијама и удружењима, има право да тражи податке и изврши увид у службеној евиденцији и друга документа од значаја за извршење условне осуде са заштитним надзором, односно извршења рада у јавном интересу. Повереник је дужан, по извршењу казне да Одељењу за третман и алтернативне санкције достави досије извршења казне, а потом Одељењу за третман и алтернативне санкције достављају обавештење о извршењу казне суду. Надзор над извршењем алтернативних санкција и радом повереничке службе обавља Одељење за надзор при Управи за извршење заводских санкција Министарства правде а контролу над извршењем алтернативних санкција обавља комисија коју образује Одбор за правосуђе и управу Скупштине Србије и Заштитник грађана.

На просторима Србије свако ново решење, па макар оно било и веома добро споро се примењује. У конкретном случају мислим да је велика грешка судова што не изричу у већем броју ове алтернативне санкције а пре свега рад у јавном интересу, јер сада су се стекли услови с обзиром да су за поједина подручја успостављене повереничке службе а самим тим испуњени су сви услови, јер су претходно донети и остали акти којима је регулисано извршење алтернативних кривичних санкција. Изрицањем алтернативних кривичних санкција у већем броју а пре свега изрицањем казне рада у јавном интересу, смањиће се број условних осуда, а сигуран сам да ће њихов ефекат бити већи него условних осуда.

Мр Сретко Јанковић,
судија Врховног суда Србије

НЕРАЗУМЉИВОСТ ИЗРЕКЕ ПРВОСТЕПЕНЕ КРИВИЧНЕ ПРЕСУДЕ

Увод

Првостепена кривична пресуда може се жалбом побијати, између осталог, и због битних повреда одредаба кривичног поступка. Овај законски основ побијања пресуде прецизно је регулисан Законом о кривичном поступку (ЗКП) кроз 11 тачака, а ради се о тзв. апсолутно битним повредама одредаба кривичног поступка. На неке од ових битних повреда одредаба кривичног поступка другостепени суд пази по службеној дужности, док друге испитује само ако је на њих указано у жалби на пресуду. Битне повреде одредаба кривичног поступка из члана 368. став 1. тачка 11. ЗКП углавном се тичу недостатака писмено израђене пресуде, а једна од њих је и неразумљивост изреке пресуде.

У овом реферату покушаћу, кроз примере из судске праксе, анализирати ову битну повреду одредаба кривичног поступка, тј. покушати дати одговор на питање: Када се сматра да је изрека пресуде неразумљива?, те указати где првостепени судови најчешће греше када је у питању ова битна повреда одредаба кривичног поступка. С обзиром да се у кривичном поступку најчешће доноси пресуда којом се окривљени оглашава кривим (тзв. осуђујућа пресуда), у реферату ћу се ограничити само на ову врсту пресуде. Иако се у пракси често срећу две или више битних повреда из члана 368. став 1. тачка 11. ЗКП (нпр. изрека пресуде је неразумљива и истовремено и противречна разлозима пресуде, или изрека пресуде неразумљива и противречна сама себи, и сл.) овде ће бити речи само о неразумљивости изреке пресуде.

Надам се да ће овај реферат бити од користи, пре свега, судијама првостепених судова.

Изрека пресуде

Шта треба да садржи изрека првостепене кривичне пресуде прописано је одредбом члана 361. став 3, 4, и 5. ЗКП, док је одредбом члана 356. ЗКП прописано шта треба да садржи пресуда којом се оптужени оглашава кривим.

Пре свега, изрека пресуде којом се оптужени оглашава кривим треба да садржи личне податке за окривљеног прописане одредбом члана 89. став 1. ЗКП. У пракси се дешава да поједини лични подаци за окривљеног недостају, а најчешће грешке се праве када је у питању навођење података о ранијој осуђиваности окривљеног.

Затим, изрека мора да садржи тзв. чињенични опис кривичног дела за које се окривљени оглашава кривим (опис радње извршења, навођење времена и места извршења, последице кривичног дела, те узрочне везе између радње извршења кривичног дела и последице дела). Изрека пресуде "треба да буде сажета и да садржи само елементе бића кривичног дела, без сувишних појединости које нису од значаја за постојање кривичног дела"¹. Поред тога што мора бити сажета, изрека пресуде мора бити јасна (разумљива) и потпуна. Ако се ради о лакшем (привилегованом) облику кривичног дела или о тежем (квалификованом) облику кривичног дела, у чињеничном опису изреке пресуде морају бити наведене околности које то кривично дело чине лакшим или тежим. Тако, нпр. "...када је у питању извршење кривичног дела уз прекорачење граница нужне одбране, опис кривичног дела у изреци пресуде мора да садржи и опис радње оштећеног која представља истовремени противправни напад на оптуженог. Није довољно да се само наведе да је дело учињено прекорачењем граница нужне одбране"². Ако се ради о саизвршилаштву у извршењу кривичног дела, нужно је прецизно описати радње сваког саизвршиоца, односно подстрекача или помагача, ако се ради о подстрекавању или помагању.

Када је у питању кривично дело са бланкетном диспозицијом (нпр. кривично дело угрожавања јавног саобраћаја, кривично дело повреда посебне војне службе, и сл.) у изреци пресуде треба навести садржај

¹ Б. Петрић: *Методика, терминологија и језик одлука у кривичном поступку*, "Гласник Адвокатске коморе Војводине", број 10/80

² С. Бејатовић: *Кривично процесно право*, "Службени гласник", Београд, 2008. год., стр. 444

конкретне повреде бланкетне норме, док је ближу ознаку бланкетне норме (нпр. одредбе Закона о основама безбедности саобраћаја на путевима или Правила службе, и др.) довољно навести у образложењу пресуде.

У изреци пресуде се наводи пуни назив кривичног дела из закона којим је оно прописано, тј. правну квалификацију дела, што представља тзв. правни основ пресуде. Ако су у питању кривична дела из посебног (некривичног) закона, која често немају назив, наводи се одговарајући члан који прописује кривично дело и назив тог закона (нпр. кривично дело из члана 159. Закона о енергетици). Поред наведеног, у изреци пресуде треба навести "... и друге одредбе кривичног закона које су примењене при доношењу пресуде (одредбе о одмеравању казне, о ослобођењу од казне, ублажавању казне, условној осуди, стицају, итд)"³.

Затим, у изреци се наводи на коју казну се оптужени осуђује или се по одредбама кривичног закона ослобађа од казне, тј. у изреку се уноси одлука суда о казни. Ако се изриче нека друга кривична санкција, онда се она, такође, наводи у изреци пресуде.

На крају, у изреци пресуде нужно се наводе и све друге одлуке (о урачунавању притвора и раније казне, о изреченој мери безбедности, о имовинско-правном захтеву, о трошковима кривичног поступка, и др.). Свака од тих одлука мора да буде разумљива, тј. да се из ње јасно види шта и како је одлучено (нпр. која је утврђена казна затвора код условне осуде и које је одређено време проверавања, које се тачно време проведено у притвору оптуженом урачунава у казну, и сл.).

Када је изрека пресуде неразумљива?

Немогуће је унапред одредити када је изрека пресуде неразумљива, јер је то фактичко питање које се утврђује у зависности од околности сваког конкретног случаја. Међутим, одређени ставови из судске праксе дају нам опште смернице када се сматра да је изрека пресуде неразумљива. Неразумљивост изреке пресуде постоји "када је пресуда састављена тако да се из њене изреке не може поуздано схватити и закључити на што се она заправо

³ М. Грубач: Кривично процесно право, Правни факултет "Унион" Београд и "Службени гласник", Београд, 2006. год., стр. 337

односи, односно, шта је њом одлучено"⁴. Тако, нпр. одавно је прихваћено у судској пракси да је изрека пресуде неразумљива у случају када се ради о кривичном делу које има више ставова, а у изреци пресуде није наведено о којем се ставу конкретнoг члана ради. Изрека пресуде је неразумљива и у случају "ако у изреци пресуде, којом је више лица оглашено кривим да су учинили кривично дело као саизвршиоци, нису назначене радње извршења за сваког саизвршиоца понаособ (одлука ВСС Кж 982/81)"⁵. Такође, неразумљивост изреке пресуде ће постојати и "ако суд не утврди вредност противправно присвојених ствари, а вредност тих ствари је од значаја, било за квалификацију, било за казну"⁶.

Изрека пресуде је неразумљива и "ако у изреци пресуде за кривично дело увреде и клевете нису у потпуности унети сви изрази којима је извршено кривично дело"⁷. Код кривичних дела са објективним условом инкриминације изрека пресуде је неразумљива ако у њој нису наведене чињенице и околности из којих је суд утврдио постојање тог објективног услова инкриминације.

Дакле, да би се утврдило да ли је изрека пресуде неразумљива, потребно је сагледати све околности конкретнoг случаја, а при том имати у виду шта све треба да садржи изрека пресуде. Ако изрека пресуде не садржи све оно што је прописано, или је било која одлука у изреци нејасна, радиће се о неразумљивости изреке пресуде. Тако, нпр. ако се суд у изреци пресуде само позове на одредбе кривичног закона о урачунавању притвора у изречену казну, а не наведе тачно време које се окривљеном урачунава у казну, изрека пресуде се сматра неразумљивом.

Последице неразумљивости изреке пресуде

Када другостепени суд утврди да је изрека пресуде неразумљива, онда говоримо о потојању битне повреде одредаба кривичног поступка из чла-

⁴ М. Грубиша: Кривични поступак (Поступак по правним лијековима), "Информатор", Загреб, 1987. год., стр. 102

⁵ Ј. Павлица и М. Лутовац: Закон о кривичном поступку у практичној примени, "Југословенски завод за продуктивност рада", Београд, 1985. год., стр. 522

⁶ Ј. Павлица и М. Лутовац: *op. cit.*, стр. 523

⁷ О. Цвијовић и Д. Поповић: Закон о кривичном поступку (са коментаром, објашњењима и упутствима за практичну примену), "Привредна штампа", Београд, 1977. год., стр. 276

на 368. став 1. тачка 11. ЗКП. Ова битна повреда представља апсолутно битну повреду одредаба кривичног поступка и нужно доводи до укидања пресуде у жалбеном поступку, а на ову битну повреду другостепени суд, у складу са одредбом члана 380. став 1. тачка 1. ЗКП, пази по службеној дужности.

У теорији кривичног процесног права углавном преовладава мишљење да постојање ове битне повреде одредаба кривичног поступка неминовно доводи до укидања првостепене пресуде, али има и другачијих мишљења. Наиме, М. Грубиша сматра да би се таква нејасноћа изреке пресуде могла толерисати "уколико њезино образложење довољно објашњава садржај и смисао такве изреке"⁸, због чега сматра да у том случају другостепени суд не би требао посезати за укидањем пресуде, већ да исту врати првостепеном суду да се изрека пресуде исправи или допуни.

Неразумљивост изреке пресуде у судској пракси

"У изреци пресуде није довољно навести да је окривљени осуђиван као у извештају из казнене евиденције, већ се мора прецизно навести када је и зашто осуђиван и да ли је и када изречене казне издржао" (Решење Врховног суда Србије Кж 397/04 од 13. априла 2004. године и пресуда Окружног суда у Београду К 712/03 од 23. октобра 2003. године)⁹. У овом случају другостепени суд је укинуо првостепену пресуду због битне повреде одредаба кривичног поступка из члана 368. став 1. тачка 11. ЗКП, јер је изрека пресуде неразумљива, те што у образложењу пресуде нису дати разлози о одлучним чињеницама (нису дати разлози о томе када и колико је пута окривљени осуђиван, те да ли је те казне издржао, тј. не види се шта је утврђено на основу извештаја из казнене евиденције).

"Када се у образложењу пресуде наведе да је на основу извештаја из казнене евиденције утврђено да је окривљени више пута осуђиван, али ти његови лични подаци нису унети у изреку пресуде ни у образложење, већ је само наведено да је раније осуђиван, то изреку пресуде чини неразумљивом и супротном одредби члана 361. став 3, у вези члана 89. став 1. ЗКП" (Решење Окружног суда у Београду Кж

⁸ М. Грубиша: *op. cit.*, стр. 102

⁹ Билтен Окружног суда у Београду, број 66/05

2232/05 од 24. новембра 2005. године и пресуда Другог општинског суда у Београду К 398/04 од 20 октобра 2004. године)¹⁰.

"Уколико првостепени суд у изреку пресуде унесе да је окривљени осуђиван, али не унесе којим пресудама је осуђен, због којих кривичних дела је осуђиван и какве су му кривичне санкције изречене, такви недостаци изреку пресуде чине неразмљивом. То су одлучне чињенице које суд мора имати у виду приликом одлучивања о кривичној санкцији, па се због тога одлука о кривичној санкцији не може испитати" (Решење Округног суда у Нишу Кж 183/05 и пресуда Општинског суда у Нишу К 992/04)¹¹.

"Изрека пресуде је неразумљива ако не садржи време извршења кривичног дела" (Пресуда Врховног суда Србије Кж 762/99 од 20 октобра 1999. године и пресуда Округног суда у Београду К 646/98 од 04. фебруара 1999. године)¹².

"Опис радње кривичног дела сваког саизвршиоца неопходан је и с обзиром на одредбу члана 25. став 1. КЗ СРЈ, јер по тој одредби саизвршилац је кривично одговоран у границама свога умишљаја или нехата" (Решење Врховног суда Србије Кж 205/03 и пресуда Округног суда у Нишу К 79/97)¹³.

"Неразумљива је изрека пресуде којом првостепени суд окривљеног, који је оптужен због продуженог кривичног дела тешке крађе, због појединих кривичних дела која улазе у састав продуженог кривичног дела оглашава кривим и осуђује, а због других ослобађа од оптужбе" (Решење Округног суда у Нишу Кж 1495/07 и пресуда Општинског суда у Нишу К 1529/04)¹⁴. У образложењу ове одлуке се наводи да је првостепени суд погрешно што је окривљеног ослободио од оптужбе за поједине радње које улазе у састав продуженог кривичног дела, а које нису доказане, уместо да те радње само изостави из чињеничног описа изреке пресуде. Због тога је, по оцени другостепеног суда, изрека пресуде

¹⁰ Билтен Округног суда у Београду, број 70/06

¹¹ Билтен судске праксе Округног суда у Нишу, број 23/06

¹² Билтен Округног суда у Београду, број 51/2000

¹³ Билтен судске праксе Округног суда у Нишу, број 22/06

¹⁴ Билтен судске праксе Округног суда у Нишу, број 26/08

неразумљива, чиме је учињена битна повреда одредаба кривичног поступка из члана 368. став 1. тачка 11. ЗКП.

"... изрека побијане пресуде је неразумљива и противречна разлозима пресуде, јер у изреци није наведен износ штете која је наступила услед несавесног поступања у пословању, а штета и износ штете представљају обележје кривичног дела несавестан рад у привредном пословању из члана 136. КЗ РС" (Решење Окружног суда у Нишу Кж 175/05 од 1. априла 2005. године и пресуда Општинског суда у Нишу К 913/02)¹⁵.

"Кад је реч о кривичном делу против оружаних снага које у опису има као обележје објективни услов инкриминације – па услед тога наступе теже штетне последице за службу или је служба била теже угрожена – чињеница повреде односно угрожавања службе мора бити садржана у чињеничном опису дела у изреци пресуде и о њој морају бити наведени разлози у пресуди, јер у противном постоји битна повреда одредаба кривичног поступка из члана 364. став 1. тачка 11. ЗКП" (Одлука Врховног војног суда К 188/83 од 14. априла 1983. године)¹⁶.

"Висина имовинске користи, вредност противправно прибављених ствари или висина прибављене штете, када представљају обележја дела морају се утврдити и у пресуди означити, пошто су то чињенице битне за правилност судске одлуке и представљају судско утврђивање инкриминисане вредности релевантне за пресуђење" (Став седнице Кривичног одељења Врховног суда Србије од 10. новембра 1982. године)¹⁷.

"Ако суд окривљеног осуди на казну затвора, а затим утврди да се иста казна неће извршити ако окривљени у одређеном року не учини ново кривично дело, пресуда је нејасна" (Пресуда Врховног суда Србије Кж 935/05 од 15. септембра 2005. године и пресуда Окружног суда у Новом Саду К 51/02 од 31. јануара 2005. године)¹⁸. У образложењу другостепене одлуке се наводи да је првостепени суд учинио битну повреду одредаба кри-

¹⁵ Билтен судске праксе Окружног суда у Нишу, број 22/06

¹⁶ Збирка судских одлука (књига I), Врховни војни суд, Београд, 1985. год., стр. 444

¹⁷ Б. Благојевић: Актуелна судска пракса из кривичног права, "Пословни биро", Београд, 1996. год., стр. 117

¹⁸ Електронска база судске праксе, "Интермекс", Београд

вичног поступка из члана 368. став 1. тачка 11. ЗКП, јер је изрека пресуде неразумљива, противречна сама себи и разлозима пресуде. Ово због тога што првостепени суд окривљеног "осуђује" на казну затвора у трајању од шест месеци, а затим утврђује да се ова казне неће извршити ако окривљени у року од две године не учини ново кривично дело, па је нејасно да ли је окривљени осуђен на казну затвора или му је изречена условна осуда.

"Изрека пресуде је неразумљива када је првоокривљени оглашен кривим за кривично дело крађе у покушају, а другоокривљени за кривично дело помагање првоокривљеном у свршеном кривичном делу крађе" (Решење Округног суда у Ваљеву Кж 630/05 од 23. децембра 2005. године)¹⁹.

Решењем Врховног суда Србије Кж I 31/02 од 26. марта 2002. године²⁰ укинута је пресуда Округног суда у Чачку К 28/01 од 12. октобра 2001. године, јер је, између осталог, изрека побијане пресуде неразумљива, с обзиром да је суд оптуженог огласио кривим због кривичног дела изазивања опште опасности из члана 187. став 1. КЗ РС и тешке телесне повреде из члана 53. став 3. у вези става 2. КЗ РС, а из изреке пресуде се не види у чему се састоји изазивање опште опасности за живот и тело двојице оштећених, односно "која је то опште опасна радња, или опште опасно средство и како је њима био угрожен живот и тело".

Решењем Врховног суда Србије Кж I 688/03 од 10. јуна 2003. године²¹ укинута је пресуда Округног суда у Јагодини К 86/02 од 29. јануара 2003. године, између осталог, и због тога што је првостепени суд оптуженом за кривично дело из члана 53. став 1. КЗ РС утврдио казну затвора у трајању од 7,5 месеци (у образложењу пресуде се наводи 7 месеци и 15 дана), што је противно одредби члана 38. став 3. КЗ СРЈ, па је првостепени суд на овај начин повредио кривични закон и учинио битну повреду одредаба кривичног поступка из члана 368. став 1. тачка 11. ЗКП, јер је изрека пресуде нејасна и противречна са образложењем.

Решењем Врховног суда Србије Кж I 2064/04 од 25. априла 2005. године²² укинута је пресуда Округног суда у Пироту К 32/03 од 18. јуна

¹⁹ Електронска база судске праксе, "Интермекс", Београд

²⁰ Необјављена одлука

²¹ Необјављена одлука

²² Необјављена одлука

2004. године, којом је окривљени оглашен кривим због кривичног дела преваре из члана 171. став 3, у вези става 1. КЗ РС, јер се из изреке пресуде "не види којом преварном радњом је оптужени довео у заблуду оштећеног ...да ли самим закључењем уговора или због неиспуњења обавеза из уговора, од чега зависи и време извршења кривичног дела, односно оцена да ли је и када оптужени поступао са преварном намером....".

Решењем Врховног суда Србије Кж I 1904/03 од 09. маја 2005. године²³ укинута је пресуда Окружног суда у Пироту К 22/02 од 04. априла 2003. године, којом је оптужени оглашен кривим због кривичног дела силовања у покушају из члана 103. став 3, у вези става 1. КЗ РС, у вези члана 19. КЗ СРЈ и кривичног дела противприродног блуда из члана 110. став 3., у вези става 1. КЗ РС, јер се "из изреке пресуде не може закључити да ли је код оптуженог постојала свест да кривична дела чини према малолетници, а што представља квалификаторну околност за постојање кривичних дела из члана 103. став 3. и члана 110. став 3. КЗ РС".

Решењем Врховног суда Србије Кж I 807/04 од 16. новембра 2004. године²⁴ укинута је пресуда Окружног суда у Београду К 672/01 од 03. новембра 2003. године, којом су оптужени оглашени кривим због кривичног дела примања мита из члана 254. став 1. КЗ РС, јер је изрека првостепене пресуде неразумљива, због тога што одлука о одузимању имовинске користи прибављене кривичним делом гласи: "Одузимање страног новца, односно имовинске користи, коју су оптужени прибавили извршењем кривичних дела". У образложењу другостепене одлуке се истиче да се из овако конципиране изреке "не види који је страни новац и имовинска корист у питању и у ком износу се одузима и од ког оптуженог, тако да се у том делу првостепена пресуда не може испитати", а у образложењу првостепене пресуде нису дати разлози за овакву одлуку, већ се само понављају наводи из изреке пресуде.

Решењем Врховног суда Србије Кж I 628/08 од 03. априла 2008. године²⁵ укинута је пресуда Окружног суда у Београду К 591/07 од 25. децембра 2007. године, којом је оптужена оглашена кривим због кривичног дела проневере из члана 364. став 3, у вези става 1. КЗ, јер је, између оста-

²³ Необјављена одлука

²⁴ Необјављена одлука

²⁵ Необјављена одлука

лог, изрека првостепене пресуде неразумљива. Наиме, у изреци пресуде се наводи да је оптужена "укупно прибавила 23.000 еура у противвредности 1.187.000,00 динара, чиме је извршила кривично дело проневере из члана 364. став 3, у вези става 1. КЗ", иако је за постојање овог кривичног дела потребно да је прибављена имовинска корист у износу који прелази 1.500.000,00 динара.

Решењем Врховног суда Србије Кж I 1432/06 од 20. септембра 2006. године²⁶ укинута је пресуда Окружног суда у Суботици К 21/06 од 5. фебруара 2006. године, између осталог, и због тога што је изрека првостепене пресуде неразумљива, с обзиром да у изреци пресуде није наведено да је оптужена опојну дрогу стављала у промет "неовлашћено".

Решењем Врховног суда Србије Кж I 2083/08 од 23. јуна 2009. године²⁷ укинута је пресуда Окружног суда у Новом Пазару К 95/07 од 09. јуна 2008. године, између осталог, и због тога што у изреци пресуде нису прецизно наведени износи страног новца које су оптужени одузели из куће оштећеног, те је нејасно како је првостепени суд утврдио да укупна вредност одузетих ствари износи око 1.900.000,00 динара, с обзиром да у том правцу није вршено вештачење, од Народне банке Србије није прибављен извештај о званичном курсу страног новца, нити је утврђивана вредност одузетих пиштоља и мобилног телефона.

Решењем Врховног суда Србије Кж I 583/09 од 28. априла 2009. године²⁸ укинута је пресуда Окружног суда у Нишу К 93/08 од 28. новембра 2008. године, између осталог, и због тога што у изреци пресуде уопште није наведено место извршења кривичног дела.

Решењем Врховног суда Србије Кж I 1195/06 од 21. маја 2007. године²⁹ укинута је пресуда Окружног суда у Крушевцу К 8/01 од 24. фебруара 2006. године, између осталог, и због тога што је у изреци пресуде за једног оптуженог наведено да је извршио кривично дело из члана 242. став 1. КЗ РС, док се код утврђивања појединачних казни наводи: "да му се за једно продужено кривично дело из члана 242. став 1. КЗ РС утврђу-

²⁶ Необјављена одлука

²⁷ Необјављена одлука

²⁸ Необјављена одлука

²⁹ Необјављена одлука

је...", па је нејасно да ли је оптужени оглашен кривим за кривично дело из члана 242. став 1. КЗ РС или за продужено кривично дело из истог члана.

Дати примери из судске праксе указују где првостепени судови најчешће греше када је у питању неразумљивост изреке пресуде. У доста случајева до грешака долази због тога што се некритички преузима чињенични опис из оптужног акта, а то је обично последица "страха" да оптужба не буде у потпуности решена или да оптужба не буде прекорачена. Међутим, обавеза је суда да у чињеничном опису изреке пресуде изостави све оно што је сувишно и непотребно, тј. да обухвати само битне елементе бића конкретног кривичног дела. Грешке се појављују чешће у случајевима када је оптужено више лица за више кривичних дела, а посебно ако се ради саучесништву, где се јасно не одреде и опишу радње сваког саизвршиоца, односно саучесника.

Након доношења новог Кривичног законика у изреци пресуда је често изостајао опис кривице, као елемента општег појма кривичног дела, што је у почетку толерисано од стране другостепених судова, али су сада такви пропусти ређи.

Закључна разматрања

Битна повреда одредаба кривичног поступка из члана 368. став 1. тачка 11. ЗКП постоји, између осталог, и када је изрека пресуде неразумљива. Ова битна повреда одредаба кривичног поступка се у судској пракси понекад појављује самостално, а много чешће заједно са неком другом битном повредом из члана 368. став 1. тачка 11. ЗКП. Иако је питање када се сматра да је изрека пресуде неразумљива, фактичко питање, примери из судске праксе који су дати у овом реферату указују нам када можемо сматрати да је изрека пресуде неразумљива, тј. када говоримо о постојању ове битне повреде одредаба кривичног поступка. Наведени примери из судске праксе, такође нам показују где првостепени судови најчешће греше, а многе од тих грешака могу се отклонити ако се познају и правилно тумаче одредбе ЗКП којима је прописано шта треба да садржи изрека пресуде, те ако се познају ставови судске праксе из ове области.

Чињенични опис кривичног дела у изреци пресуде треба да буде сажет и јасан, односно да обухвати само битна обележја конкретног кривичног дела, а из сваке одлуке из изреке пресуде мора бити јасно шта је

њоме одлучено. Посебну пажњу при конципирању изреке пресуде, тј. чињеничног описа кривичног дела у изреци пресуде, треба обратити када се ради о извршењу кривичног дела од стране више лица, јер је у изреци пресуде нужно прецизно означити радњу сваког лица (извршиоца, саизвршиоца, подстрекача, помагача).

Након доношења новог Кривичног законика судови су често пропуштали да у изреци пресуде дају опис кривице (која улази у општи појам кривичног дела), што је у почетку толерисано од стране другостепених судова, али је касније долазило и до укидања пресуда због тог пропуста. Сада то није толико изражено и ретки су случајеви да у чињеничном опису у изреци пресуде није описана и кривица.

Многе од грешака које првостепени судови чине, а на које је указано у реферату, могу се уочити и отклонити после пажљивог читања изреке пресуде, након писмене израде пресуде, што свакако треба користити и на тај начин избећи укидање пресуде због ове битне повреде одредаба кривичног поступка.

Миодраг Вићентијевић,
судија Врховног суда Србије

НЕКА ЗАПАЖАЊА У РАДУ ПРВОСТЕПЕНИХ СУДОВА У ПРЕДМЕТИМА МАЛОЛЕТНИЧКЕ ДЕЛИКВЕНЦИЈЕ

Увод

Када је у питању малолетничка деликвенција и поступак према малолетницима у првом степену примећено је да је **квалитет рада** код првостепених судова све бољи и све је мање укинутих одлука.

Ипак у раду има одређених пропуста код првостепених судова када је у питању малолетничка деликвенција, и овде су наведени неки примери који се чешће појављују у пракси, а значајни су.

1. Имамо различите одлуке када је у питању изрицање најтежих васпитних мера – заводских васпитних мера, посебно мере упућивање у васпитно-поправни дом и изрицање казне малолетничког затвора, у односу на тежину кривичног дела које је малолетник учинио и побуде из којих је дело учинио.

Код малолетника када се изричу санкције треба ићи у принципу постепено, мада то није правило. Када је у питању избор васпитне мере битно је изрећи ону меру којом ће се најбоље постићи **сврха** васпитне мере и то у решењу добро образложити.

Изрицање заводских васпитних мера и казне малолетничког затвора подразумевају ограничење слободе малолетнике за одређено време. Међутим сматра се да такозвано тврдо језгро сачињава мали број малолетника и да се према осталима, који су у већини може интервенисати другим ефикаснијим мерама. Управо због тога законодавац је у посебној одредби у члану 11. став 2. ЗМ – истакао да су заводске васпитне мере последње средство које се прибегава што је у закону посебно наглашено. Изузетно се могу казнити посебном казном – казном малолетничког затвора старији малолетници под условима предвиђеним чланом 28. ЗМ.

Изузетност кажњавања је у нашем закону такође посебно наглашена. Код васпитних мера у првом реду долази до изражаја специјална превенција, док код малолетничког затвора у закону се поред специјалне превенције подвлачи и истиче и генерална, што није случај код васпитних мера.

Из изложеног се види да у ствари **немамо уједначену судску праксу** када је у питању изрицање ових најтежих кривичних санкција малолетницима, па Врховни суд приликом суђења конкретних предмета покушава то да исправи.

2. У поступку према малолетницима, нужно је утврдити одмах **године старости** малолетника, његов **узраст**. То питање је веома значајно због примене посебних материјалних прописа и одредаба. Старост малолетника се може утврдити на основу разних исправа, али се то често пропушта да учини нарочито код објективног конекситета, кад је малолетник учинио кривично дело заједно са пунолетним лицем па се спроводи јединствен поступак у смислу члана 51. ЗМ, као и у случају када се малолетник појављује као оштећено лице.

3. Одредбе о **испитивању личности малолетника** имају изузетно место у припремном поступку према малолетнику и то представља највеће одступање од редовног кривичног поступка.

У члану 64. став 3. ЗМ наведено је да ће суд обавезно прибавити **извештај органа старатељства** о подацима који се односе на кривично дело и личност малолетника. Тај извештај који се тиче испитивања личности малолетника суд врло често не цитира у првостепеном решењу, тако да се фактички не зна какво је мишљење органа старатељства, док се не изврши увид у списе и не прочита конкретан извештај органа старатељства.

Треба имати у виду да је орган старатељства орган у кривичном поступку према малолетнику који је специфичан субјекат, који није странка у поступку, али је орган који **помаже суду** приликом доношења одлуке, тако да има веома значајну улогу у том поступку, тако да се његово мишљење не може игнорисати.

4. У сваком малолетничком предмету треба неопходно утврдити чињенице које се тичу **извршеног кривичног дела**, доказати да га је учинио одређени малолетник, јер је кривично дело само повод за предузимање осталих мера према малолетнику. У образложењу решења мора се навести опис кривичног дела које се малолетнику ставља на терет и околно-

сти из којих произилази да је малолетник извршио одређено кривично дело и да је примена одређене васпитне мере оправдана. Врло често се судови позивају само на спроведене доказе, без навођења, одређења и изношења **садржине и оцене** тих доказа. Једноставно полази се *a priori* од тога да је малолетник извршио предметно кривично дело и не врши се оцена доказа, посебно оних који су контрадикторни и то у сваком случају представља апсолутну битну повреду одредаба кривичног поступка због које се свака одлука мора укинути.

Првостепени суд је у обавези да у својој одлуци наведе садржину сваког доказа у битном, оцени га и логички га повеже са другим изведеним доказима, да би правилно и потпуно утврдио чињенично стање. У супротном учинио је апсолутну битну повреду одредаба кривичног поступка из члана 368. став 1. тачка 11. ЗКП.

5. У закону је посебно налагашена **хитност поступања** у поступку према малолетницима, како у претходном тако и припременом поступку, тако и у погледу заказивања седнице већа односно главног претреса, те су прописани **посебни рокови** који су краћи од редовних рокова, јер се ради о хитном поступку која не трпи одлагање. О томе говоре чланови 56, 72. и 77. Закона о малолетницима. Наиме, хитност је битна јер што је мањи размак између учињеног кривичног дела и окончања поступка већи су изгледи за постизање сврхе кривичне санкције, а поред тога примена неких материјалних и процесних одредби зависи од старости – године учиниоца – малолетника. Сматра се да су предмети млађих малолетних лица посебно хитни по природи ствари. Хитност не сме да утиче на **свестрано разрешење** ствари тако да се ова два захтева морају помирити, јер хитност не сме сама себи бити циљ.

Запажено је у појединим предметима да се одуговлачи поступак и да се не поштује одредба о хитности поступања.

6. Веома често се уместо главног претреса заказује **седница већа**. Седница већа се може заказати и одржати само, ако је чињенично стање утврђено у припремном поступку као неспорно и у довољној мери разјашњено, тако да се практично суди без спровођења доказног поступка **на основу списка**. Међутим, ако постоји потреба за извођењем доказа, ако се ради о сложенијим предметима, ако треба контрадикторно расправљање чињеничног стања, посебно ако малолетник оспорава да је извршио кривично дело, а има околности које иду у прилог његовој одбрани у сваком

случају треба заказати главни претрес, поготову ако се ради о тешким предметима.

7. Има доста случајева да судови не утврђују **висок степен кривице** малолетника приликом изрицања казне малолетничког затвора из члана 28. ЗМ. Приликом оцене високог степена кривице код малолетника и изрицања казне малолетничког затвора у смислу члана 28. ЗМ првостепени суд мора да узме у обзир **скуп свих субјективних околности** које карактеришу личност малолетника и његов **однос** према извршеном кривичном делу, да ли је малолетник приликом извршења кривичног дела испољио упорност, бруталност, безосећајност, суровост, групно деловање, да ли је његова урачуљивост била смањена или ако јесте у ком степену и др. Све то веома често у првостепеној пресуди у потпуности изостаје, првостепени суд не утврђује такво понашање малолетника критичном приликом нити објашњава зашто је малолетнику изрекао најтежу кривичну санкцију, казну малолетничког затвора из члана 28. ЗМ.

8. Било је неколико случаја да првостепени суд изрекне малолетнику васпитну меру **упућивање у васпитну установу** и према њему **продужи притвор** у смислу члана 67. став 6. ЗМ.

Ако је у првостепеном поступку малолетнику изречена васпитна мера упућивање у васпитну установу према њему није могуће продужити притвор из члана 67. став 6. ЗМ, јер се у закону у овом члану који говори о продужењу притвора исти може продужити само после изрицања васпитне мере упућивања у ВП дом или изрицања казне малолетничког затвора. У закону се не помиње упућивање у васпитну установу, мада се и у ову васпитну меру притвор урачунава, а то је стога што је то пре свега у интересу малолетника.

Упућивање у васпитну установу јесте заводска мера - члан 20. ЗМ и члан 120. ЗМ, али се ту ради у мешовитој установи намењеној како учиниоцима кривичног дела тако и другим категоријама малолетника који нису извршили кривично дело нпр. малолетници који су васпитно запуштени (имају неки поремећај у понашању) или социјалних случајева, а смештени су преко центра за социјални рад. То су установе за васпитање деце и омладине полуотвореног типа а не заводи.

Малолетни извршиоци кривичних дела су у свему изједначени са другим малолетницима који бораве у тој установи и ту нема елемената **принуде**, као код упућивање у ВП дом или КПЗ.

Упућивање у ВП дом члан 124. ЗМ је најригорознија васпитна мера са појачаним мерама надзора и то је завод полуотвореног типа. КПЗ је завод затвореног типа и ту се извршавају казне малолетничког затвора, које се граниче са казном, ту има елемената казне и васпитне мере. Обе ове кривичне санкције су у основи мере лишења слободе малолетника, зато је ту могуће одредити, односно продужити притвор према малолетнику из члана 67. ЗМ, имајући притом у виду како личност малолетника, врсту кривичне санкције, која је изречена као и врсту завода где се санкција извршава.

9. У пракси има одређених проблема приликом изрицања васпитних мера **млађим пунолетним лицима** у смислу члана 41. Закона о малолетницима.

Члан 41. став 1. ЗМ предвиђена је факултативна могућност изрицања васпитне мере млађим пунолетним лицима, ако су као пунолетни извршили кривично дело, а у време суђења нису навршили 21 годину живота, а с обзиром на личност и околности под којима је дело учињено може очекивати да ће се овим васпитним мерама постићи сврха која би се остварила изрицањем казне.

То значи да треба узети у обзир личност учиниоца и околности под којима је дело учињено, а затим се бавити **проценом** да ли ће неком од васпитних мера које се у овом ставу наводе може остварити сврха која би се остварила изрицањем казне.

Што се тиче вршења процене да ли се може очекивати да ли ће се и са васпитном мером постићи сврха која би се остварила изрицањем казне то је доста компликован посао на који закон не наводи подробнија упутства.

У односу на обележја личности морали би се узети у обзир резултати опсервирања личности у целини, да би се и даље могли изводити поуздани закључци. Околности дела су критеријуми којима се допуњују претходни, стога се и овај критеријум мора кумулативно ценити. **Личност и дела** сачињавају целину које треба истовремено процењивати. Закон као критеријум не поставља тежину кривичног дела, већ само говори о околностима под којима је кривично дело учињено.

За примену одговарајуће васпитне мере тражи се да се може очекивати да ће се са том санкцијом постићи сврха која би се остварила изрицањем казне, закон не захтева да се са сигурношћу може очекивати да ће се и са васпитном мером постигла сврха која би се остварила казном, већ само наглашава да је довољно да се очекује да ће се то догодити.

Примена одредбе из става 1. је факултативног карактера јер закон употребљава израз "суд може изрећи било коју меру посебних обавеза, меру појачаног надзора од стране органа старатељства или меру упућивање у васпитно-поправни дом".

10. Када се изриче мера упућивање у **васпитно-поправни дом** првостепени суд мора да цени околности субјективног карактера како у односу на личност учиниоца, као и објективног карактера који се тичу учињеног кривичног дела.

Пошто се ради о васпитној мери која је најригорознија, потребно је да се ради о неком тежем кривичном делу које је учинио малолетник, суд треба ту тежину да процењује не само према прописаној казни, већ и према наступелој последици, али је ту од значаја и природа кривичног дела, јер су извесна кривична дела сама по себи тешка кривична дела, као што су против живота и тела, достојанства личности и морала, имовине и друго. Поред тога упућивање у ВП дом по правилу долази у обзир код поновног вршења кривичних дела, пошто су малолетнику већ изричане друге васпитне мере.

Приликом те процене првостепени суд се не може понашати површно и дати образложење своје одлуке по неком аутоматизму, што се у пракси дешава, тако да се разлози суда свODE на преписивање законског текста.

Морамо имати у виду критеријуме и упутства која су дата у члану 21. став 2. ЗМ на које чињенице би суд нарочито треба да обрати пажњу.

11. Примећено је да првостепени судови врло ретко изричу према малолетнику **меру привременог смештаја из члана 66. и 67. ЗМ**. Чланом 66. ЗМ је предвиђено да судија за малолетнике у току припремног поступка може привремено сместити у прихватилиште, васпитну и сличну установу, да се он стави под надзор органа старатељства или да се смести у другу породицу, то су у ствари мере привременог смештаја. На тај начин се издваја малолетник из средине која на њега може негативно да утиче јер помоћу ових мера остварују се одређени васпитни циљеви. Мере смештаја нису временски одређене трају све док постоји потреба за њима,

неке међу њима подразумевају и ограничење слободe кретања малолетника.

Чланом 76. ЗМ је предвиђено да је у току поступка пред судом председник већа или веће за малолетнике може донети решење о мери привременог смештаја малолетника у смислу члана 66. ЗМ, а може и укинути ако је раније било донето.

Ово је значајан правни институт који се изриче ако нема места примени притвора будући да је притвор изузетна мера и примењује се само када се сврха не може постићи неком мером привременог смештаја.

Вучко Мирчић,

истражни судија Посебног одељења Окружног суда у Београду

ПРИСУСТВО ПРЕДСТАВНИКА ДРЖАВЕ МОЛИЉЕ У ПОСТУПКУ МЕЂУНАРОДНЕ ПРАВНЕ ПОМОЋИ У КРИВИЧНИМ СТВАРИМА

Међународна правна помоћ у кривичним стварима представља помоћ коју једна држава пружа другој, у којој се води кривични поступак, да би се што потпуније прикупили докази, а тиме утврдило чињенично стање и окончао поступак. Значај такве помоћи је огроман, посебно у кривичним стварима са међународним елементом и елементима организованог криминала. О томе би се могло пуно говорити и наводити примери из праксе, али овде ваља напоменути само то, да има ствари које би било тешко или чак немогуће решити без овакве помоћи.

Правна помоћ се пружа по посебно прописаном поступку који се назива поступак за пружање правне помоћи у кривичним стварима. Он се покреће молбом, односно замолницом државе молиље.

Држава која тражи правну помоћ назива се држава молиља, а држава која такву помоћ пружа назива се замољена држава.

Прописи који регулишу ову област су међународни уговори и домаће законодавство. Од домаћег, најважнији је Закон о међународној правној помоћи у кривичним стварима (у даљем тексту Закон), а од међународних – билатерални уговори и Европска конвенција о међусобном пружању правне помоћи у кривичним стварима из 1957. године, са два додатна Протокола из 1978. године, а коју је ратификовала и наша земља (у даљем тексту Конвенција). Што се тиче односа ових прописа, наш Закон даје примат међународним уговорима, тако да се он примењује само у случајевима када не постоји потврђени међународни уговор или када одређена питања њиме нису уређена.

Облици међународне правне помоћи су различити. Они обухватају:

1. изручење окривљеног или осуђеног,

2. преузимање и уступање кривичног гоњења,
3. извршење кривичне пресуде, и
4. остале облике међународне правне помоћи.

За ову тему интересантан је последњи облик. Иначе, он се може састојати у спровођењу одређених процесних радњи (саслушање окривљеног, сведока, вештака, вршење увиђаја, претресање итд.), примене посебних мера, достављање и размене доказног материјала итд.

Наиме, Конвенцијом и нашим Законом прописано је да извршењу замолнице могу да присуствују представници државе молиље, с тим што Конвенција користи појмове "органи" и "лица", а Закон - само појам "орган". С тим у вези, под "органима" треба подразумевати присуство судских, тужилачких и, евентуално, полицијских представника, а у "лица" могу се убројати браниоци окривљених, пуномоћници оштећених, значи, лица која могу присуствовати по домаћем законодавству.

Питање присуствовања, које је предмет текста, јесте интересантно зато што се у Конвенцији или Закону, не наводи шта оно садржи и каква су овлашћења органа и лица. Уколико би се пошло од најужег тумачења, присуствовање би значило само пасивно, физичко присуство извођењу одређене истражне радње која се тражи. Такво присуство би личило на контролу рада органа замољене државе, што није допуштено, а с друге стране, суштински, би било без смисла. Значи, такво уско тумачење се мора одбацити и прихватити шире тумачење, у виду, да га тако назовемо, активног присуствовања. Такво активно присуствовање има више елемената и њих ћемо изнети у даљем тексту.

Пре свега, већ у замолници може се, а то је чак пожељно, сачинити списак питања која ће се поставити у току спровођења истражне радње, односно саслушања окривљеног, сведока, вештака и тако даље, или, у вези неке друге радње, навести објашњења на које ствари би требало обратити пажњу. Таква питања могу се доставити и након доставе замолнице. Но, често ни та питања нису довољна да би се ствари у довољној мери разјасниле и добили сви потребни одговори за разјашњење важних питања дате кривичне ствари. Ово посебно због тога што су поступци са елементима организованог криминала и међународним елементом веома обимни и сложени, често тешки за доказивање. С друге стране, није могуће унапред предвидети какав исказ ће дати окривљени, сведок или друго

лице које се саслушава. Из тих разлога, неопходно је да се представнику државе молиље омогући да током самог саслушања поставља питања или даје потребна објашњења, с тим што ће се постављање таквих питања, објашњења и разјашњења дозволити или не од стране судије замољене државе који поступа по замолници.

Даље, присуство представника би требало да подразумева да представник може, такође уз одобрење судије који поступа по замолници, да саслушаваном лицу предочи исказе већ саслушаних лица у предмету који се води пред судом државе молиље или друге доказе и да захтева да се о томе лице изјасни.

У погледу других радњи, као што су увиђаји, претрес и тако даље, требало би да представник може да укаже на оно што је битно за њихов предмет и чему треба обратити посебну пажњу.

Све ово што смо навели односи се на присуство органа стране молиље, а када су у питању лица стране молиље, која могу присуствовати (браниоци окривљених, пуномоћници оштећених итд.), њихово присуство такође треба схватити активно, тј. да и они имају право да постављају питања, траже разјашњења и тако даље, а све на начин како је то прописано нашим ЗКП-ом, односно домаћим законодавством.

Наведено схватање садржине појма присуствовања представника државе молиље заснива се на искуству у поступању по замолницама за правну помоћ у кривичним стварима и адекватном тумачењу норми које регулишу ову област.

ГРАЂАНСКА СЕКЦИЈА

Предраг Трифуновић,
судија Врховног суда Србије

СУДСКА ОДЛУКА И УСТАВНА ЖАЛБА

У в о д

После готово годину дана расправљања у академској тишини без ширег учешћа домаће правничке јавности, Уставни суд је, чини се, екстензивно тумачећи норму о уставној жалби, коначно пресудио: судска одлука може бити преиспитивана по уставној жалби са утврђењем да је повређено људско или мањинско право. И не само то. Уставни суд може поништити или укинути судску одлуку, па и највишег суда у држави и наредити доношење нове.

Иако на први поглед одредба члана 170. Устава РС¹ ("Службени гласник РС", бр. 98/06) и чланова 82-92. Закона о Уставном суду ("Службени гласник РС", бр. 109/2007) не захтевају тумачење, неколико питања је спорно: ко може бити подносилац уставне жалбе; да ли само појединац коме припадају основна људска права и слободе или то може бити и правно лице. Уставни суд се определио за шири круг активно легитимисаних, без обзира што су људска права природна и неотуђива и припадају искључиво човеку као људском бићу, а нека (ограничено) и правном лицу; када су исцрпљена правна средства у грађанском праву; да ли коришћењем свих ванредних правних средстава или само ревизије (по усвојеном само ревизије). У погледу "радњи државних органа или организација које врше јавна овлашћења" спорно је да ли то могу бити и пасивне радње (нечињење). Уставни суд се определио за шири смисао сматрајући да поред активних радњи чињења предмет уставне жалбе могу бити и радње нечињења

¹ Члан 170. Устава гласи: Уставна жалба се може изјавити против појединачних аката или радњи државних органа или организација којима су поверена јавна овлашћења, а којима се повређују или ускраћују људска или мањинска права и слободе зајемчене Уставом, ако су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства за њихову заштиту.

односно пропуштања које представљају облик испољавања воље државних органа довољан да се учини кршење зајамчених права.

Текст који следи не бави се свим спорним нити оним што није нормирано, а могло је (да ли је предмет уставне жалбе могао бити и општи акт који "живи" и којим се некада несумњиво крше људска права и слободе).

За нас (судије) најспорније је да ли судска одлука може бити предмет уставне жалбе и да ли је уставотворац под "појединачним актом државног органа" и на њих мислио; ако није, да ли се новом праксом врши повреда уставног правила заповедног карактера о недозвољености преиспитивања судских одлука од стране несудских органа какав је Уставни суд и да ли се он претвара у супер ревизијски – Надврховни суд; ако би по угледу на Европски суд за људска права то могао да чини да ли судски акт може поништавати или укидати или само констатовати повреду; ако је полазно становиште Уставног суда правилно да ли су до сада преиспитивани случајеви "прави" и да ли су тим судским одлукама суштински повређена људска права и слободе; да ли је Уставни суд у тумачењу економско-социјалних (радничких) права повредио принцип ретроактивности; да ли то отвара пут ретроактивној примени Устава и на друге неуставне, са садашњег становишта, правне односе који су настали по позитивним, још увек важећим раније донетим законима, који нису измењени нити усклађени са Уставом; да ли ће суђење по уставној жалби због садашњег али и очекиваног прилива предмета угрозити основну функцију Уставног суда, а то је заштита Устава и оцена уставности и законитости општих аката.

Због професионалне оријентације писца ових редова реферат се првенствено бави односом уставне жалбе и судске одлуке у грађанској материји².

² До сада је Уставни суд поништио неколико одлука Врховног суда Србије због повреде права на правично суђење у кривичној и грађанској материји, повреде претпоставке невиности и повреде права слободе (кривица); давања погрешног правног упутства ради коришћења правног средства, повреде права на правно средство из члана 36. Устава због одбачаја захтева за заштиту законитости изјављеном од странке и повреде права запослених због немогућности одрицања од социјално-економских права (права на рад).

Аргументација Уставног суда

Уставни суд сматра да су судови државни органи без обзира што их Устав РС у члану 142.³ на тај начин не дефинише. Такав закључак посредно произилази из члана 20. Устава, по коме "при органичењу људских и мањинских права, сви државни органи, а нарочито судови, дужни су да воде рачуна о суштини права..." као и из члана 36. по коме се "јемчи једнака заштита пред судовима и другим државним органима". Иако Уставни суд није судски орган и није изнад Врховног касационог суда у хијерархији судова и судска одлука може бити нападнута уставном жалбом јер људска права и основне слободе могу бити повређене и одлукама судова и "зашто онда не дозволити уставну жалбу у оваквом случају?" Редактори образложења даље кажу: "Имајући у виду независност судства и начела уставности и законисти и уз велико поштовање за рад судова мора се, теоријски посматрајући дозволити могућност судијске грешке уопште, па и у домену људских права и основних слобода посебно. То је основ за увођење уставне жалбе у овој области. Поштовање људских права и основних слобода треба да буде највише начело"⁴. Формулација из члана 89. Закона о Уставном суду који предвиђа поништење судских одлука (не укидање) можда и није најправилнија (правилно би било да се укида судска одлука), није од одлучног утицаја јер је битно да се таква одлука због повреде људског или мањинског права уклања из правног живота. На крају ако се може укинути закон зашто се не би могла укинути и судска одлука.

Критика изложеног

Судије Врховног суда готово једнодушно сматрају да је такво поступање Уставног суда (поништење судских одлука и налагање судовима да поново суде) **неуставно, незаконито и у супротности са међународним стандардима.**

1) Супротно Уставу:

³ Члан 142. Устава гласи: Судови су самостални и независни у свом раду и суде...

⁴ Студија изграђена по налогу Европске агенције за реконструкцију, стр. 37, необјављено

- Члану 145. став 3. Устава по коме су судске одлуке обавезне за све и не могу бити предмет вансудске контроле; и ставу 4. исте одредбе по којој судску одлуку може преиспитивати само надлежни суд у законом прописаном поступку;

- Члану 143. став 4. по коме је Врховни касациони суд највиши суд у Републици Србији.

2) Закону:

Члану 3. став 2. и 3. Закона о судијама који понавља цитиране уставне одредбе.

3) Међународним стандардима:

- Препоруци бр. Р. (94) 12, начелу 1 (општа начела независности судија) по коме одлуке судија не смеју бити предмет било какве друге ревизије осим у оквиру поступка по правним лековима који је предвиђен законом.

- Европској Повељи о Закону о судијама по коме Закон за судије има за циљ да обезбеди стручност, независност и непристрасност, коју свако лице оправдано очекује од судова и сваког судије којим је поверена заштита његових права. Ово искључује сваку одредбу и сваки поступак који би водио умањењу поверења у такву стручност, независност и непристрасност (1-општа начела.1.1)⁵.

Суд је несумљиво државни орган (орган државне власти по Закону о уређењу судова), иако је одредница "државни" изостала из дефиниције редовних судова у Уставу. Али, да ли је то изостављање учињено свесно како би се између осталог изразила намера законодавца да се по члану 170. Устава уставна жалба дозволи само против одлука и радњи државних органа у делу управе. Стилизација дела одредбе члана 170. Устава веома је слична члану 198. Устава који се односи на контролу управе. Употреба термина "поништити" у члану 89. Закона о Уставном суду карактеристична је за управно, а не судско процесно право. Али у овом проблему те чињенице можда и нису одлучујуће. Кључна је садржина норме из члана

⁵ Цитирани међународни стандарди не подлежу ратификацији као међународни уговори, али представљају опште усвојена правила међународног права која све земље поштују.

145. став 3. и 4. Устава (о забрани преиспитивања судске одлуке) чија је правна природа заповедна. Ако је императивна (а не инструктивна) она се једноставно не може друкчије тумачити осим онако како гласи.

Такође је тачна тврдња да поштовање људских права представља врхунско начело. Али, притом се заборавља да се заштита људских и мањинских права и слобода по члану 22. Устава врши пред редовним судовима⁶. У правном поретку поштовање људских и мањинских права није једино врхунско начело. Поред њега, врхунска начела су не само она начела која су садржана у Универзалној Декларацији о правима човека и у међународним стандардима донетим после усвајања Декларације већ су то примера ради: мир, опште добро, једнакост, слобода, правда. Зар принцип поштовања људских и мањинских права и слобода није универзалан и зар не важи за све демократске земље. Већини земаља не пада напамет да Уставни судови или други органи (који обављају судске функције под другим називом) касирају судску одлуку⁷. У упоредном праву постоје разлике, јер многе земље суверено сматрају да се поштовање људских и мањинских права може адекватно, стручно и правично обезбедити кроз најмање двостепеност у суђењу, а у важним и сложенијим стварима и кроз суђење у трећем степену. Њима припада и наша земља.

Неоснованост аргументације Уставног суда произилази не само из цитираних норми којима "тумач не треба" због њихове јасности, већ и због чињенице да је Устав водио рачуна о правној природи уставне жалбе и суштини уставног судовања (да је примарни циљ Уставног суда заштита Устава од поступака законодавне и извршне власти).

Наиме, Уставно судство је брана од самовоље, арбитражности, произвољности, незаконитог поступања, првенствено законодавних органа и органа управе⁸. Уставна жалба је индивидуално и супсидијарно прав-

⁶ Члан 22. Устава гласи: "Свако има право на судску заштиту ако му је повређено или ускраћено неко људско или мањинско право зајемчено Уставом, као и право на уклањање последица које су повредом настале."

⁷ Уставна жалба као индивидуално правно средство против судских аката постоји у Немачкој са најразвијенијом праксом, Шпанији, Чешкој, Хрватској и Македонији. Аустрија не дозвољава укидање судских одлука и уставна жалба је усмерена против аката државне управе. Француска и Италија тај институт не познају, а Енглеска нема уопште Уставни суд.

⁸ др Ратко Марковић – "Уставно право", 2001. година, стр. 660

но средство грађана наспрам и против државе (В. Ђурић)⁹, а не правно средство на основу кога се решава спор између странака.

Уставни суд не припада ни судовима опште, а ни судовима специјализоване надлежности, па није у номенклатури судске власти (мада је по неким теоретичарима ближи судској власти него законодавној). Његово оснивање, организација, статус и функционисање није регулисано правосудним законима већ Уставом и Законом о Уставном суду. Док судови суде на основу Устава, закона, подзаконских аката и међународних ратификованих уговора, Уставни суд суди прописима, а само изузетно на основу њих. Тај изузетак представља као што смо видели уставна жалба. Са друге стране извршење одлука Уставног суда уређено је Законом о Уставном суду, док је извршење судских одлука уређено Законом о извршном поступку. Све ово указује да Уставни суд није део судске власти и чим није у систему судске власти он не може да врши оцену ваљаности судских одлука.

Увидом у објављене одлуке Уставног суда по уставној жалби (које сваким даном стижу) уочава се да се Уставни суд понаша као инстанциони суд четвртог степена, да поништава судске одлуке па и највишег (Врховног суда). Ако је Врховни суд највиши суд у Републици по Уставу, како било ко (па и Уставни суд) може његову одлуку поништити. Измена његове одлуке дозвољена је једино шефу државе и парламенту у кривичним стварима (члан 145. став 4. УС – помиловање и амнестија).

Из одлука је видљиво да се Уставни суд не бави само анализом уставних одредби већ тумачи прописе из области материјалног права (конкретне законске одредбе – класичне правне институте) по којима у сувереном вршењу судске власти суди редован или специјализован суд. Због непостојања прописане процедуре у потпуности игнорише странку из оспорених судских одлука, која није поднела уставну жалбу; не обавештава је о покренутом поступку, не омогућује јој и изјашњење о уставној жалби и не позива је на расправу, не доставља јој одлуку.

Можда је Устав имао у виду суштинску разлику између суда и органа управе.

⁹ мр Владимир Ђурић – "Уставна жалба", 2001. година, стр. 25. Он даље сматра да је таква дефиниција резултат богате праксе Савезног немачког уставног суда.

Наиме, између суда и органа управе без обзира на сличности постоје значајне разлике због чега се статус организација и поступци посебним законима и другим актима уређују. "Управа дела, а суд резонује", каже Слободан Јовановић¹⁰. Управа извршава законе у државном интересу, са дужношћу да их не вређа имајући слободу иницијативе, а суд примењује закон тумачећи право у случају спора између странака и кажњавајући кривце, вреднујући и процењујући људска понашања; управни поступци су углавном једностраначки и карактерише их неједнакост страна и хијерархија; не решавају спорове, па због неједнаког положаја учесника могућност грешке (самовоље и повреде права) је израженија. Да је уставотворац хтео преиспитивање судских одлука у поступку по уставној жалби изричито би то нормирао као што је то учинио ранији Закон о савезном Уставном суду ("Службени лист СРЈ" бр. 30/92) по коме "уставну жалбу може поднети свако ко сматра да му је појединачним актом или радњом судских, управних и других државних органа... повређени слобода и право човека". Уставотворац није то свесно учинио, очигледно сматрајући да је кроз двостепеност у редовном суђењу и тростепеност у најсложенијим стварима обезбеђена довољна заштита људских и мањинских права у редовној судској процедури.

Инспирација за постојећу праксу очигледно је нађена у немачком праву. Али се притом намерно или ненамерно испуштају из вида најмање две битне чињенице. Прва је, да је немачки Савезни уставни суд по члану 92. Основног закона Немачке (Устава) највиши суд у систему судске власти и да судска власт припада судијама (члан 92), за разлику од нашег Уставног суда који то није; и друго по немачком праву Уставна жалба је допуштена против аката и радњи јавних власти због повреде основних права из уводног дела Устава и неколико конкретних уставних одредби (члан 93. став 1. тачка 4-а). Јавна власт је дефинисана као законодавна, управна и судска, па зато Уставни суд Немачке као највиши суд може да преиспитује судске одлуке земаљских (редовних и специјализованих) судова.¹¹

¹⁰ Слободан Јовановић – О држави, стр. 225

¹¹ С обзиром да је Савезни уставни суд Немачке највиши суд у систему судске власти то није од значаја да ли он врши само утврђење постојања повреде основних и људских права (Димитрије Кулић – Уставно судство у свету, стр. 44) или касира судску одлуку како то тврде В. Ђурић и Р. Марковић.

Осим изложеног, установљеном праксом угрожава се правна сигурност, и ствара правна неизвесност, вређа начело правноснажно пресуђене ствари (правноснажно пресуђена ствар је тачно пресуђена), угрожава начело поделе власти и руши ауторитет судске одлуке. Већину људских и мањинских права конкретизију посебни закони и у случају повреде штите их редовни судови у имовинским, радним и породичним споровима, па би по устаљеној пракси готово свака одлука редовног суда могла бити предмет преиспитивања (зато је нужна селекција и прецизирање) што подстрекава странке и њихове пуномоћнике да са становишта заштите људских и мањинских права готово у сваком предмету захтевају поништење или укидање судских одлука. Да је уставотворац желео установљење сада постојеће, а и евентуално будуће праксе, не само да би јасније уредио питање надлежности (у сваком систему норме о надлежности и њиховом разграничењу морају бити јасне и не захтевају тумачење), него би број судија Уставног суда учинио већим.

Али, под условом да је уставна жалба допуштена због судске грешке (повреде људског или мањинског права) размотримо и анализирајмо две групе карактеристичних случајева у којима је Уставни суд поништио судске одлуке и то:

- а) о праву на правно средство;
- б) исплату отпремнине.

а) Повреда права на правно средство

Решавајући по уставној жалби¹² Уставни суд утврђује да је решењем Врховног суда... 1) повређено право подносиоца уставне жалбе на правно средство... 2) поништава решење Врховног суда... и одређује да се донесе нова одлука о захтеву за заштиту законитости коју је... тужилац и изјавио против пресуде Окружног суда... Сматра аргументацију Врховног суда о одбачају страначког захтев за заштиту законитости ("с обзиром да је изјављена против одлука против којих се по закону не може поднети" и "с обзиром да није заснован на законским разлозима због којих се овај ванредни правни лек може изјавити") погрешном. Даље се у одлуци Уставног суда у погледу другог разлога наводи: "Такође се не може прихватити став Врховног суда да подносиоцев захтев није заснован на законским разлозима због којих се овај ванредни правни

¹² Уж. 60/2007 од 12.3.2009. године

лек може изјавити. Из приложеног захтева несумњиво проистиче да је изјављен управо и једино са позивом на учињену апсолутну битну повреду одредаба парничног поступка из члана 361. став 2. тачка 5. ЗПП, јер подносилац сматра да су оспорене одлуке нижестепених судова засноване на правно недозвољеном располагању странака, конкретно туженог у парничном поступку. Постојање наведеног законског разлога за подношење захтева Врховни суд и констатује у уводном делу свог образложења, а затим и то да се захтев за заштиту законитости може подићи само због наведене битне повреде одредаба парничног поступка, због чега га је подносилац изјавио. Самим тим из ових премиса се никако не може извести закључак о недозвољености изјављеног правног средства." Полазећи од изложеног Уставни суд оцењује да захтев за заштиту законитости који је подносилац уставне жалбе изјавио "није недозвољен ни према критеријуму судске одлуке која се њиме оспорава ни према критеријуму законског основа за изјављивање, с обзиром да захтев неспорно није неблаговремен или непотпун, Врховни суд га није могао одбацити применом члана 404. ЗПП, већ је морао одлучити о његовој основаности."

Уставни суд је у праву у погледу првог аргумента јер правноснажна одлука (у овом случају окружног суда) представља судску одлуку против које се може изјавити захтев за заштиту законитости, али у погледу другог истакнутог разлога (који је одлучујући да ли је повређено право на правно средство) није.

Наиме, у процесном праву важи принцип да правну квалификацију врши суд (а не странка) и да суд није везан правном аргументацијом и вредновањем коју странка чини. Истина, то је изричито прописано у дефиницији тужбе (члан 187. став 4. ЗПП), али снагом законске аналогије важи и за друге случајеве. Странка суду презентира чињенице, а суд квалификује право. То даље значи да странка не може са успехом вршити квалификацију разлога која би суд обавезала. У пракси (због редуцираности разлога за изјављивање овог ванредног правног лека и супротно начелу bona fide у парници странке из правне неукости (чешће квалификовани пуномоћници свесно) означе прави законски разлог наводећи повреду (битну из члана 361. став 2. тачка 5), али: не дају ближе разлоге у чему се састоји недозвољено располагање; или под недозвољеним располагањем сматрају понашање странака не само од момента када је парница почела да тече, већ и у време настанка спорног односа (раније); или, најчешће садржински указују на неку другу битну повреду (обично из тачке 12); или

указују на неправилност примене материјалног права. У таквој ситуацији Врховни суд одбацује захтев као недозвољен јер је суштински изјављен због неке друге битне повреде или погрешне примене материјалног права, а не из законом (једног) дозвољеног разлога.

У својој одлуци Уставни суд не анализира појам и суштину тзв. "недозвољеног располагања", практично сматрајући да је правна квалификација странке у складу са теоријом изјаве одлучна за доношење одлуке у меритуму.

Зато погледајмо садржину истакнутог страначког захтева за заштиту законитости у који је Уставни суд извршио увид. У њему се истиче да подносилац захтева није знао за другу парницу која је вођена између туженог и трећег лица (тужилац у тој парници је Удружење грађана, а тужени су правна лица). Сматра да је у том спору морао учествовати. Како у том ранијем спору није учествовао то пресуђење представља недозвољено располагање јер је противно прописима, јавном поретку и правилима морала. Даље се у захтеву наводи постојање битне повреде из тачке 9. (страначка способност и заступање); указује се на погрешну примену материјалног права (јер је стекао својину по основу одржаја) и истиче чињенице непрекидне и вишегодишње државине. Дакле, из садржине страначког захтева за заштиту законитости видљиво је да он није поднет због битне повреде из члана 361. став 2. тачка 5. ЗПП, нити из другог законског разлога предвиђеног у члану 414. ЗПП (промет непокретности).

Наиме, захтев за заштиту законитости у садашњем процесном праву може се изјавити само због два разлога (ако је уговор у моменту непокретности противан принудним прописима и моралу (члан 414. ЗПП) и због битне повреде из члана 361. став 2. тачка 5. ЗПП – ако је противно одредбама Закона суд засновао одлуку на недозвољеним располагањима странака из члана 3. став 3. ЗПП. Он се не може поднети због више битних повреда и због погрешне примене материјалног права како је то било предвиђено ранијим законом. У пракси се поставља проблем шта су то "недозвољена располагања странака"; да ли је то процесни институт (битна повреда) или има карактеристике материјално-правног питања; да ли се та битна повреда може уподобити погрешној примени материјалног права. Ако се она не изједначава са материјалним правом, да ли се подношење тужбе, предлога или чак предлога за извршење може сматрати недозвољеним располагањима странака.

По владајућем гледишту које је у Врховном суду изражено у већем броју решења (више хиљада одлука), а које се заснива на раније устаљеној судској пракси (описана битна повреда у новом ЗПП-у је идентична са истом повредом из ранијег закона), "недозвољено располагање странака" везује се искључиво за понашање странака у време трајања парнице и на одлуку која је заснована на њиховој диспозицији (одрицање од захтева, признање и поравнање), а не ако је одлука заснована на писменим или усменим контрадикторним доказним средствима; она је искључиво процесни институт и неуподобљава се материјалном праву. Понашање странака који претходи парници расправља се кроз материјално право (што није разлог за изјављивање захтева за заштиту законитости).

У овом спорном предмету нижестепене пресуде нису биле засноване на недозвољеним располагањима тужиоца и туженог у смислу да су закључили поравнање да је једна од њих признала нешто другој, да се одрекла од захтева, да је признала неку чињеницу. Обе првостепене пресуде (ранија и садашња) донете су на основу утврђеног чињеничног стања заснованог на контрадикторним доказним средствима. Истицање да је подносилац захтева морао суделовати у ранијој парници било као умешач или као странка и постојање пресуда у тој парници не представљају недозвољено располагање странака (битну повреду). Све су то разлози који указују да је подносилац захтева само формално поднео захтев за заштиту законитости из законом дозвољеног разлога (означавање законске одредбе), али да је суштински захтев поднео због наводно учињених других битних повреда и погрешне примене материјалног права.

б) Одрицање од отпремнине

Подносилац уставне жалбе правноснажно је изгубио спор (одбијен тужбени захтев) којим је тражено утврђење ништавости писмене изјаве по коме се одрекла права на отпремнину и судску заштиту. Нижестепени судови су утврдили да писмено названо као "изјава о одрицању" у стварности не представља одрицање од права, већ опрост дуга у смислу члана 344. ЗОО, јер је изјава дата после делимичног пријема отпремнине (потраживање је доспело).

Усвајајући уставну жалбу¹³ Уставни суд цитира одредбе Закона о радним односима ("Службени гласник РС", бр. 55/96...) који је важио у

¹³ Уж. 33/07

време престанка радног односа у погледу права радника у случају престанка радног односа због увођења технолошких, економских и организационих промена; цитира одредбе ЗОО о допуштености уговорне обавезе (предмету) и закључује да је у парничном поступку повређено право подносиоца на правну заштиту из члана 60. став 4. сада важећег Устава¹⁴, јер је приликом престанка радног односа исплаћен мањи износ отпремнине од онога што је подносиоцу припадало; да "исплата отпремнине представља један од законом утврђених облика правне заштите запосленог у случају престанка радног односа, кога се запослени не може одрећи".

Даље, Уставни суд каже "иако је оспорена пресуда Округног суда... донета након ступања на снагу Устава, то је другостепени суд повредио право подносица уставне жалбе на правну заштиту у случају престанка радног односа, јер је прихватио правно становиште првостепеног суда да је оспореном изјавом подносилац уставне жалбе извршила отпуст дуга према послодавцу". По оцени Уставног суда Округни суд... је био дужан да у поступку по жалби донесе одлуку којом ће отклонити повреду права подносиоца уставне жалбе..

Уставни суд погрешно правно резонује из најмање три разлога:

Прво, однос је настао (изјава о наводном одрицању) 2001. године, када ранији републички Устав ("Службени гласник РС", бр. 1/90) није уопште садржавао норму од немогућности одрицања од вршења економско-социјалних (радничких) права (чланови 35-39). Такво правило не садржи ни ревидирана Социјална повеља коју је наша држава ратификовала 29.5.2009. године. Примењујући у пресуђењу нови Устав повређен је принцип забране ретроактивности, садржан у члану 197. новог Устава. Са друге стране, одрицање (наводно) и прихватање тог одрицања представља уговор чија се пуноважност по опште усвојеним стандардима процењује према моменту закључења. У време закључења тај уговор је био у сагласности са принудним прописима, није противан јавном поретку нити правилима морала (није супротан члану 103. ЗОО).

¹⁴ Члан 60. став 4. Устава гласи: Свако има право на поштовање и достојанство своје личности на раду, безбедне и здраве услове рада, заштиту на раду, ограничено радно време, дневни и недељни одмор, плаћени годишњи одмор, правичну накнаду за рад, и на правну заштиту за случај престанка радног односа. Нико се тих права не може одрећи. (подвукао П.Т.)

Друго, и под условом да је правни однос настао у време важења новог Устава, изјава о одрицању од отпремнине не улази у појам "одрицања од правне заштите". Правна заштита је као што ћемо видети један од два елемента субјективног права и представља право субјекта на тужбу, приговоре и друге алтернативне видове правне заштите коју објективно право признаје. У радном праву субјективна права запослених штите осим судова, инспекцијски органи (инспектор рада и управна инспекција), Агенција за мирно решавање спорова, арбитража, синдикат, а у одређеним случајевима предвиђени су и видови интерне заштите. Унапред одрицање од тих права не би производило правно дејство. У овом случају нижестепени редовни судови нису одбацили тужбу због пуноважности изјаве о одрицању. Нису јој придали никакав правни значај јер су мериторно судили.

Треће, и под условом да је одрицање од права недозвољено, изјава о одрицању пријема дела доспелог потраживања суштински не представља одрицање од права већ опрост дуга.

Наиме, субјективно право по дефиницији (има их више), представља објективним правом признату власт (овлашћење) носица да може захтевати испуњење (давање, чињење, нечињење или трпљење) ради задовољења материјалних или нематеријалних интереса. Из оваквог дефинисања субјективног права произилази да његова феноменолошка структура садржи најмање два елемента: овлашћење (у облигационом праву то је потраживање) и захтев (тражење) које може бити вансудско (најчешће) или судско (тужба). Смисао уставних правила о забрани одрицања од права је да се носилац субјективног права не може одрећи права као скупа овлашћења и захтева за остваривање права пре настанка конкретних права и обавеза. Да би одрицање производило правни учинак потребно је да право овлашћење (захтевати потраживање) није доспело. Зато одрицање од наплате доспелог потраживања (делимично или у целини) не представља одрицање од права, већ опрост дуга из члана 344. ЗОО, која претпоставља изјаву воље повериоца да се неће користити својим правом на наплату и сагласности дужника са том изјавом. Дакле, недозвољена би била изјава у којој би се запослени одрекао неког субјективног социјално-економског права унапред схваћеног као правна нада (оправдано очекивање), а не и када се одрекне пријема доспелог потраживања (потпуно или делимично) у ситуацији када зна његову висину. То у складу са традиционалним правилом да се нико не може натерати да врши своје право.

У конкретном предмету нижестепени судови (првостепени суд) је утврдио да је права воља уговорних страна била не одрицање од права него опрост дуга. Погрешно обележавање у праву не шкоди и суд приликом расправљања о правима и обавезама уговорних страна може да тумачи уговор у смислу члана 99. ЗОО утврђујући заједничку намеру уговорних страна и примењујући правила тумачења. Ако је суд утврдио праву вољу уговарача (у нашем праву није прихваћена као одлучујућа теорија изјаве) онда ни ревизијски суд, а ни Уставни суд не може да утврђује друкчије чињенично стање. Очигледно је да се Уставни суд у овом (као и у претходном) предмету ослања искључиво на теорију изјаве.

Ако оставимо по страни неслагања у погледу разлога у анализираним случајевима, чини се да примери изложени критици нису они "прави". Уставна жалба је индивидуално правно средство које у свом бићу носи дозу општости. Она је и правно средство које решава "проблеме групе" (односе се на неодређен број случајева) и у будућности треба да спречава кршење људских права, па се пажња усмерава на стварно, суштинско кршење основних права, а не на она мањег значаја. Захтев за заштиту законитости ће ускоро вероватно бити "историјска правна категорија" јер се будућим изменама парничне процедуре потпуно уклања из правног живота. Изјаве воље о наводном одрицању од пријема дела отпремнина у стварности су мотивисане најчешће жељом запослених да што пре остваре право на материјално обезбеђење код Службе за запошљавање; тежњом да предузеће опстане и настави привредни живот; чињеницом да су у њему остали његови сродници; или једноставно другим добротним разлозима.

Са друге стране неправилна ретроактивна примена Устава на старе односе отвара веома крупно питање важења неправичних прописа који су супротни решењима из садашњег Устава нарочито у области својинске и привредно-финансијске сфере, што може створити велике проблеме како судовима тако и држави као главном дужнику из тих односа.

Предлог

Али, под условом да је екстензивно тумачење правилно и да је Устав предвидео преиспитивање судских одлука, и ако због императивног карактера правила из члана 145. Уставни суд не може да поништи или укине судску одлуку, шта може: да констатује (утврди) повреду људског или мањинског права (као што то чини Суд у Стразбуру). После будућих

измена ЗПП-а и других процесних закона таква одлука Уставног суда могла би бити разлог за понављање правноснажно окончаног судског поступка, што је и предложено Нацртом Закона о изменама и допунама Закона о парничном поступку који се налази у скупштинској процедури. Основ за овако поступање могао би бити у члану 18. став 4. Устава по коме се одредбе о људским и мањинским правима тумаче у корист унапређења демократског друштва, сагласно важећим међународним стандардима људских и мањинских права, као и у пракси међународних институција које надзиру њихово спровођење. Међународна институција је Европски суд за људска права и даље од те праксе Уставни суд не може ићи.

У процесном праву важи принцип да када ненадлежни орган, донесе одлуку она се сматра непостојећом. Зато би Врховни суд могао законито да игнорише одлуку Уставног суда; али пре коначног става Опште седнице треба чинити оно што је требало раније: проблем расправљати у складу са теоријом аргументације, а не хијерархије. Од сукоба два суда користи нема нико јер трпе грађани и правни поредак. На крају, ако компромиса нема нека пресуди законодавац.

Закључна разматрања

Намера уставотворца није била да Уставни суд преиспитује судске одлуке по уставној жалби јер је одлучивање о повреди људских и мањинских права поверио редовним судовима.

Поништењем судских одлука Уставни суд као несудски државни орган врши вансудску контролу судских одлука и као ненадлежни суд без законом прописаног поступка врши њихово преиспитивање претварајући се у супер ревизијски суд или Надврховни касациони суд.

Изузетно би у складу са праксом Суда у Стразбуру Уставни суд могао једино да утврди да је судском одлуком повређено људско или мањинско право.

За касирање судске одлуке нужна је, ако не промена Устава, оно измена и допуна сета правосудних закона и Закона о Уставном суду.

Слободан Дражић,
судија Врховног суда Србије

ДВА СПОРНА ПРАВНА ПИТАЊА ИЗ РАДНИХ СПОРОВА

Уводне напомене

Будући да законска решења никада не могу бити толико свеобухватна да би предупредила сваку негативну појаву у примени неког правног института, на судовима је да поводом спорова који се јављају у вези са тим, својом креативношћу спрече оно што није могло бити спречено уз помоћ закона.

У претходном периоду о појединим спорним правним питањима из радних спорова, изграђена је судска пракса, објављена у одлукама судова или у правним мишљењима Врховног суда, чиме су отклоњене неке дилеме у примени појединих законских решења.

Међутим, у међувремену појавила су се нова спорна питања, о којима се судови различито изјашњавају. Онда то указује на актуелност теме којом ће се овај рад бавити и свако оправдава да се о свему томе каже нешто и на овај начин.

Ради се о два спорна правна питања:

1) Отказ од стране послодавца ако запослени одбије закључење анекса уговора о раду у вези уговарања минималне зараде.

2) Фикција постојања радног односа.

Редослед излагања спорних питања није одређен њиховим појединачним значајем.

1. Отказ од стране послодавца ако запослени одбије закључење анекса уговора о раду у вези уговарања минималне зараде

Отказ због одбијања закључења уговора о раду под измењеним условима, као посебан случај отказа уведен је Законом о раду из 2001. го-

дине¹. Овај отказни разлог предвиђен је чланом 103. тог закона. По одредбама наведеног члана, послодавац може да понуди запосленом закључење уговора о раду под измењеним условима, ако за то постоје оправдани разлози, па уколико одбије да га закључи, упркос постојању таквих разлога², послодавац му може отказати уговор о раду.

Међутим, у примени овог института у Закону о раду из 2001. године, показали су се озбиљни и садржински недостаци. Измењени услови се могу односити на све законом одређене елементе уговора о раду, али за измену уговорних услова рада у значењу из одредбе члана 103. закона, свака њихова промена нема исти значај. О томе се законодавац не изјашњава. То чини посредно употребом појмова: измењени услови и оправдани разлог у одсуству јасно дефинисаног става о томе. Питање форме понуде и прихватања понуде остаје у закону без изричитог одговора. Закон се не изјашњава ни у погледу времена и начина прихватања понуде. Несумњиво је, да се управо те околности тичу самог значаја заштите права запосленог.

На ту тему су у судској пракси, која је показатељ и индикатор спорних питања евидентирани бројне и разноврсне одлуке највиших судова.

Одговор на ова питања налазимо у решењима садржаним у одговарајућим одредбама Закона о облигационим односима³. Ово због тога, што уговор о раду није само акт заснивања и уређивања радног односа, он је и двострано обавезни теретни посао чији је предмет сам рад, а с тим у вези права, обавезе и одговорности у значењу онога што представља предмет воље уговарача. Због саме природе овог правног посла, коме се не може оспорити и уговорна природа, као супсидијерни пропис примењују се одговарајуће одредбе Закона о облигационим односима (у овом случају уговорног права). Када је реч о томе, несумњиво је, да се уговор о раду закључује под клаузулом *Rebus sic stantibus*. Први уговор о раду, не може остати неизмењен до краја радног века. Приликом закључења уговора уговорне стране имају у виду постојеће околности. Оне полазе и од тога да ће њиховим из-

¹ "Службени гласник РС", бр.70/01 и 74/01)

² Оправдане разлоге треба тумачити постојањем промењених околности у погледу потреба радног процеса и организације рада послодавца

³ "Службени лист СФРЈ", бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89; "Службени лист СРЈ", бр. 31/93

вршењем постићи циљ, који су имале у виду и околности чије се доцније наступање очекује, када су им те околности могле бити познате. Међутим, у току извршења уговора могу наступити догађаји који се у тренутку закључења уговора нормално нису могли предвидети, а који доводе до тога да испуњење обавезе за једну од уговорних страна постане претерано тешко, наноси јој, претерано велики губитак или не може да оствари жељени циљ. Данас скоро сви правни ситеми стоје на становишту да такву измену околности са наведеним последицама треба узети у обзир и да треба пружити заштиту оној уговорној страни коју је измена околности погодила и у случају када о томе у уговору није ништа речено.

Дакле, клаузула *Rebus sic stantibus* је резултат уравнотежења интереса уговарача, кад наступе околности које уносе промене у стање материјално-правног односа у односу на време настанка уговора и за то присутне потребе да се усагласи нормативно са стварним.

Решења на том плану садржана у Закону о раду из 2005. године⁴ су потпунија и јаснија и на одговарајући начин хармонизирана са међународним и европским радним стандардима. Ова материја је регулисана одељком XV. ИЗМЕНА УГОВОРА О РАДУ. Међутим, шира анализа законских решења о измени уговора о раду, ипак, превазилази сврху овог рада, јер је његов основни циљ да се изнађе решење актуелног спорног правног питања које се појавило у споровима поводом отказа од стране послодавца ако запослени одбије закључење анекса уговора о раду у вези уговарања минималне зараде.

С обзиром на значај спорног питања, будући да је у одлукама судова изражено неслагање о томе, и да су евидентирани ревизијски предмети у таквим споровима, указује се потреба за разматрањем овог проблема.

У том погледу, чини се да је нужно да се најпре осврнемо на релевантна законска решења која регулишу ову материју.

Релевантна законска решења

Измена уговорених услова рада регулисана је чланом 171. Закона о раду. Према одредбама овог члана, послодавац може запосленом да понуди измену уговорених услова рада (у даљем тексту: анекс уговора):

⁴ "Службени гласник РС", бр. 24/05 и 61/05

- 1) ради премештаја на други одговарајући посао, због потребе процеса и организације рада;
- 2) ради премештаја у друго место рада код истог послодавца, у складу са чланом 173. овог закона;
- 3) ради упућивања на рад на одговарајући посао код другог послодавца, у складу са чланом 174. овог закона;
- 4) ако је запосленом који је вишак обезбедио остваривање права из члана 155. став 1. тачка 5) овог закона;
- 5) из члана 33. став 1. тач. 10), 11) и 12) овог закона;
- 6) у другим случајевима утврђеним општим актом и уговором о раду. Одговарајућим послом у смислу става 1. тач. 1) и 3) овог члана сматра се посао за чије се обављање захтева иста врста и степен стручне спреме који су утврђени уговором о раду⁵.

Дакле, одредбом става 1. овог члана, уређени су случајеви када послодавац може тражити измену уговора о раду. За предмет нашег разматрања од значаја је одредба која се односи на корекцију личних примања. Наиме, измена уговора о раду може бити изазвана и потребом да се: промени висина основне зараде, односно начин обрачуна учинка и увећане зараде (члан 33. став 1. тачка 10. Закона).

Право на зараду регулисано је одредбама члана 104. Закона о раду, које прописују, да запослени има право на одговарајућу зараду, која се утврђује у складу са законом, општим актом и уговором о раду. Запосленима се гарантује једнака зарада за исти рад или рад исте вредности који остварује код послодавца. Под радом исте вредности подразумева се рад за који се захтева исти степен стручне спреме, иста радна способност, одговорности и физички и интелектуални рад. Одлука послодавца и споразум са запосленим који нису у складу са ставом 2. наведеног члана – ни-

⁵ - Члан 155. се односи на обавезне елементе Програма за решавање вишка запослених

- Члан 33. се односи на обавезне елементе уговора о раду, конкретно тачком 10, 11. и 12. прописује се: новчани износ основне зараде и елементи за утврђивање радног учинка, накнаде зараде, увећане зараде и друга примања; рокови за исплату зараде и других примања; позивање на Колективни уговор, односно Правилник о раду

штави су. У случају повреде права из става 2. овог члана запослени има право на накнаду штете⁶.

Према члану 105. Закона о раду, зарада из члана 104. став 1. овог закона састоји се од зараде за обављени рад и време проведено на раду, зараде по основу доприноса запосленог пословном успеху послодавца (награде, бонуси и сл.) и других примања по основу радног односа, у складу са општим актом и уговором о раду. Под зарадом у смислу става 1. овог члана сматра се зарада која садржи порез и доприносе који се плаћају из зараде. Под зарадом у смислу става 1. овог члана сматрају се сва примања из радног односа, осим накнада трошкова запосленог у вези са радом из члана 118. тачка 1) – 4) и других примања из члана 119. и члана 120. тачка 1) овог закона.

Право на минималну зараду регулисано је чланом 111. став 1. Закона о раду, којим је утврђено да запослени има право на минималну зараду за стандардни учинак и пуно радно време, односно радно време које се изједначава са пуним радним временом. У контексту разматрања спорног питања пажњу привлачи својом новом садржином одредба става 2. овог члана која гласи: "ако послодавац и запослени уговоре минималну зараду из става 1. овог члана, послодавац је дужан да ту зараду исплати запосленом у висини утврђеној одлуком из члана 113. овог закона за месец у којем се врши исплата⁷.

Спорно питање

Околности случаја. Тужиоци су били у радном односу код туженог, а на дан ступања на снагу Закона о раду (23. март 2005. године), нису имали закључен уговор о раду, па им је тужени понудио закључење уговора о уређивању међусобних права, обавеза и одговорности. У понуди су наведени разлози, рок у коме тужиоци треба да се изјасне о понуди и правне последице које могу да настану одбијањем понуде. Тужиоци нису

⁶ - Као основно право запосленог (члан 12. став 1) Закона)

- Као основна обавеза послодавца (члан 16. став 1. тачка 3) Закона)

- Као обавезни елемент уговора о раду (члан 33. став 1. тачка 10) Закона)

⁷ Одлука о висини минималне зараде из члана 112. овог закона објављује се у "Службеном гласнику Републике Србије"

прихватили потписивање наведеног уговора због предлога да са послодавцем уговоре минималну зараду.

Оспореним решењима тужиоцима је престао радни однос применом члана 179. тачка 8. у вези са чланом 278. Закона о раду.

Оцена судова. У анализи овог проблема на основу евидентираних предмета у судској пракси, уочавамо два правна становишта у погледу примене релевантних прописа за оцену законитости престанка радног односа.

а) Према становишту првостепеног суда, тужени је имао законску обавезу, прво да понуди тужиоцима закључење уговора о уређивању међусобних права, обавеза и одговорности (члан 278. у вези са чланом 33. Закона), па тек након закључења тог уговора да им понуди анекс уговора у случају исплате минималне зараде, због поремећаја у пословању на основу члана 171. став 1. тачка 5. у вези са чланом 33. став 1. тачка 10. Закона.

Због тога није наступио отказни разлог из члана 179. тачка 8. Закона о раду. Позивајући се на повреду ових прописа, у наведеним предметима је усвојен тужбени захтев за поништај оспорених решења.

б) Према становишту изложеном у одлукама другостепеног суда, уговор из члана 278. став 1. Закона о раду о регулисању међусобних права, обавеза и одговорности послодавца и запослених који немају закључен уговор о раду, у суштини се има уподобити анекс уговора уз аналогну примену одредби о изменама уговорених услова рада и последица одбијања понуде за закључење анекса уговора о раду, из члана 179. тачка 8. закона. Понуда за исплату минималне зараде садржи оправдане разлоге који се односе на поремећај у пословању туженог, а ово законско решење предвиђа одредба члана 111. став 2. Закона о раду.

У наведеним предметима усвојена је жалба туженог, преиначена првостепена пресуда и одбијен тужбени захтев тужилаца.

По становишту ревизијског већа, отказ је законит у смислу члана 179. тачка 8. у вези са чланом 33. став 1. тачка 10. Закона о раду, без упштања у оцену валидности понуде за уговарање минималне зараде.

У сагледавању овог односа супротстављених правних схватања, незаобилазно је питање, да ли се код уређивања права, обавеза и одговорности, закључивање уговора врши на основу понуде анекса уговора. Одговарајући на то питање, по нашем мишљењу, постоје извесни аргументи који

указују на анекс уговора у свим оним случајевима где се мењају постојећи услови рада, односно права и обавезе.

Према члану 278. Закона о раду, послодавац је дужан да са запосленима који су засновали радни однос до дана ступања на снагу овог закона, а немају закључене уговоре о раду, закључи уговор о уређивању међусобних права, обавеза и одговорности, који садржи елементе из члана 3. став 1. овог закона, осим из тачке 4) – 8).⁸ Уговором из става 1. овог члана не заснива се радни однос.

Из наведеног произилази, да запослени који су засновали радни однос уговором о раду до дана ступања на снагу Закона о раду, нису у обавези да поново заснују радни однос уговором о раду. Ово се односи на запослене који су засновали радни однос на основу одлуке надлежног органа пре ступања на снагу овог закона. Међутим, са тим запосленима, послодавац је дужан да закључи уговор као акт уређивања права, обавеза и одговорности у складу са законом. Уколико се нормативно уређење односи и на промене постојећих услова рада, односно права и обавеза, без обзира што запослени није имао закључени уговор о раду, у суштини, ради се о понуди анекса уговора уз аналогну примену члана 171. Закона о раду.

Међутим, када је реч о насловљеном спорном питању понуде анекса у случају исплате минималне зараде, из разлога поремећаја у пословању, чини се да изражено правно становиште другостепеног суда упориште налази у правном схватању ресорног министарства ("у случају исплате минималне зараде, послодавац је дужан да запосленом понуди анекс уговора о раду и да у писменом облику достави и разлоге за исплату минималне зараде")⁹.

Суочавамо се, у овом случају, са мишљењем које завређује пажњу, али ону која се мора приклонити ставу о поштовању основних правних принципа. Њиме се занемарује Уставом зајемчено право на правичну накнаду за рад, које је неотуђиво¹⁰, и право на поштену и правичну накнаду свих радника, чије делтворно остваривање предвиђа Измењена Европска

⁸ Ово се односи на: 4) врсту и опис послова које запослени треба да обавља; 5) место рада; 6) начин заснивања радног односа (на неодређено или одређено време); 7) трајање уговора о раду на одређено време; 8) дан почетка рада.

⁹ Мишљење Министарства рада, запошљавања и социјалне политике Републике Србије, бр. 01-00-27/2005 од 5. маја 2005. године

¹⁰ Члан 60. Устава Републике Србије

Социјална Повеља¹¹. Осврт на наведено мишљење и није превасходна намера аутора, оно је међутим, последица у већој или мањој мери очекиваних неспоразума у тумачењу одговарајућих прописа.

Нисмо уверени да је изражено становиште другостепеног суда о понуди анекса уговора у случају исплате минималне зараде, исправно, нити да је применљиво.

Несагласно мишљење

Утицај измењених услова на права и обавезе запосленог и послодавца, трпи једно законско ограничење. Оно се тиче права и услова рада гарантованих потврђеним међународним конвенцијама, законом и општим актом. Ову меру у погледу њихове доње границе понуда за закључење анекса уговора не може правно дозвољено прећи на штету запосленог, па и независно од аутономије воље уговорних страна и степена тежине њиховог испуњења. Томе се противи забрана уговарања неповољнијих услова рада од права и услова рада прописаних законом, општим актом и потврђени међународним конвенцијама (члан 1. став 1. и члан 9. Закона о раду)¹².

Уставом Републике Србије, зајемчено је право на рад и остварује се у складу са законом. Свако има право на слободан избор рада. Свима су под једнаким условима, доступна сва радна места. Свако има право на поштовање достојанства своје личности на раду, безбедне и здраве услове рада, потребну заштиту на раду, ограничено радно време, дневни и недељни одмор, плаћени годишњи одмор, правичну накнаду за рад и на

¹¹ Стразбур, 3. мај 1996. (преамбула, део I тачка 4 и део II члан 4)

¹² "Људска и мањинска права зајемчена Уставом непосредно се примењују. Уставом се јемче и непосредно примењују људска и мањинска права зајемчена општеприхваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима и законима. Законом се може прописати начин остваривања ових права само ако је то Уставом изричито предвиђено или ако је то непоходно за остваривање појединих права због њихове природе, при чему закон ни у ком случају не сме да утиче на суштину зајемченог права. Општеприхваћена правила међународног права и потврђени међународни уговори саставни су део правног поретка Републике Србије и непосредно се примењују" (из члана 16. став 2. Устава Републике Србије)

правну заштиту за случај престанка радног односа. Нико се тих права не може одрећи.¹³

Као што се види Уставом је изричито предвиђено право на правичну¹⁴ накнаду, које је неотуђиво.

Да се подсетимо: Закон о раду говори о праву запосленог на одговарајућу зараду, која се утвђује у складу са законом, општим и уговором о раду. Зарада је право које се стиче и остварује радом, применом принципа – за исти рад иста зарада код истог послодавца (члан 104. став 1. до 3. Закона). Закон о раду прописује и начин остваривања овог права у одсеку 2 (члан 106.-110) и тим одредбама се нема шта замерити.

Међутим, када је у питању минимална зарада, на коју запослени има право под прописаним условима (члан 111. став 1. Закона), а који послодавац и запослени могу уговорити (став 2. овог члана), она представља гарантовану вредност зараде. Минимална зарада утврђује се одлуком Социјално-економског савета, а у њеном одуству одлуку о висини минималне зараде доноси Влада Републике Србије, полазећи од дефинисаних елемената за њено одређивање (члан 112. Закона). Одлука се објављује у "Службеном гласнику Републике Србије" (члан 113. Закона), што је и услов њеног ступања на снагу. Њен циљ је обезбеђење заштите запосленима, који имају сувише ниска примања, ради задовољавања егзистенцијалних и социјалних потреба запослених и чланова њихових породица¹⁵.

Закон је утврдио право на минималну зараду, али га је условио стандардним учинком и пуним радним временом, односно радним временом које је изједначено с пуним радним временом. Ова два услова говоре

¹³ Из члана 60. Устава Републике Србије

¹⁴ Правичност – сагласност с правдом (праведност). По правичности се могу решавати извесни случајеви само ако је то позитивним правом изричито предвиђено. У неким правима, посебно у англосаксонском, примена начела правичности је доста проширена (U.eguitu), чак и на супрот прописима позитивног права, ако би њихова примена довела до очите неправичности.

Правда – начело према коме треба дати сваком оно што му припада. (Правна енциклопедија, Савремена администрација, Београд, 1985)

¹⁵ Конвенција о утврђивању минималних плата с посебним освртом на земље у развоју (Женева, 2. јуни 1970). Ово право је Међународна организација рада регулисала Конвенцијом број 131 о утврђивању минималних надница и Препоруком број 136 о утврђивању минималних надница.

да се и минимална зарада остварује радом, као и одговарајућа зарада. Само, она је, знатно нижа од одговарајуће зараде. Да би запослени остварио пун износ минималне зараде, само присуство на раду, за то није довољно. Потребно је да се кумулативно остваре оба услова. Сразмерно остварени учинак на раду уз одговарајуће радно време даје право само на сразмеру у вредности минималне зараде.

Да ли би било могуће, да послодавац искористи назначени институт, кад наступи поремећај у раду, због којег није у стању да исплаћује одговарајућу зараду, ако претходно није уговорена минимална зарада?¹⁶.

Мислимо, да се послодавац не може позвати на своју неприлику (поремећено пословање) и смањити зараду запосленог на вредност минималне зараде ако иста није уговорена у смислу члана 111. став 2. Закона о раду. У том контексту намеће се питање правног дејства назначене норме, а с тим у вези и могућности понуде анекса уговора. Већ је речено, запослени има право на минималну зараду под условима прописаним чланом 111. став 1. Закона о раду. Према ставу 2. овог члана, ако послодавац и запослени уговоре минималну зараду у смислу става 1. овог члана, послодавац је дужан да ту зараду исплати запосленом у висини утврђеној одлуком из члана 113. овог закона за месец у којем се врши исплата.

Оно што се не може довести у сумњу је да садржај и смисао ових одредби указује, да би ово право било остварено минимална зарада мора бити уговорена. Одредбе овог члана су у језичком смислу јасне и не захтевају тумачење. Дакле, нема права на минималну зараду без уговорања¹⁷. Уговор је сагласност воља двају или више лица којима се постиже неко правно дејство. Правно дејство се може састојати или у заснивању правног односа или у измени неког постојећег правног односа или најзад у његовом укидању. Уговор настаје на тај начин што једна страна (понудилац)

¹⁶ Закон о радним односима из 1996. године ("Службени гласник РС", бр. 55/96...), предвиђао је могућност исплате гарантовне нето зараде, у случају поремећаја у пословању. Одлуку о томе доносио је надлежни орган послодавца. Послодавац је био дужан, под условима из Појединачног колективног уговора, да запосленом исплати разлику до износа зараде коју би остварио у складу са Колективним уговором (члан 65. Закона). У исплати разлике између гарантоване и одговарајуће зараде, утврђено је измењено правно схватање Грађанског одељења Врховног суда Србије од 2. јула 2001. године.

¹⁷ Подвукао аутор

ставља понуду другој страни (понуђеном) а ова ту понуду прихвата. *Ani-mus contrahendi* је намера да се закључи уговор. Он је саставни елемент правно ваљане понуде, односно прихвата, који се огледа у јасној и недвосмисленој намери да се са одређеним лицем и под одређеним условима хоће да закључи уговор. Понуда и прихват понуде су, дакле две радње из којих се састоји закључење уговора.

У случају нашег предмета разматрања, минималну зараду уговарају послодавац и запослени, у обостраном интересу. Тако на пример, интерес послодавца, је углавном, кад наступи поремећај у пословању, због којег није у стању да исплаћује одговарајућу зараду. У таквим околностима интерес запосленог може бити то што је минимална зарада поузданија, моћи да је оствари лакше од одговарајуће, и исплаћује се у висини коју је надлежни орган утврдио за месец за који се врши исплата.

Шта бива, ако се минимална зарада не уговори? Одговарајући на то питање, морамо имати на уму поштовање одредби члана 111. Закона о раду и њихово правно дејство. Ако се не уговори, послодавац је дужан да исплати одговарајућу зараду. Овако схватање има ослонац у ставу који се заступа у нашој правној теорији¹⁸.

На ту тему није прихватљиво резонување о законитости отказа од стране послодавца, ако запослени не прихвати закључење анекса уговора у случају исплате минималне зараде због поремећаја пословања. Оваква понуда се не може уподобити анексом уговора аналогном применом одредби о измени уговорених услова рада из члана 171. став 1. тачка 5. Закона о раду и последица одбијања понуде за закључење анекса уговора из члана 179. тачка 8. овог закона. Најпре да констатујемо, оба назначена законска решења везују се за одредбу из члана 33. став 1. тачка 10) по којој уговор о раду садржи: новчани износ основне зараде и елементе за утврђивање радног учинка, накнаде зараде, увећане зараде и других примања запосленог. У смислу члана 107. Закона о раду, основна зарада одређује се на основу услова, утврђених Правилником, потребних за рад на пословима за које је запослени закључио уговоре о раду и временаведеног на раду. Радни учинак одређује се на основу квалитета и обима обављеног посла, као и односа запосленог према радним обавезама. Општим актом

¹⁸ Професор доктор Зоран М. Ивошевић, Милан З. Ивошевић, Коментар Закона о раду, страна 240 "Службени гласник Београд", 2006. година.

утврђују се елементи за обрачун и исплату основне зараде и зараде по основу радног учинка из ст. 1. и 2. овог члана. Уговором о раду може да се утврди основна зарада у већем износу од основне зараде утврђене на основу елемената из општег акта. Запослени има право на увећану зараду под условима прописаним чланом 108. Закона о раду.

Као што се из садржаја назначених норми види, измена уговора о раду може бити изазвана и потребом да се изврши корекција наведених примања, односно примени висина основне зараде, начина обрачуна учинка и увећане зараде. Међутим, ово никако не значи да се основна зарада може умањити на износ гарантоване вредности минималне зараде. Потребне послодавца, изазване поремећајем пословања, немају капацитет да доведу до измене уговорених услова рада у погледу исплате минималне зараде. Оправданост разлога послодавца, сама по себи није довољна, за измену уговора у случају исплате минималне зараде, а поготову да одбијање понуде од стране запосленог буде санкционисано отказом применом члана 179. тачка 8. Закона о раду. Таква могућност не само да у закону нема свој израз у одређеној конкретизацији, већ ни као обавеза није експлицитно садржана. Дакле, из овог оквира измене услова рада и отказа као последице неприхватања понуде, законодавац је издвојио институт минималне зараде. Ствар је закона да утврди претпоставке битне за настанак правних ситуација и да уреди њихов квалитет и снагу. Очигледно је да се у конкретном случају, не ради о пропусту законодавца из категорије правно-техничких огрешења, нити о појмовној недоречености, већ о јасно израженом ставу да би право на минималну зараду било остварено, она мора бити уговорена.

Изнете разлоге, који сасвим сигурно нису исцрпљени, сматрамо довољним за изражено правно схватање.

Не превиђамо ризик пропуста да се осврнемо и на прописани правни пут заштите права запослених. Ово питање, у таквој врсти спорова расправљено је на седници Грађанског одељења¹⁹, али одлука о утврђеном правном схватању није донета.

Правни пут заштите права запослених

Најпре ћемо се задржати на констатацији појединих законских решења.

¹⁹ Седница од 10. фебруара 2009. године

Према члану 179. Закона о раду, 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:

7) ако запослени одбије закључење анекса уговора о раду у смислу члана 171. став 1. тачка 1) – 4) овог закона;

8) ако запослени одбије закључење анекса уговора о раду у вези са чланом 33. став 1. тачка 10) овог закона.

Одребом члана 172. став 4. Закона о раду прописано је да, ако запослени прихвати понуду за закључење анекса уговора, задржава право да пред надлежним судом оспорава законитост тог уговора.

У погледу примене ових прописа у разматраним предметима, разликујемо два различита приступа тумачења код оцене законитости отказа уговора о раду.

Према становишту у неким ревизијским одлукама²⁰, оправданост разлога понуде за закључење анекса уговора, није релевантна за оцену законитости отказа уговора о раду, већ само у спору за оцену законитости тог уговора.

Изражено правно становиште није прихватљиво. Томе се супротставља Конценција Међународне организације рада број 158, која у члану 8. став 1. прописује "радник који сматра да му је радни однос неоправдано престао има право да се жали против престанка радног односа неком непристрасном телу, као што је суд, раднички суд, арбитражни комитет или арбитар". Уосталом, Закон о раду је прописао заштиту појединачних права и чланом 195. став 1. утврдио, да против решења којим је повређено право запосленог или кад је запослени сазнао за повреду права, запослени, односно представник синдиката чији је запослени члан ако га запослени овласти, може да покрене спор пред надлежним судом.

Суд је овлашћен да цени да ли су разлози за отказ запосленом због одбијања понуде за закључење анекса уговора, заиста били оправдани и да ли је послодавац отказао запосленом уговор о раду на законом прописани начин. То се може видети на примеру једне ревизијске одлуке²¹. Из образложења: "у понуди за закључење уговора наведено је да уговорне

²⁰ Рев. II 1224/07; Рев. II 745/07; Рев. II 1224/07

²¹ Рев. II 886/08 од 28. октобра 2008. године

стране изјављују, да међусобно немају никаквих других обавеза, које постоје по овом уговору, а да запослени посебно изјављују да према послодавцу немају никаквих потраживања, те да се изјава има сматрати отпустом дуга који послодавац има према запосленима, те да у случају спора та изјава се има сматрати изјавом о одрицању од свих тужбених захтева.

Како је, у конкретном случају, тужени мимо одредбе члана 33. став 1. Закона о раду, у тексту понуђеног уговора о раду унео и обавезу тужилаца да прихвати отпуст свих дугова, које тужени има према њему и одрекну свих тужбених захтева према њему, одбијање тужилаца да прихвати потписивање таквог уговора не представља оправдани отказни разлог у смислу члана 179. тачка 7. Закона о раду".

Мислимо, да право на заштиту запосленог, није условљено прихватањем понуде, па тек онда оспоравањем законитости тог уговора.

Ако говоримо о оспоравању анекса (члан 172. став 4. Закона), може се десити, да запослени прихвати понуду за закључење анекса уговора о раду, иако није задовољан њеном садржином. Тако ће поступити кад жели да избегне отказ због одбијања понуде. У тој ситуацији, ова одредба омогућује запосленом да задржи право да пред надлежним судом оспорава законитост тог уговора.

Међутим, ова одредба оставља простор за питање, који је у овом случају заштите меродаван догађај за рачунање рока за судску заштиту. Одредба члана 195. став 2. Закона о раду, елеминише ову дилему по којој, рок за покретање спора јесте 90 дана од дана достављања решења, односно сазнања за повреду права. У овом случају ради се о сазнању за повреду права, и почетак рока се има рачунати од закључења анекса уговора, јер је запослени прихватио понуду иако није задовољан њеном садржином, задржавајући право да пред надлежним судом оспорава законитост закљученог уговора²².

На основу изложеног, могло би се резимирати на следећи начин: решења у Закону о раду предвиђају два самостална пута правне заштите запосленог, у случају оспоравања законитости отказа уговора о раду због одбијања понуде за закључење анекса уговора и у случају оспоравања законитости тог уговора. Рок за покретање спора јесте 90 дана од дана достављања решења о отказу, односно од дана закључења уговора.

²² Подвукао аутор

2. Фикција постојања радног односа (Члан 32. став 2. Закона о раду)

"Уговор о раду закључује се пре ступања на рад, у писаном облику.

Ако послодавац са запосленим не закључи уговор о раду у складу са ставом 1. овог члана, сматра се да је запослени засновао радни однос на неодређено време даном ступања на рад".

(Из члана 32. Закона о раду).

Овде је важно да се нагласи да одредба става 2. овог члана говори о фикцији постојања радног односа. Ова правна фикција²³, омогућује да радни однос настане и без закљученог писаног уговора о раду. Правна фикција делује снагом наведене одредбе али уз испуњење одређених законских услова, о чему ће бити речи.

Међутим, примена овог прописа на дати случај, по некад се различито тумачи. Предмети евидентирани у судској пракси, одлично илустрирају потребу за тим превазилажењем.

У даљем излагању размотрићемо два случаја у погледу примене овог прописа.

Случај а) Тужилац је са туженим закључио уговор о раду на одређено време на пословима КВ машинбравара. По истеку тог уговора, закључено је неколико уговора о делу, а задњи уговор је закључен за период од 1. јануара 2008. године до 31. јануара 2008. године и то на пословима сечења расходованих аутобуса. Тужилац је и након истека овог уговора о делу, наставио да ради све до 16. јуна 2008. године, када му је усмено саопштено да не долази на посао. Тужиоцу је исплаћивана зарада преко благајне предузећа.

²³ Фикција, правна – правни пропис по коме се мора узети да је извесна чињеница тачна, односно да постоји, иако се зна да није тачна, односно да не постоји, као и обрнуто (узима се да је тачно да не постоји чињеница која постоји). Правна фикција је средство правне технике којим се најлакше обезбеђује постизање одговарајућих циљева права. Као такво, оно се употребљава у свим правима, без обзира на њихову класну природу. Разуме се да би било боље, где је год могуће, избећи овакве фикције, па донети пропис у складу са стварношћу (Правна енциклопедија – Савремена администрација, Београд, 1985)

Према становишту из ревизијске одлуке, у конкретном случају нема основа за примену члана 32. став 2. Закона о раду, односно да се утврди, да је тужилац засновао радни однос на неодређено време даном ступања на рад. Тужилац је у спорном периоду успоставио само фактички рад за време чијег трајања је тужилац био у државини права из радног односа, али није био њихов титулар.

Случај б). Тужиоци су били запослени код туженог на одређено време, а по више закључених уговора о раду на одређено време ради вршења послова помоћника кондитора. Радни однос им је престао истеком рока на који је заснован по сваком уговору уз престанак радног односа констатован посебним решењима. После тога тужиоци су са туженим закључили уговоре о обављању привремених и повремених послова (помоћних послова у производњи) за период не дуже од 120 радних дана почев од 2.10.2006. године па до 29.12.2006. године.

Код туженог је у периоду од 24.12.2006. године до 8.1.2007. године, постојао редован прекид процеса рада, па је на огласној табли 25.12.2006. године објављен списак лица која раде по основу привремених и повремених послова у производњи који су неопходни за почетак производње од 8.1.2007. године. Тим списком за обављање помоћних послова у производњи обухваћени су и тужиоци. По утврђеном распореду тужиоци су ступили на рад 8.1.2007. године и радили непрекидно до 17.1.2007. године, без закључења било каквог уговора са туженим. Тужиоци су одбили да закључе поново нови уговор о обављању привремених и повремених послова са ретроактивним датумом закључења од 8.1.2007. године, тако да после одбијања више не раде код туженог.

У погледу наведеног, применом члана 32. став 2. Закона о раду, ниже степени судови су оценили да су тужиоци даном ступања на рад засновали радни однос код туженог на неодређено време, што је резултирало усвајањем евентуалног тужбеног захтева. Одлуком ревизијског већа одбијена је ревизија туженог и прихваћено правно становиште нижестепених суда.

Применљивост прописа

Генерално гледано, тачно је, разуме се, да оно што називамо "чињеницама" или "правно релевантним чињеницама" није нешто што је потпуно једноставно "објективно". Од безбројних "чињеница" неког конкретног

случаја, само одабрани аспекти стигну у жижу судске пажње. То се догађа тек онда кад суд примени конкретну правну квалификацију на дати чињенични образац. Међутим, идентични чињенични образац може бити сагледан из потпуно различите правне перспективе, као што се и види на наведеним примерима.

Одредбе члана 32. Закона о раду, уређују време закључења и форму уговора о раду, као и фикцију постојања радног односа без закљученог уговора о раду. Према ставу 1 овог члана, уговор о раду закључује се пре ступања запосленог на рад, у писаном облику. Реч је о форми која је услов важности уговора. Без ње уговор о раду нема правно дејство²⁴, осим дозвољене законске конверзије ступањем на рад запосленог.

Закључење уговора о раду претходи ступању запосленог на рад. Ова два момента имају нарочит значај, јер закључење уговора означава заснивање радног односа, а ступање на рад означава стицање права и преузимање обавеза и одговорности из радног односа. Међутим, ступање на рад је одлучно за заснивање радног односа, па и онда када је уговор о раду изостао, али само ако послодавац са запосленим не закључи уговор о раду. Из интерпретације ове одредбе је очигледно да она садржи хипотетички исказ "ако послодавац не закључи уговор о раду" који релативизује писмену форму уговора, док ступање на рад показује у тој ситуацији правно релевантну чињеницу за заснивање радног односа на неодређено време.

Овакав начин заснивања радног односа одступа од правила да се тај однос заснива уговором о раду (члан 30. став 1. Закона). Он, као и свака правна фикција производи правно дејство снагом самог закона. Послодавцу остаје само да то констатује. Такав начин заснивања радног односа доприноси сузбијању рада "на црно", јер се фактички рад преображава у радни однос на неодређено време, али не увек, већ само кад радник испуњава општи услов и посебне услове за заснивање радног односа које одређује закон. У супротном, то би било противно императивном карактеру прописа, којим су ти услови утврђени. Тада би се радило само о фактичком раду. Овде треба посебно нагласити да се то не односи и на посебне услове за заснивање радног односа одређеним правилником о организацији рада и систематизацији послова, јер прописи о њима имају диспозитивни карактер. У таквој ситуацији, треба узети да правна фикција делује.

²⁴ Члан 70. став 1. Закона о облигационим односима

У контексту наведеног, покушаћемо да сагледамо могућност примене назначене правне фикције на дати случај који смо чињенично резимирали, као случај а).²⁵

По нашем мишљењу, постоје извесни аргументи који су сугеришу да са становишта примене права, ваља узети да у конкретном случају правна фикција делује²⁶.

Позивајући се на исте чињенице у датом случају, произилази да је постојала потреба послодавца за обављањем одређених послова у вршењу делатности. На то указује чињеница о закљученом уговору о раду на одређено време (члан 37. став 1. Закона о раду). Међутим, по истеку тог уговора, за исте потребе у процесу рада закључено је неколико уговора о делу, иако је послодавац био у законској обавези да са запосленим закључи уговор о раду на одређено и неодређено време. Наиме, уговор о делу може се закључити, само ради обављања послова који су ван делатности послодавца (члан 199. став 1. Закона о раду), што овде није био случај.²⁷

Очигледно је, да се доминантна улога послодавца у овом односу претворила у злоупотребу, а што се несумњиво тиче самог значаја заштите права наведеног радника. Шта више, наведени радник је наставио да ради неколико месеци без икаквог закљученог уговора. Овде је реч опет о скривљеном понашању послодавца, док се раднику ништа не може приговорити. О томе говори и одредба члана 32. став 2. Закона о раду, која санкционише пропуст послодавца да са запосленим закључи уговор о раду, правном фикцијом о постојању радног односа.

У погледу реченог, мислимо да су у том случају, судови могли да направе тај корак и да друкчије одлуче.

Када се ради о случају који смо чињенично резимирали, као случај б), ревизијски предмети су отправљени из Врховног суда²⁸, разлог што овај случај неће бити предмет посебне анализе.

²⁵ Овај ревизијски предмет је задржан на евиденцији судске праксе

²⁶ Мишљење аутора у погледу спорности у тумачењу члана 32. став 2. Закона о раду, на дати случај

²⁷ Предмет овог уговора је дело а не само учешће у процесу рада. Другим речима, предмет уговора не могу бити послови који имају стални карактер, односно који су систематизовани актом послодавца.

²⁸ Рев. II 552/08; Рев. II 477/08; Рев. II 556/08

Закључак

1. Измена уговорених услова рада, може бити изазвана потребом да се изврши корекција личних примања запосленог, односно промени висина основне зараде, начин обрачуна учинка и увећане зараде. Међутим, ово никако не значи да се основна зарада може умањити на износ минималне зараде, ако она није уговорена. Уговарају је послодавац и запослени у обостраном интересу. Ако се не уговори, послодавац је дужан да запосленом исплати одговарајућу зараду. Дакле, оправданост разлога послодавца, сама по себи није довољна за измену уговора у случају исплате минималне зараде, а поготово да одбијање понуде од стране запосленог буде санкционисано отказом уговора о раду.

Решења у Закону о раду предвиђају два самостална пута правне заштите запосленог, у случају оспоравања законитости отказа уговора о раду због одбијања понуде за закључење анекса уговора и у случају оспоравања законитости тог уговора. Рок за покретање спора јесте 90 дана од дана достављања решења о отказу, односно од дана закључења уговора.

2. Закључење уговора о раду претходи ступању запосленог на рад. Међутим, ступање на рад је одлучно за заснивање радног односа, па и онда када је уговор о раду изостао, али само ако послодавац са запосленим не закључи уговор о раду. Овакав начин заснивања радног односа одступа од правила да се тај однос заснива уговором о раду. Он, као и свака правна фикција производи правно дејство снагом самог закона. Послодавцу остаје само да констатује да се фактички рад преображава у радни однос на неодређено време, али не увек, већ само кад запослени испуњава општи услов и посебне услове за заснивање радног односа које одређује закон. То се не односи и на посебне услове из правилника о организацији и систематизацији послова, јер прописи о њима имају диспозитивни карактер.

Љубица Милутиновић,
судија Врховног суда Србије

ОДНОСИ РОДИТЕЉА И ДЕЦЕ НАЈЧЕШЋИ СПОРОВИ, ОДЛИКЕ ПОСТУПКА

У в о д

Однос детета и родитеља настаје чињеницом рађања детета. Као правни однос са одређеним правима и обавезама он траје до пунолетства детета, а ако се дете налази на редовном школовању до навршене 26 године живота. У том односу дете није само "објекат правне заштите" већ пре свега субјект права који својим одређеним радњама и активностима може да пуноважно утиче на доношење битних одлука у његовом животу и развоју, наравно у складу са годинама живота и постигнутом зрелашћу.

Поред чињенице рођења, тј. заснивања родитељско дечијег односа природним путем, тај однос може настати и усвојењем, тј. правним путем. Правни положај природних родитеља и усвојитеља у односу на рођено или усвојено дете, према Породичном закону Републике Србије¹ је изједначен. Однос детета и родитеља заснован је на одређеним правним начелима која проистичу из Устава Републике Србије² и ратификованих међународних инструмената, који се односе на породично-правну заштиту и остварење права детета. То су: 1) посебна друштвена заштита породице, мајке, самохраних родитеља и детета; 2) посебна заштита детета без родитељског старања; 3) заштита у најбољем интересу детета; 4) равноправност родитеља; 5) једнакост родитеља и усвојитеља; 6) равноправност брачне, ванбрачне и усвојене деце; 7) равноправност женске и мушке деце; 8) право и дужност родитеља да се старају о својој деци и дужност деце да се старају о својим родитељима; 9) посебна здравствена заштита де-

¹ "Службени гласник Републике Србије" 18/2005 који се примењује од 01.07.2005. године, осим одредбе члана 203. ст. 2. и 3. Породичног закона који се примењује од 01.07.2006. године

² Усвојен октобра 2006. године

це, трудница, мајке током породилског одсуства, самохраних родитеља са децом до седам година.

Најважнији међународни инструмент који се бави дечијим правима и положајем деце у породици и друштву јесте Конвенција о правима детета³ у којој су садржана начела која треба да буду испоштована ради остварења права детета и њихове заштите. Ту су пре свега начело признавања урођеног достојанства и једнаких и неотуђивих права свих припадника људске заједнице и начело недискриминације. Ово друго начело је брана сваком ускраћивању људских права било због неког урођеног својства, било због припадности некој друштвеној групи или неког уверења или политичког опредељења човека. Поред дечијих права која се штите Конвенцијом, она садржи права, обавезе и одговорности родитеља као и обавезе државе. У члану 3. Конвенције предвиђено је да су интереси детета од првенственог значаја у свим активностима које се тичу деце, без обзира ко предузима те активности и без обзира да ли су деца држављани државе у питању или нису. Државе се обавезују да поштују права, дужности и одговорности родитеља, односно чланова шире породице или заједнице, ако је то предвиђено локалним обичајима, као и законских старалаца и других особа законски одговорних за дете. Најбољи интерес детета је да га одгајају његови родитељи, а држава има обавезу да им у томе помогне. Основна начела из Конвенције о правима детета имплементирана су у наш нови Породични закон. Сложеност и деликатност ових односа условила је посебну законску регулативу и посебна правила поступка ради остварења и заштите дечијих права.

Држава је дужна да предузима све потребне мере ради заштите детета од занемаривања, физичког, сексуалног и емоционалног злостављања и од сваке врсте експлоатације. При том, она је дужна да поштује, штити и унапређује права детета, те да деци без родитељског старања обезбеди заштиту у породичној средини, кад год је то могуће. Посебну заштиту ужива материнство кроз обезбеђење повољнијих услова издржавања за трудну жену и жену са малолетним дететом до једне године старости. Институт усвојења мења своју сврху и његов првенствени циљ је збрињавање деце без родитеља и социјално угрожене деце. Ванбрачна и брачна деца су изједначена.

³ Усвојена на Генералној скупштини Уједињених Нација 1989. године, код нас ратификована 1990.

Садржина родитељског права брачне, ванбрачне и усвојене деце потпуно је иста. Једина разлика се састоји у начину утврђивања очинства. Док се чињеница материнства утврђује на основу самог факта рођења детета, без обзира да ли је брачно или ванбрачно материнство у питању, брачно очинство се утврђује на основу правне претпоставке да је муж мајке отац детета, а ванбрачно признањем или у судском поступку. Међутим, та разлика ни уколико не утиче на садржину родитељског права и односа детета и родитеља. Породични закон у одредби члана 67. дефинише родитељско право као право изведено из дужности родитеља и које постоји само у мери која је потребна за заштиту личности, права и интереса детета. Садржину родитељског права у смислу одредаба члана 68. до 74. ПЗС чине право и дужност родитеља да се старају о детету што подразумева: чување, подизање, васпитавање, образовање, заступање, издржавање те управљање и располагање имовином детета уз право родитеља да добију сва обавештења о детету од образовних и здравствених установа. Све ово у циљу потпуног остваривања родитељског права и његове садржине. Вршење родитељског права може бити заједничко и самостално. Орган старатељства врши превентивни и корективни надзор над вршењем родитељског права, а предвиђене су и ситуације у којима родитељ може бити лишен родитељског права потпуно или делимично уз могућност враћања родитељског права под законом предвиђеним условима. Законом је предвиђен и престанак родитељског права као и могућност продужења родитељског права.

Приликом вршења родитељског права као и остварења права детета између деце и родитеља могу настати разноврсни спорови, чије решавање је по закону посебно хитно уз поштовање законом прописане процедуре и уважавање најбољег интереса детета. Спорове из породичних односа одликују: специјализовани састав већа, хитност поступка, примена истражног начела, искључење јавности, посебне одредбе о трошковима поступка и дозвољености ревизије. Одредбе Закона о парничном поступку супсидијарно се примењују⁴.

I

Утврђивање и оспоравање очинства и материнства

Према одредби члана 42. Породичног закона мајка детета јесте жена која га је родила. Потпуно је небитно да ли га је родила у браку или ван брака

⁴ Члан 202. Породичног закона.

и без обзира да ли је до трудноће дошло оплодњом јајне ћелије друге жене и преносом ембриона у жену која рађа дете, као и без обзира на жељу друге жене да одгаја дете (сурогат материнство)⁵. Зато, проблем утврђивања материнства је далеко мањи од проблема утврђивања очинства. Ипак, догађа се, мада ретко, да порекло детета од одређене жене као мајке буде спорно, па се тада материнство утврђује судском одлуком. Спор о материнству може настати због замене деце при рођењу или уписом погрешних личних података о мајци у матичну књигу рођених, што може бити случајни пропуст али и намерно изазвано стање. То се може догодити заменом деце у породицишту, или пак тако што се трудница послужила здравственом књижицом друге особе. Тада је потребно исправити уписано правно стање усклађивањем са фактичким. Код нас није позната установа тзв. "анонимног порођаја" као што је то у неким правним системима где жена приликом пријема у здравствену установу има право да затражи од те установе да чињеница о њеном пријему и идентитету остане скривена⁶.

Утврђивање материнства

Потреба за утврђивањем материнства путем судске одлуке постоји када жена која је родила дете није уписана у матичну књигу рођених као мајка детета. Активно легитимисани за подношење ове тужбе су дете и жена која тврди да је мајка детета. Када је дете тужилац, рок за подношење тужбе није предвиђен, а када тужбу подноси жена која тврди да је мајка детета предвиђен је рок од једне године од сазнања да је она родила дете а најкасније 10 година од рођења детета⁷. Укидањем рока за подношење ове врсте тужбе када је подноси дете, реализује се право детета да зна ко су му родитељи које је предвиђено Породичним законом као једно од основних права детета⁸ а преузето из Конвенције о правима детета. Ако је дете малолетно или је над њим продужено родитељско право, у његово име и за његов рачун тужбу

⁵ Гордана Ковачек-Станић – Породично право, Нови Сад, 2005. године у издању Правног факултета у Новом Саду

⁶ О "анонимном порођају" више у уџбенику Породично право и Права детета професор др Марије Драшкић објављеном у Београду 2005. године у штампи Чигоја штампе

⁷ Одредба члана 249. Породичног закона Србије

⁸ Одредба члана 59. став 1. Породичног закона

подноси старатељ детета уз одобрење органа старатељства, како је то предвиђено одредбом члана 254. став 3. Породичног закона.

Судска одлука којом се утврђује материнство детета делује ретроактивно од рођења детета и то не само између мајке и детета међу којима је успостављен родитељски однос, већ према свима (посебно сродницима дететове мајке). Постојање такве пресуде има за последицу да се утврђено материнство не може оспоравати⁹. Оспоравање материнства није допуштено ни после усвојења детета као ни после смрти детета¹⁰.

Право на подношење тужбе ради утврђивања материнства не прелази на наследнике, али наследници могу наставити започети поступак ради утврђивања да је постојао основ за утврђење материнства¹¹. Када тужбу подноси дете, пасивно легитимисана је жена за коју дете сматра да га је родила; када је тужилац жена која тврди да је родила дете, тужени је дете; а ако тужбу подноси жена која тврди да је мајка детета а истовремено оспорава материнство жени која је уписана у матичну књигу рођених као мајка детета и тражи да се утврди њено материнство, тужена је жена чије је материнство већ уписано у матичну књигу рођених. После утврђеног материнства може доћи до промене личног имена детета, али не мора, а ако је дете навршило 10 година живота и способно је за расуђивање потребна је његова сагласност¹².

Закон о браку и породичним односима Републике Србије није садржавао посебне одредбе о утврђивању материнства детета, већ су се аналогно примењивале одредбе о утврђивању очинства. Нови Породични закон ово питање експлицитно регулише.

Оспоравање материнства

Према Породичном закону Републике Србије право на подношење тужбе за оспоравање материнства имају: дете (без обзира на рок), жена која је уписана у матичну књигу рођених као мајка детета и жена која тврди да је мајка детета, обе у субјективном року од једне године од сазнања

⁹ Одредба члана 44. став 3. Породичног закона

¹⁰ Члан 44. став 4. и 5. Породичног закона

¹¹ Одредба члана 254. став 2. Породичног закона

¹² Одредба члана 349. став 1. тачка 1. Породичног закона

и то прва да она није родила дете а друга од сазнања да је тужила родила дете па до 10 година од рођења детета. Право на исту тужбу има и мушкарац који се по Породичном закону сматра оцем детета у року од једне године од сазнања да жена која је уписана у матичну књигу рођених није родила дете па до 10 година од рођења детета. Ваља поновити да оспоравање материнства није дозвољено после смрти детета ни после усвојења детета, ако је материнство утврђено правоснажном пресудом¹³. Малолетно дете мора бити заступано од законског заступника али пошто њихови интереси могу бити у колизији дете мора заступати колизијски старатељ¹⁴ кога одређује орган старатељства или привремени заступник¹⁵ кога одређује суд (ако се ради о детету старијем од 10 година способним за расуђивање). Ако је дете без родитељског старања или је лишено пословне способности, тужбу подноси старатељ уз одобрење органа старатељства¹⁶.

Жена која сматра да је мајка детета може оспоравати материнство жени уписаној у матичну књигу рођених само под условом да у истој тужби постави захтев за утврђивање свог материнства, чиме се штити интерес детета да не остане без мајке. Право на тужбу за оспоравање материнства припада и мушкарцу који се по закону сматра оцем детета, јер се тиме битно може променити и његов статус.

Сва лица на која се по Породичном закону односи дејство донете пресуде, морају бити обухваћена истом тужбом или као тужиоци или као тужени. Значи: странке су по закону јединствени и нужни супарничари. Суд има законску обавезу да тужиоца који није обухватио сва потребна лица поучи о томе или позове лице које није обухваћено да се придружи тужби, са последицом поступања као са неуредним поднеском¹⁷.

¹³ Одредба члана 44. ст. 3-5. Породичног закона

¹⁴ Одредба члана 132. став 2. тачка 3. Породичног закона

¹⁵ Одредба члана 265. Породичног закона

¹⁶ Одредба члана 254. став 3. Породичног закона

¹⁷ Одредба члана 256. ст. 6-7. Породичног закона по којој: ако тужбом у спору о материнству и очинству нису обухваћена сва лица која морају бити странке у поступку, суд је дужан да поучи тужиоца да тужи и лице које тужбом није обухваћено или да то лице позове да се придружи тужби као нови тужилац. Ако тужилац у року који суд одреди не прошири тужбу на сва лица која морају бити странке у поступку или се та лица не придруже тужби као тужиоци, сматраће се да је тужба повучена, а ако тужба буде враћена суду без исправке, суд ће је одбацити.

Утврђивање брачног очинства

У највећем броју земаља важи правна претпоставка да је муж мајке отац детета. Тако је и код нас, с тим да је та претпоставка допуњена и неким другим критеријумима. Према одредби члана 45. ст. 1. и 2. Породичног закона оцем детета које је рођено у браку сматра се муж мајке детета. Оцем детета које је рођено у року од 300 дана од дана престанка брака сматра се муж мајке детета из тог брака ако је брак престао смрћу мужа и ако мајка није склопила нови брак у том року. Значи: ако је брак престао разводом или поништајем а дете рођено после тога, та претпоставка не важи. Ако је мајка склопила нови брак отац детета је нови муж мајке, а ако није склопила нови брак дете има статус ванбрачног детета и тада ће се утврђивати његово ванбрачно очинство. Може се догодити, да буде оспорено очинство мужа мајке из претходног брака као и претпоставка о очинству мужа мајке из каснијег брака, у ком случају дете постаје ванбрачно и без утврђеног очинства, ако се у поступку утврди да ни један од ових лица не може бити природни отац детета.

Утврђивање ванбрачног очинства

Не постоји претпоставка постојања ванбрачног очинства, као што је то случај са брачним. Оно се мора утврђивати у сваком конкретном случају. То може бити на два начина: признањем или судском одлуком.

- Признање очинства

Материјални услови за признање очинства предвиђени су одредбама чл. 46. до 54. Породичног закона а поступак признања у одељку X – поступак пред органом управе, у одредбама чл. 305. до 310. Породичног закона. Овај поступак није судски па неће бити посебно обрађиван у овом реферату.

- Утврђивање ванбрачног очинства судском одлуком

Ако очинство ванбрачног детета није признато оно се може утврђивати у судском поступку на основу судске одлуке – пресуде. Активно легитимисани на подношење ове тужбе су: дете, мајка, мушкарац који

тврди да је отац детета¹⁸ и мушкарац кога мајка сматра оцем детета. Они су по изричитој законској одредби нужни и јединствени супарничари. За дете нису предвиђени рокови за подношење тужбе, док су рокови за остала лица исти као и код претходних тужби.

Пресудом којом се усваја тужбени захтев заснива се родитељски однос између детета и оца као и остала права и обавезе између детета и његових потомака и оца и његових сродника. У смислу члана 349. Породичног закона дете може променити презиме. Ипак, оно и даље остаје ванбрачно, али са утврђеним пореклом од одређеног лица као оца. Ако су интереси детета и законског заступника супротни, одредиће се колизијски старатељ. Орган старатељства у овим поступцима нема активну легитимацију за покретање поступака, јер се сматра да се ради о споровима чисто приватног карактера.

Пасивно легитимисан је мушкарац чије се се очинство утврђује. Ако он више није жив, тужба се подноси против наследника умрлог, а ако нема других наследника, против Републике Србије као наследника. Због природе правног односа, странке су јединствени и нужни супарничари, а обавеза суда је да их поучи о потреби обухватања тужбом свих лица предвиђених одредбом члана 256. Породичног закона уз законске последице непоступања.

Пресуда има деклараторно дејство, делује уназад – ретроактивно (*ex tunc*) а судски утврђено очинство се не може оспоравати у новој парници (*ne bis in idem*). Поступак се води у односу на мушкараца који је означен као отац детета, па ако тужбени захтев не буде основан у односу на њега, суд нема овлашћење да по службеној дужности спроводи поступак према лицу које је тужени означио као могућег оца детета, већ ће тужбени захтев одбити. То не спречава мајку детета или дете да поднесе нову тужбу против другог лица.

Код ванбрачне заједнице не постоји претпоставка очинства, већ се оно у сваком случају утврђује.

Оспоравање брачног очинства

Мушкарац уписан у матичну књигу рођених као отац детета, не мора увек бити биолошки – природни отац детета. Иако важи претпостав-

¹⁸ Одредба члана 55. Породичног закона а у смислу члана 256. став 3. Породичног закона

ка да је отац брачног детета муж мајке детета који је са њом био у браку у време рођења или зачећа детета, дозвољено је обарати ту претпоставку.

Активну легитимацију за подношење тужбе за оспоравање брачног очинства према нашем Породичном закону имају: мајка, муж мајке, дете, мушкарац који тврди да је отац детета, ако истом тужбом тражи утврђење да је он отац детета.

Оспоравање брачног очинства није дозвољено после усвојења или смрти детета као и када је утврђено правоснажном пресудом.

Дете може оспоравати очинство законски претпостављеног оца без временског ограничења уз поштовање одговарајућих одредаба Породичног закона о заступању када је малолетно или лишено пословне способности или има супротне интересе са законском заступницом.

Мајка детета тужбу ради оспоравања брачног очинства може поднети у року од једне године од сазнања да њен муж није отац детета, а најкасније у року од 10 година од рођења детета.

Муж мајке има исте рокове за подношење ове тужбе као и мајка детета. Ако је муж мајке лишен пословне способности тужбу може поднети његов старатељ уз одобрење органа старатељства, што представља изузетак у статусним споровима предвиђен ради заштите имовинских и моралних интереса мужа мајке¹⁹.

Мушкарац који тврди да је отац детета тужбу за оспоравање очинства другом лицу може поднети само ако истовремено тражи утврђење свога очинства. За њега важи субјективни рок од једне године од сазнања да је он отац или 10 година од рођења детета. Право на подношење тужбе за оспоравање брачног очинства не прелази на наследнике али они имају право да наставе започети поступак ради утврђења да је основ постојао. Правило о нужним и јединственим супарничарима важи и у овом случају са свим законом предвиђеним последицама.

Ако тужени (муж мајке) није жив, тужба за оспоравање брачног очинства се подноси против његових наследника или Републике Србије ако других наследника нема. Ако тужилац у спору успе, брачно дете постаје ванбрачно са неутврђеним пореклом оца. Између мужа мајке – туже-

¹⁹ Марија Драшкић, Породично право и право детета, Чигоја штампа, Београд 2005. године

ног и детета престаје родитељско-дечији однос, као и између крвних сродника мужа мајке као брачног оца и детета. Дете се сматра ванбрачним од самог рођења те у том смислу пресуда има само деклараторни карактер. Детету се може, али не мора, променити презиме.

Поступак у споровима о материнству и очинству

С обзиром да су односи родитеља и деце регулисани когентним нормама, поступак је заснован на модификованим процесним начелима²⁰.

Парница у овим споровима се покреће тужбом активно легитимисаног лица пред стварно и месно надлежним судом, сагласно важећим законским одредбама Закона о судовима и Закона о парничном поступку.

У првом степену суди трочлано веће састављено од једног судије и двојице судија поротника а у другом степену трочлано судијско веће. Судије морају бити лица која су стекла посебна знања из области права детета а судије поротници бирају из редова стручних лица која имају искуство у раду са децом и младима²¹.

Начело хитности посебно је наглашено у овим споровима па се тужба не доставља на обавезни одговор туженом, поступак се по правилу спроводи на највише два рочишта од којих се прво мора заказати у року од 15 дана од пријема тужбе у суду а другостепена одлука мора бити донета у року од 30 дана од дана достављања предмета другостепеном суду по жалби.

У овим споровима јавност је искључена, а подаци из судских списа представљају службену тајну, те лица којима су ти подаци доступни су дужна да садржину тих података чувају као службену тајну.

Начело диспозиције је значајно сужено а примена истражног начела проширена. Суд може утврђивати чињенице које међу странкама нису спорне као и чињенице које странке нису ни изнеле.

О трошковима парничног поступка суд одлучује по слободној оцени, водећи рачуна о разлозима правичности.

²⁰ Професор др Гордана Станковић и др Невена Петрушић, Новине у грађанском-процесном праву, Ниш 2005.

²¹ Одредба члана 203. Породичног закона

Суд не може донети пресуду на основу пропуштања, признања, одрицања, нити дозволити закључење судског поравнања.

Кад тужбу подноси пуномоћник странке, пуномоћје мора бити оверено и издато само ради заступања у тој врсти спора.

У пресуди у спору о материнству и очинству суд је дужан да одлучи о вршењу родитељског права, потпуном или делимичном лишењу родитељског права ако за то постоје законски услови или о мерама заштите од насиља у породици ако се насиље појави, чак и када такав тужбени захтев није постављен.

Ако у парници за утврђивање очинства, тужени призна очинство и да такву изјаву, поступак се обуставља а суд је дужан да препис записника на коме је примљена изјава о признању, достави надлежном матичару.

Допуштена је употреба свих доказних средстава зависно од околности сваког случаја. Посебан значај има испитивање крвних група и фактора као и испитивање трајања трудноће те испитивање наследно биолошких особина. Сва ова испитивања се обављају путем вештачења. Најпоузданија метода је испитивање ДНК отисака вештачењем. Међутим, странке овим испитивањима прилазе добровољно, њихово одбијање да буду подвргнуте вештачењу, суд слободно цени у складу са осталим изведеним доказима и резултатима целокупног доказног поступка.

Судска пракса

- У спору ради утврђивања очинства, утврђено је да је тужени природни отац тужилаца малолетних С.Ј. и С.Ј. јер је утврђено да су тужила и тужени живели у ванбрачној заједници у кући тужиљиних родитеља, да је она потом прешла да живи код туженог, да су одржавали интимне односе за време трајања заједнице живота, те да су били верени. Тужени је отишао на рад у Немачку а тужила се вратила у кућу својих родитеља. Трудноћа је утврђена ултразвуком а до зачећа је дошло у периоду када је између њих постојала ванбрачна заједница. На основу генетске анализе узорака крви узетих од парничних странака очинство тужених се утврђује са 99,924% вероватноће. На основу тако утврђеног чињеничног стања нижестепени судови су усвојили тужбени захтев применом одредаба члана 55. ст. 1. и 2. и члана 251. Породичног закона и утврдили да је тужени природни отац тужилаца (Рев. 827/08 Врховног суда Србије у Београду од 11.06.2008. године).

- У предмету Рев. 3257/07 одбијена је ревизија туженог изјављена против нижестепених пресуда. У поступку је утврђено да је тужени отац тужиоца малолетног Г.Б., кога је родила тужиља мајка Г.Б. Тужиља и тужени су живели у ванбрачној заједници која је прекинута, па је тужени одбио да буде уписан као отац малолетног тужиоца, иако је тужиља тврдила да је он отац детета. На основу извештаја ЦФ – Института за гинекологију и акушерство утврђен је критични период зачећа а на основу исказа саслушаних сведока судови су утврдили да је тужиља са туженим била у ванбрачној вези до тренутка када му је саопштила да надлежна другостепена комисија није одобрила прекид трудноће. Она је тада била трудна већ пет и по месеци. На заказано вештачење у Институту за трансфузију крви Србије ради одређивања генетских маркера крви у сврху вештачења спорног очинства, тужени се није појавио иако је вештачење заказивано пет пута а тужиља уплатила трошкове вештачења. Судови су закључили да је туженом дата могућност да активно учествује у овом поступку, те да осим оспоравања тужбеног захтева и сам предлаже доказе у вези својих навода. Пошто тужени није предлагао извођење доказа, није прилагао никакву медицинску документацију, није се одазвао ни на један позив уставне у којој је требало да се обава вештачење, и није показао спремност да се подвргне најсавременијим медицинским методама ради провере очинства, својим понашањем је указао суду да не жели да учествује у овом поступку, па је суд на основу резултата целокупног доказног поступка и изведених доказа одлучио о усвајању тужбеног захтева.

- У предмету Рев. 278/08 утврђено је очинство туженог на основу критичног периода зачећа малолетне тужиље, те вештачењем путем ДНК анализе који је извршен од стране Института за судску медицину Медицинског факултета у Београду, где је вероватноћа биолошког очинства туженог утврђена са више од 99,99%.

- У предмету Рев. 145/08 у правоснажно окончаном поступку утврђено је да су малолетни тужиоци зачети у време забављања и одржавања интимних односа између тужиље и туженог, у ком периоду тужиља није одржавала такву врсту односа са другим мушкарцима. Тужени је у почетку прихватио чињеницу да је отац још нерођене деце, правио планове о њиховом заједничком животу и по рођењу малолетне деце посетио тужиљу док је била у болници са децом. Под притиском својих родитеља променио је став по том питању, оженио се и у браку има двоје деце. Без

оправданог разлога одбио је да приступи вештачењима одређеним од стране суда методом крвних група, РХ фактора и ДНК вештачењу као медицинским методама утврђивања очинства. У таквој ситуацији суд је одлучио о тужбеном захтеву без извођења ових доказа а на основу осталих изведених доказа и утврђених чињеница, ценећи при том овакво понашање туженог. Тужени није искористио своју могућност да оповргне тврдњу тужиле и саслушаних сведока који су њен исказ потврдили, да је била у ванбрачном односу са туженим из ког односа су могла бити зачета малолетна деца. Применом правила о терету доказивања судови су донели одлуку на бази резултата доказног поступка и изведених доказа.

- У поступку Рев. 3530/07 одбијена је ревизија туженог изјављена против пресуде Окружног суда којом је утврђено очинство туженог. Из утврђеног чињеничног стања произилази да су тужиле и тужени живели у ванбрачној заједници у периоду од нешто више од годину дана, те да је из те заједнице рођен малолетни тужилац. Вештачењем од стране Биолошког факултета у Београду а на основу генетичких анализа, утврђено је да је тужени 99,97% отац малолетног тужиоца. Тужени је током поступка оспоравао тачан датум давања своје крви на анализу, не оспоравајући да је крв дао. Судови су одбили да саслушају стручна лица специјализоване установе која је обавила анализу на околност објашњавања где и на који начин они чувају узорке крви. Судови наводе да организација рада наведене установе као ни методологија не треба да буде предмет испитивања у судском поступку, поготову што је у налазу јасно наведено да су од парничних странака узети узорци крви за ДНК изолацију, да су изоловане укупне геномске ДНК и накнадне генетичке анализе, да су урађене у Центру за примену и развој ПТР Биолошког факултета Универзитета у Београду, да су предузете све стандардне мере предострожности за спречавање контаминације и унакрсне контаминације узорака. Наведена је метода која је извршена у добијању резултата, а анализу су извршила четири компетентна стручњака тако да неаргументоване примедбе туженог не могу да доведу у сумњу правилност тог налаза.

- У предмету Рев. 200/07 и Сгзз. 53/07 утврђено је биолошко очинство туженог на основу утврђених чињеница да су тужени и мајка малолетног тужиоца почели да се забављају и ступили у интимне односе које су одржавали током свог забављања које је трајало око годину дана. Имали су интимне односе у критично време зачећа малолетног тужиоца а кри-

тични период зачећа утврђен је на бази налаза и мишљења судског вештака гинеколошке струке. На основу налаза и мишљења стручног тима Биолошког факултета Универзитета у Београду датог на бази генетичких анализа 13 аутозомалних генских локуса узетих узорака крви за ДН изолацију, утврђени степен вероватноће природног биолошког очинства туженог над малолетним тужиоцем износи 99,9996% чиме је очинство потврђено. Наводи туженог којима указује на пропусте у процедури узимања узорака крви за потребе обављеног вештачења на Биолошком факултету Универзитета у Београду, које се састоји у томе што је крв од њега узета два месеца касније у односу на малолетно дете и његову мајку и што је идентитет малолетног детета извршен на основу усмене изјаве његове мајке, не утичу на стручност и референтност датог налаза и мишљења стручног тима те установе о биолошком очинству туженог. С обзиром на изузетно висок проценат утврђене вероватноће биолошког очинства туженог од 99,9996% не постоје законски разлози због којих би се затражило мишљење других вештака односно друге установе.

- У предмету Врховног суда Србије Рев. 1090/07 од 09.05.2007. године утврђено је очинство туженог а исказан став да се тужени не може успешно позивати на пропуст суда да изведе ДНК вештачење ако је својом кривицом онемогућио извођење овог доказа. У правоснажно окончаном поступку утврђено је да су тужиља и тужени имали интимне односе, да у том периоду тужиља није имала интимне односе са другим мушкарцима. Утврђен је критични период зачећа малолетне тужиље а на основу налаза и мишљења Завода за трансфузију крви заснованом на испитивању крвно-групних система црвених и белих крвних зрнаца (ХЛА систем) детета мајке и туженог као претпостављеног оца, утврђена је вероватноћа од 97,14% да је тужени биолошки отац, са поузданошћу које његово очинство чини изразито вероватним. Тужени се без оправданих разлога није одазивао позивима за вештачење преко Биолошког факултета у Београду, путем ДНК анализе, методом ПЦР. Породични закон не садржи посебне норме о обавезности странака у статусним породичним споровима да се подвргну вештачењу путем ДНК анализе, нити је то прописано другим посебним законом, због чега се у овој врсти спорова примењују општа правила о утврђивању чињеница од којих зависи одлука о основаности захтева прописаних парничним поступком. Правилном оценом изведених доказа и применом правила о терету доказивања нижестепени судови су закључили да је тужени биолошки отац малолетне тужиље а тужени се не

може позивати на чињенице које би могле бити утврђене на основу доказа ДНК анализом, обзиром да својом искључивом кривицом је онемогућио извођење тога доказа.

- У предмету Врховног суда Србије Рев. 2883/08 исказан је став да када је уписано брачно очинство, објективни рок од 10 година који се рачуна од рођења детета, не може бити продужен, без обзира на моменат сазнања да је биолошко очинство искључено, те да се оспоравање очинства по истеку тога рока не може тражити. Првостепени суд је у поступку претходног испитивања тужбе а на основу приложене документације утврдио да је пресудом Окружног суда од 1969. године која је постала правоснажна 1969. године, разведен брак између тужиоца и тужене и тада малолетна ћерка поверена на бригу, старање и васпитање мајци а отац обавезан да доприноси издржавању малолетне ћерке почев од 1969. године па убудуће. На основу налаза Биолошког факултета Универзитета у Београду путем генетичких анализа утврђивања очинства од 2007. године, утврђено је да тужилац се искључује као могући биолошки отац тужене. Према одредби члана 279. став 2. Закона о парничном поступку суд ће по претходном испитивању тужбе донети решење којим се тужба одбацује ако утврди да је тужба подигнута неблаговремено, ако је посебним прописима одређен рок за подизање тужбе. Како је према одредби члана 252. став 3. Породичног закона предвиђено да муж мајке може поднети тужбу ради оспоравања свог очинства у року од годину дана од сазнања да он није отац детета а најкасније у року од 10 година од рођења детета, а како је тужена рођена 1968. године, тужба за оспоравање очинства поднета 2007. године, по истеку рока од 10 година од рођења детета, нижестепени суд је правилно утврдио да тужба тужиоца за оспоравање очинства је неблаговремена и да је као такву треба одбацити. Нису прихваћени жалбени наводи којима је истакнуто да је тужилац тужбу поднео у законском року од једне године од дана сазнања да није природни отац првотужене, сагласно одредби чл. 54. и 56. став 1. и став 2. Породичног закона, истичући да у време зачећа тужене није био у контакту са друготуженом нити је међу странкама постојала заједница живота због природе посла тужиоца који је био пилот и инструктор летења те како је тужена зачета за време формалног трајања брака тужиоца и друготужене то је тужилац по рођењу првотужене признао очинство првотужене пред надлежним матичарем општине у заблуди. Тек 2007. године је сазнао да није природни отац првотужене па је тада поднео тужбу. Судови су закључили да према одред-

би члана 45. став 1. Породичног закона оцем детета рођеног у браку сматра се муж мајке детета. То је законска претпоставка. Такво очинство се може оспоравати а не тражити поништај признања очинства. Тужбу ради оспоравања очинства детета муж мајке може поднети најкасније у року од 10 година од рођења детета, а како је тужилац тужбу поднео по истеку овога рока то је она неблагоприятна.

- У предмету Врховног суда Србије Рев. 2113/2008 исказан је став да у спору за утврђивање очинства, суд је по правилу дужан да изведе и доказ вештачењем крвних група и РХ фактора. Међутим, уколико се тужени, без оправданих разлога не одазове позивима за ово вештачење, суд ће пресудом одлучити о тужбеном захтеву и без извођења овог доказа на основу осталих утврђених чињеница, при чему је дужан да оцени и овакво понашање туженог. У поступку је утврђено да је тужени у дужем временском периоду пре рођења детета овде малолетне тужиле као и у време зачећа тужиле са тужиљом – мајком одржавао континуиране интимне односе и да она у периоду одржавања интимних односа са њим није одржавала интимне односе ни са једним другим мушкарцем. О постојању и природи везе тужиле и туженог саслушани су бројни сведоци. Тужени се без оправданог разлога није одазвао ни на један од три заказана термина за медицинско вештачење, чак и на онај који је сам иницирао, па се заказано вештачење није могло обавити.

II

Издржавање деце

- Право малолетног детета на издржавање

Издржавање малолетног детета у новом Породичном закону регулисано је као право детета²² али истовремено и као део родитељског права старања о детету²³. То није једностранни однос, јер под одређеним условима и родитељи имају право на издржавање од пунолетног детета а изузетно и од малолетног детета које стиче зараду или има приходе од имовине, сразмерно његовим могућностима²⁴. Ипак, постоји значајна разлика изме-

²² Члан 154. став 1. Породичног закона

²³ Члан 73. у вези са чланом 68. став 2. Породичног закона

²⁴ Члан 156. став 1. Породичног закона

ђу дужности родитеља стипулисане као део родитељског права на старање о детету, која се тичу издржавања, и права родитеља на издржавање од свог детета. Та разлика се огледа у чињеници да институт "очигледне неправде" као правни стандард нема своју примену у односу родитељ – дете, али у обрнутом односу када је родитељ поверилац издржавања а дете дужник, тај институт има своју примену. Наиме, нема право на издржавање родитељ ако би прихватање његовог захтева за издржавање представљало очигледну неправду за дете²⁵. Таква одредба у ситуацији када је поверилац издржавања малолетно дете не постоји, што указује да су интереси малолетног детета за омогућавање услова за његов раст и развој неомеђени овим правним стандардом.

Право и дужност издржавања између детета и родитеља је лично – имовинско право²⁶. Ипак у одређеним ситуацијама када законски заступник детета не подноси тужбу за издржавање, а други родитељ не даје издржавање, Породични закон предвиђа интервенцију органа старатељства дајући му активну легитимацију за подношење тужбе²⁷ ради заштите интереса детета. Ради побољшања положаја детета нови Породични закон предвиђа да висина дечијег издржавања треба да омогући најмање такав ниво животног стандарда за дете какав ужива родитељ дужник издржавања²⁸. Родитељи имају право и дужност да издржавају малолетно дете без обзира да ли дете живи са једним или оба родитеља.

Издржавање треба да обезбеди не само услове за голи опстанак детета (храну, одећу, становање) већ и право на одмор, слободно време, игру, рекреацију, образовање и учешће у културном и уметничком животу сагласно Конвенцији о правима детета²⁹. Зато, нови Породични закон предвиђа одступање од начела диспозиције па у одредби члана 281. предвиђа да суд није везан границама тужбеног захтева за издржавање. То значи, да суд може досудити и износ већи од постављеног тужбеним захтевом ако су потребе детета такве да захтевају већи износ за њихово задовољење, а дужник издржавања према својим могућностима и околностима случаја може да им удовољи. Незапосленост родитеља и непоседовање имовине не ослобађа их обавезе да

²⁵ Члан 156. став 2. Породичног закона

²⁶ Гордана Ковачек-Станић, Породично право, Нови Сад 2005. година

²⁷ Члан 278. став 3. Породичног закона

²⁸ Члан 162. став 3. Породичног закона

²⁹ Члан 31. Конвенције о правима детета

предузму све потребне мере, правно дозвољене, у циљу прибављања средстава потребних за издржавање малолетног детета. Чак и лице на издржавању казне затвора такве обавезе није ослобођено, ако је с обзиром на своје имовно стање и уштеђевину коју поседује као и остале околности случаја у могућности да то чини. Родитељ који је у потпуности или делимично лишен родитељског права, није ослобођен једино обавезе (ако је потпуно лишен родитељског права), на издржавање малолетне деце³⁰.

Нови Породични закон је установио дужност малолетног детета да делимично подмирује потребе свог издржавања од сопствених зарада или имовине. Та дужност је супсидијарна у односу на дужност родитеља, односно право детета на издржавање од родитеља (и других крвних сродника у правој усходној линији ако родитељи нису живи или немају довољно средстава за издржавање)³¹. Обавеза државе да доприноси издржавању малолетне деце, овим законом није стипулисана као обавеза на законско издржавање. Држава сагласно Конвенцији о правима детета и начелима овог закона има позитивне обавезе да обезбеди услове за нормалан развој све деце али не и на конкретну обавезу издржавања. Јер, законско издржавање је лично-имовинско право везано за личност повериоца и дужника, непреносиво на друге особе осим законом предвиђених и то редоследом у закону одређеном, не застарева и не може се тражити уназад. Зато су неосновани захтеви за досуђивање издржавања за период пре подношења тужбе. Суд није везан висином постављеног захтева, али јесте моментом од када је захтев за издржавање постављен. Период пре подношења тужбе обухваћен је захтевом за трошкове издржавања које је чинило неко лице уместо законског дужника. Не може се пребијати са другим новчаним облигацијама нити може бити предмет принудног извршења на њему. Исплаћени износи на име законског издржавања се не враћају. У парничном и извршном поступку има привилеговани положај у смислу посебне хитности и приоритета у поступању, те првенство намирења код принудног извршења на имовини дужника чак и на минималној заради, инвалиднини и томе слично. Неплаћање издржавања на основу судске одлуке представља кривично дело у смислу Кривичног закона Републике Србије.

³⁰ Члан 81. став 4. и 82. став 2. Породичног закона

³¹ Члан 154. Породичног закона

- Право пунолетног детета на издржавање

Право на издржавање има и пунолетно дете под законом предвиђеним условима³². Као прво, то је случај када је пунолетно дете неспособно за рад, а нема довољно средстава за издржавање. Право издржавања је тада орочено трајањем таквог стања. Други, најчешћи случај се односи на пунолетно дете које се налази на редовном школовању. Оно има право на издржавање од родитеља сразмерно њиховим могућностима, а најкасније до навршене 26. године живота. За разлику од малолетног детета, право на издржавање пунолетног детета, може бити ускраћено, ако би прихватање његовог захтева представљало очигледну неправду за родитеље или друге крвне сроднике, ако то право остварује у односу на њих³³. Иначе, право на издржавање пунолетног детета стипулисано је законом и на терет крвних сродника у правој усходној линији сразмерно њиховим могућностима за случај да родитељи нису живи или немају довољно средстава за издржавање³⁴.

Право на издржавање малолетног детета није условљено материјалним могућностима родитеља, па су родитељи дужни да на сваки могући начин настоје да обезбеде потребне услове за његово издржавање. Када је у питању пунолетно дете, закон предвиђа исту обавезу родитеља као и за малолетно дете када је у питању неспособност детета за рад, док је друга ситуација (издржавање пунолетног детета које се школује) условљена могућностима родитеља. Ако су родитељи у могућности да издржавају пунолетно дете на школовању до 26. године живота, тада је битно да се школовање одвија без неоправданих застоја и прекида, без обзира да ли је дете редован или ванредан студент. Не треба толерисати намерно уписивање студија само ради остварења права на издржавање, а без стварне намере да се школа заиста и заврши.

Школовање детета на постдипломским студијама до навршене 26. године живота, зависно од околности случаја, може да се сматра наставком школовања, ако се уредно одвија и родитељи имају материјалних могућности да детету плаћају издржавање. Али, ако се дете недолично понаша према родитељу, без обзира што испите редовно полаже има места ус-

³² Члан 155. Породичног закона

³³ Члан 155. став 4. Породичног закона

³⁴ Члан 155. став 3. Породичног закона

крађивању права на издржавање, јер би такав захтев могао да представља очигледну неправду за родитеља.

Издржавање родитеља

Како је однос дете – родитељ двосмеран, са одређеним правима и обавезама, то је могуће установити и обавезу издржавања родитеља од стране детета. Породични закон одређује да родитељ који је неспособан за рад, а нема довољно средстава за издржавање, има право на издржавање од пунолетног детета или другог крвног сродника у правој нисходној линији, односно од малолетног детета које стиче зараду или има приходе од имовине, сразмерно његовим могућностима. Нема право на издржавање родитељ ако би прихватање његовог захтева за издржавање представљало очигледну неправду за дете, односно другог крвног сродника. Дужност издржавања родитеља пре свега се односи на пунолетно дете, а тек потом на малолетно дете које својим радом стиче зараду а обе дужности су супсидијерне у односу на дужност супружника да издржава другог супружника, што ће рећи да ова дужност настаје тек ако супружник родитеља нема никаквих или пак нема довољних средстава којима би допринео издржавању свог супружника. Ако је више лица истовремено дужно да даје издржавање, њихова обавеза је подељена. Ваља нагласити, да су неспособност за рад и недовољност средстава за издржавање нужни кумулативни услови за остварење права на издржавање.

Одређивање и престанак издржавања

Када постоје потребни услови за одређивање тј. заснивање права на издржавање, поставља се питање критеријума за одређивање издржавања и начина на који се оно одређује. Издржавање се одређује према потребама повериоца и могућностима дужника издржавања, при чему се води рачуна о минималној суми издржавања³⁵. Правило је да се издржавање одређује у новцу, али се зависно од постигнутог споразума повериоца и дужника издржавања, може одредити и на други начин³⁶. Поверилац издржавања врши избор начина на који ће остварити право на издржавање (да

³⁵ Члан 160. став 1. Породичног закона

³⁶ Члан 161. Породичног закона

ли у фиксном месечном износу или у проценту)³⁷. Ако се висина издржавања одређује у проценту од редовних месечних новчаних примања дужника издржавања (зарада, накнада зараде, пензија, ауторски хонорар итд.), висина издржавања, по правилу, не може бити мања од 15% нити већа од 50% редовних месечних новчаних примања дужника издржавања умањених за порезе и доприносе за обавезно социјално осигурање.

Потребе повериоца издржавања зависе од његових година, здравља, образовања, имовине, прихода те других околности од значаја за одређивање издржавања а могућности дужника издржавања од његових прихода, могућности за запослење и стицање зараде, његове имовине, његових личних потреба, обавезе да издржава друга лица те других околности од значаја за одређивање издржавања³⁸. Минимална сума издржавања представља суму коју као накнаду за храњенике односно за лица на породичном смештају периодично утврђује министарство надлежно за породичну заштиту у складу са законом³⁹. Али зависно од животног стандарда дужника та сума може бити и већа.

Ако се промене околности на основу којих је донета претходна одлука о издржавању, висина издржавања се може смањити или повећати⁴⁰. Издржавање престаје када истекне време трајања издржавања; смрћу повериоца или дужника издржавања; а може престати када поверилац издржавања стекне довољно средстава за издржавање осим ако поверилац издржавања није малолетно дете и када дужник издржавања изгуби могућност за давање издржавања или давање издржавања постане за њега очигледно неправично, осим ако поверилац издржавања није малолетно дете⁴¹.

Поступак у спору за издржавање

Поступак се покреће тужбом стварно и месно надлежном суду према одредбама Закона о судовима и Закона о парничном поступку. Може се водити и по службеној дужности (развод брака а не тражи се издржавање или вршење родитељског права а није постављен захтев за издр-

³⁷ Члан 162. став 1. Породичног закона

³⁸ Члан 160. ст. 2. и 3. Породичног закона

³⁹ Члан 160. став 4. Породичног закона

⁴⁰ Члан 164. Породичног закона

⁴¹ Члан 167. ст. 1. и 2. Породичног закона

жавање). Активну легитимацију имају поверилац издржавања, дужник издржавања али и Центар за социјални рад. Поступак је по закону нарочито хитан (прво рочиште се заказује осам дана од дана пријема тужбе, а другостепени суд одлуку по жалби мора донети у року од 15 дана од пријема предмета на одлучивање). Суд није везан границама постављеног тужбеног захтева за издржавање. Издржавање се због промењених околности може смањити или повећати. Утврђен је законски редослед у издржавању. Орган старатељства води евиденцију о издржаваним лицима. Суд има обавезу да пресуду одмах достави органу старатељства. Ревизија је увек дозвољена. Доминира истражно начело.

Судска пракса

У предмету Врховног суда Србије Рев. 625/08 измењена је одлука о издржавању конституисана 2006. године тако што је издржавање повећано са износа од 3.500,00 динара месечно на износ од 4.500,00 динара месечно од 06.08.2007. године па убудуће. Утврђено је да малолетни тужилац живи са мајком у домаћинству бабе по мајци која је сувласник куће у којој станују. Мајка је незапослена а издржавају се зарадом коју она остварује током сезонских послова и бабином пензијом. Према решењу Центра за социјални рад тужилац са својом мајком остварује право на материјално обезбеђење породице по коме ће тек бити извршена прва исплата од 6.210,00 динара крајем новембра 2007. године. Тужени је био у радном односу код Железнице Србије, па му је крајем априла 2006. године исплаћена отпремнина у износу од 469.834,00 динара и радни однос престао. Затим је био корисник новчане накнаде у трајању од 12 месеци закључно са 30. априлом 2007. године код Националне службе за запошљавање. 2005. године тужени је засновао нову брачну заједницу у којој нема деце. Супруга му је незапослена. Сувласник је 1/2 куће у којој станује његова мајка, брат и сестра а он сам са супругом живи у изнајмљеном стану. Поседује путнички аутомобил марке "Астра", здрав је и способан за рад. Полазећи од утврђеног чињеничног стања нижестепени судови су закључили да су потребе малолетног тужиоца од доношења претходне пресуде повећане јер је старији и самим тим његови трошкови издржавања су већи. При том се нису битно измениле прилике и могућности туженог да допринесе издржавању малолетног детета. Правилном применом одредбе чл. 160. и 162. Породичног закона утврђене су потребе повериоца и мо-

гућности дужника издржавања а вођено је рачуна о минималној суми издржавања, узрасту тужиоца, издацима за његову исхрану, одећу и одржавање хигијене, имовном породичном стању туженог, личним потребама туженог и обавезама издржавања супруге. Посебно је вреднована околност да малолетном детету треба омогућити најмање такав ниво животног стандарда какав ужива родитељ дужник издржавања. Тужени с обзиром на његове стварне могућности може да остварује зараду радом код других лица и на тај начин обезбеди издржавање за себе и своје малолетно дете – тужиоца а обавеза издржавања супруге не искључује примарну обавезу туженог да доприноси издржавању малолетног тужиоца.

- У предмету Рев. 2710/07 Врховног суда Србије одлучивано је о измени одлуке о висини доприноса за издржавање малолетног тужиоца и одлучено да је тужени дужан да на име издржавања малолетног тужиоца плаћа 6.000,00 динара месечно од 17.7.2006. године па убудуће док за то постоје законски услови. Тужилац је у време доношења првостепене пресуде имао 10 година, похађао четврти разред основне школе, има здравствених проблема са видом због чега је неопходан хируршки захват а што изискује повећање трошкове за његово издржавање за које су судови утврдили да износе 12.000,00 динара месечно. Законска заступница тужиоца је незапослена, повремено се бави продајом накита са магнетом и остварује право на дечији додатак од 1.700,00 динара. Живе у општинском стану за који режијски трошкови износе 3.000,00 динара. Законска заступница тужиоца је претрпела повреду на раду због које и даље трпи болове и има слабији вид а не поседује непокретну имовину. Тужени је запослен у војној установи на радном месту трактористе, не прима зараду већ повремено добија потврду да нешто купи. Поново се оженио 2001. године у ком браку има друго дете – ћерку. Супруга му је незапослена. Законска заступница тужиоца има и другог сина који је постао пунолетан а који је незапослен мада повремено обавља неке послове. Тужени поседује породичну кућу и трактор а његова супруга путничко возило. Њихови трошкови становања износе око 2.600,00 динара месечно. Врховни суд је закључио да су нижестепени судови донели правилну одлуку имајући у виду могућност туженог и законске заступнице малолетног тужиоца да доприноси његовом издржавању, јер су обоје иако слабог имовног стања, радно способни и у могућности да у истој сразмери доприносе издржавању тужиоца. Суд је узео у обзир да законска заступница поред улагања новчаних средстава пружа тужиоцу свакодневну бригу и пажњу посебно

у вези са његовим здравственим стањем, а са друге стране ценио је чињеницу да је тужени у међувремену засновао нову породицу и да има обавезу издржавања према садашњој супрузи која је незапослена и према малолетној ћерки као и да добровољно доприноси издржавању другог сина из брака са законском заступницом. Тужени је као родитељ дужан да доприноси издржавању тужиоца не само према својим тренутним стварним приходима већ и према могућностима да створи приходе за издржавање, због чега мора уложити, ако је то потребно, додатне напоре. С обзиром да је тужени радно способно лице у обавези је да настоји да оствари приходе својим радом ван радног односа и на тај начин испуни своју обавезу према тужиоцу – малолетном Б., јер као дете туженог равноправно са малолетном ћерком туженог има првенствено у издржавању у односу на његову супругу и пунолетног сина.

- У предмету Рев. 1047/08 одлучено је да тужени тужиљи на име свог доприноса за издржавање плаћа месечно 20% од месечног износа пензије коју остварује код Републичког фонда ПИО. Тужиља је редован студент Техничког факултета као самофинансирајући студент. Годишња школарина износи 48.000,00 динара. До сада ју је издржавала мајка са којом и живи у закупљеном стану. Мајка је запослена код Завода за заштиту здравља са месечном зарадом просечно од 13.500,00 до 18.300,00 динара. За тужиљино издржавање потребно је 12.000,00 динара месечно на име исхране, облачења, куповине школских учила, одржавање хигијене и других свакодневних потреба. Тужени нема других лица на издржавању. Корисник је привремене инвалидске пензије коју месечно прима у износу од 6.542,00 динара. Живи у заједници са својим оцем који поседује пољопривредно имање од 2,5 ха и пензију од 5.600,00 динара. Отац туженог учествује у плаћању основних дажбина које се односе на електричну енергију и телефон а туженом је за издржавање током месеце потребно 10.000,00 динара, на име куповине лекова, одржавања хигијене, исхране и других потреба. Приходи од пољопривреде износе 25.000,00 динара. Судови су закључили да тужиља има право на издржавање од родитеља сразмерно њиховим могућностима до завршетка студија а најкасније до навршене 26. године живота а родитељи су према Породичном закону у обавези да доприносе издржавању своје деце према својим могућностима.

- У предмету Врховног суда Србије Рев. 1929/06 изражен је став да када дужник издржавања остварује приходе у иностраној валути његова

обавеза издржавања у фиксном месечном износу може бити одређена у тој валути, што није сметња да се обавеза испуњава у динарској противвредности стране валуте према курсу на дан испуњења. Према утврђеном чињеничном стању дужник издржавања прима пензију у износу од 1.054 еура месечно и дечији додатак у износу од 150 еура месечно, док тужена има примања у износу од 300 еура месечно, па је суд закључио да је дужник издржавања дужан да за издржавање малолетног детета плаћа 250 еура месечно што ће детету обезбедити такав ниво животног стандарда какав ужива родитељ који је дужник издржавања а што је у складу са одредбом члана 162. став 3. Породичног закона. Обавеза издржавања одређена је у фиксном износу у складу са одредбом члана 162. став 1. Породичног закона, а пошто дужник издржавања приходе остварује у иностраној валути, правилно је примењено материјално право када је његова обавеза за плаћање издржавања одређена у износу од 250 еура месечно. Овако утврђена висина издржавања није сметња да се обавеза испуњава у динарској противвредности стране валуте према курсу на дан исплате.

- У предмету Врховног суда Србије Рев. број 69/2008, исказан је став да право мајке детета (која нема довољно средстава за издржавање) на издржавање од оца детета за време од три месеца пре порођаја и годину дана после порођаја није условљено његовим претходним издржавањем, а чињеница што је у том периоду отац детета постао незапослено лице, не утиче на ово право мајке. Судови наводе да је одредбом члана 153. Породичног закона прописано да мајка детета која нема довољно средстава за издржавање има право на издржавање од оца детета за време од три месеца пре порођаја и годину дана после порођаја, с тим да нема право на издржавање ако би прихватила њеног захтева представљало очигледну неправду за оца. Из ове законске одредбе произилази посебна заштита мајке детета која нема довољно средстава за издржавање у означеном периоду. Та одредба је прописана у циљу посебне заштите мајке детета, па је небитна чињеница да ли је отац детета за време заједничког живота доприносио издржавању мајке детета, дужина трајања њихове заједнице те да ли је била брачна или ванбрачна. Ова обавеза туженог није ни очигледна неправда за њега. Ради се о временски ограниченој обавези од непуних 10 месеци.

- У предмету Врховног суда Србије Рев. 679/08 наводи се да крвни сродници остварују међусобно право на издржавање редоследом којим наслеђују по основу закона а ако је више лица истовремено дужно да даје

издржавање њихова је обавеза подељена а не солидарна. Судови су закључили да је друготужена – бака тужиле у обавези да солидарно са првотуженим својим сином а оцем тужиле доприноси издржавању тужила као њихов крвни сродник у смислу члана 154. ст. 2, 164. и 166. Породичног закона обзиром да отац тужиле није у могућности да доприноси њиховом издржавању јер се налази у Казнено-поправном дому где издржава казну затвора. Малолетно дете има пре свега право на издржавање од родитеља, а право на издржавање других крвних сродника у правој усходној линији ако родитељи нису живи или немају довољно средстава за издржавање. Крвни сродници остварују међусобно право на издржавање редоследом којим наслеђују на основу закона, а ако је више лица истовремено дужно да даје издржавање, њихова је обавеза подељена у смислу члана 166. ст. 2. и 5. Породичног закона. Имајући у виду да је обавеза издржавања подељена – кад је истовремено више лица дужно да даје издржавање, захтев тужиле за солидарно обавезивање тужених да јој плаћају издржавање, по оцени Врховног суда није основан.

У предмету Врховног суда Србије Рев. број 3348/07 исказан је став да висина издржавања може бити мања од 15% или већа од 50% редовних месечних новчаних примања дужника издржавања умањених за порезе и доприносе за обавезно социјално осигурање, ако околности случаја то захтевају и омогућавају. Одредбом члана 162. став 2. Породичног закона прописано је да ако се висина издржавања одређује у проценту од редовних месечних новчаних примања дужника издржавања (зарада, накнада зараде, пензија, ауторски хонорар итд.) висина издржавања по правилу не може бити мања од 15% нити већа од 50% редовних месечних новчаних примања дужника издржавања умањених за порезе и доприносе за обавезно социјално осигурање. Ова ограничења нису обавезујућа, већ су прописана као правило, а то подразумева могућност постојања изузетка, што зависи од околности сваког конкретног случаја.

- У предмету Врховног суда Србије Рев. 3216/07 исказан је став да чињеница да је тужени 100% инвалид и да је лишен пословне способности не утиче на његову дужност да у складу са својим могућностима издржава пунолетно дете које се налази на редовном школовању и нема навршених 26 година живота. Судови су утврдили да је тужилац син туженог да је рођен 1982. године и редован студент пете године Електротехничког факултета, држи приватне часове математике и физике и тако остварује приходе од 4.800,00 динара ме-

сечно. Његове укупне потребе износе 26.000,00 динара месечно који обухватају трошкове набавке одеће, обуће, књига, средстава за хигијену, исхрану и цепаца. Тужилац живи у стану свога ујака и у његовом породичном домаћинству, других прихода нема као ни непокретне имовине. Мајка тужиоца рођена је 1948. године, није запослена, живи у Бенковцу у Хрватској и прима социјалну помоћ. Непокретне имовине нема. Тужени је рођен 1949. године, али учествујући у рату у Хрватској задобио је тешке телесне повреде и психички оболео од посттрауматског стресног поремећаја па је 2004. године лишен пословне способности потпуно и за стараоца му одређена сестра. Смештен је у Геронтолошком центру где трошкови смештаја за туженог се крећу од 14.000,00 до 25.000,00 динара. Укупни приходи туженог кретали су се од 43.500,00 до 88.150,00 динара. Примењујући материјално право на утврђено чињенично стање судови су закључили да постоји дужност туженог да учествује у издржавању тужиоца као свог сина и да је он у могућности од прихода које остварује по основу личне инвалиднине и на име додатка за негу да плаћа месечно 25%, јер је тај износ у складу са његовим имовним стањем имајући у виду и његове потребе и трошкове његовог смештаја у Геронтолошком центру. Тим износом тужилац може делимично задовољити своје потребе уз приходе које остварује сопственим радом. Судови су ценили позивање туженог на одредбе члана 155. став 4. Породичног закона којим је прописано да нема право на издржавање пунолетно лице ако би прихватање његовог захтева за издржавање представљало очигледну неправду за родитеље, односно друге крвне сроднике, па су нашли да нису основани. Пошто се тужилац налази на редовном школовању и нема навршених 26 година живота обавезивање туженог да издржава тужиоца не представља очигледну неправду за туженог. Будући да редовно студира, очигледно је немогуће да тужилац иако пунолетан сам себи обезбеди довољно средстава за издржавање.

Напомена: ова пресуда би трпела критику у случају да су примања туженог мања од утврђених, али како се трошкови смештаја у Геронтолошком центру исказују са 25.000,00 динара а приходи туженог са 43.500,00 и више хиљада динара, то пресуда има упориште.

- У предмету Врховног суда Србије Рев. 2545/08 исказан је став да минимална сума издржавања је оријентационо мерило за утврђење укупног износа за задовољење месечних потреба издржаног лица, а не основница у односу на који се одређује висина обавеза даваоца издржавања. Суд налази да минимална сума издржавања представља корективни фак-

тор за утврђење укупног износа за задовољење месечних потреба издржаваног лица, а не основицу у односу на коју се одређује висина обавезе даваоца издржавања. Стога утврђење укупног износа за задовољење месечних потреба издржаваног лица у висини од 15.000,00 динара, што је више у односу на минималну суму издржавања, нижестепене пресуде не чини незаконитим. У ставу 2. члана 160. Породичног закона предвиђено је да потребе повериоца издржавања зависе од његових година, здравља, образовања, имовине, прихода и других околности од значаја за одређивање издржавања; у ставу 3. тога члана прописано је да могућности дужника издржавања зависе од његових прихода, могућности за запослење и стицање зараде, његове имовине, његових личних потреба, обавезе да издржава друга лица те других околности од значаја за одређивање издржавања а у члану 162. став 3. истог закона да ако је поверилац издржавања дете, висина издржавања треба да омогући најмање такав ниво животног стандарда за дете какав ужива родитељ, дужник издржавања. Полазећи од тих одредаба нижестепени судови су правилно применили материјално право када су обавезали туженог да доприноси издржавању малолетног тужиоца са досуђеним износом јер су се стекли услови из члана 164. Породичног закона да се измени раније донета одлука о издржавању малолетног тужиоца због промењених околности.

- У предмету Врховног суда Србије Рев. 1077/06 изражен је став да се висина издржавања истовремено може одредити у фиксном месечном новчаном износу и у проценту од редовних месечних новчаних примања дужника издржавања. Одредбом члана 162. Породичног закона предвиђено је да поверилац издржавања по свом избору може захтевати да висина издржавања буде одређена у фиксном месечном износу или у проценту од редовних месечних новчаних примања дужника издржавања. Ако се висина издржавања одређује у проценту од редовних месечних новчаних примања дужника издржавања висина издржавања по правилу не може бити мања од 15% нити већа од 50% редовних месечних примања дужника издржавања умањених за поprese и доприносе за обавезно социјално осигурање. Ако је поверилац издржавања дете, висина издржавања треба да омогући најмање такав ниво животног стандарда за дете какав ужива родитељ дужник издржавања. Тиме није искључена могућност да поверилац издржавања захтева да се висина издржавања делимично одреди у проценту од редовних месечних примања дужника издржавања а делимично у фиксном месечном износу ако је законом предвиђен максимални износ од 50% од редовне месечне нето зараде дужника издр-

жавања недовољан за његово издржавање, а дужник издржавања остварује и друге приходе осим зараде и у могућности је да од тих других прихода доприноси издржавању повериоца издржавања, посебно ако је поверилац издржавања дете чији животни стандард треба да прати стандард родитеља. Пошто је у поступку утврђено да је тужила рођена 1991. године, да њене месечне потребе износе 11.700,00 динара, да живи у заједничком домаћинству са мајком која месечно зарађује око 10.300,00 динара и власник је двособног стана а да је тужени запослен са примањима од око 9.000,00 динара месечно у нето износу и поседује непокретну имовину коју дају под закуп и по том основу остварује зараду од 38.000,00 динара годишње. При том се бави узгојом папагаја за продају и тако остварује годишњи приход од 150 до 200 евра. Живи са мајком на селу на сопственом имању где производи углавном намирнице потребне за свакодневну исхрану а других обавеза издржавања нема. Код таквог чињеничног стања тужени је обавезан да за издржавање тужиле као свог малолетног детета плаћа месечно 50% од своје редовне месечне зараде у нето износу и још 1.500,00 динара у фиксном месечном износу чиме се задовољавају потребе тужиле уз одговарајући допринос њене мајке и обезбеђује животни стандард какав ужива и тужени.

III

Начин одржавања личних контаката

Конвенција о правима детета предвиђа да оба родитеља имају заједничку одговорност за васпитање и развој детета и то у његовом најбољем интересу. Полазећи од основних принципа садржаних у Конвенцији нови Породични закон Републике Србије у одељку којим регулише права детета на првом месту предвиђа да дете има право да зна ко су му родитељи и то право може бити ограничено само овим законом. У том циљу дете које је навршило 15-ту годину живота и способно је за расуђивање може извршити увид у матичну књигу рођених и другу документацију која се односи на његово порекло⁴².

Следеће право је право детета да живи са родитељима и право да се родитељи о њему старају пре свих других. То право може бити ограничено само судском одлуком и то у најбољем интересу детета. Суд је једино овла-

⁴² Члан 59. Породичног закона

шћен да донесе одлуку о одвајању детета од родитеља ако постоје разлози да се родитељ потпуно или делимично лиши родитељског права или у случају насиља у породици. Навршетком 15-те године живота, ако је способно за расуђивање, дете стиче право одлучивања са којим ће родитељем живети⁴³.

Дете има право да одржава личне односе са родитељем са којим не живи које право може бити ограничено само судском одлуком када је то у најбољем интересу детета. Суд може донети одлуку о ограничавању права детета да одржава личне односе са родитељем са којим не живи ако постоје разлози да се тај родитељ потпуно или делимично лиши родитељског права или у случају насиља у породици. Дете које је навршило 15-ту годину живота и које је способно за расуђивање може одлучити о одржавању личних односа са родитељем са којим не живи. У том узрасту оно увелико може да формира мишљење о томе. Поред тога дете има право да одржава личне односе и са сродницима и другим лицима са којима га везује посебна блискост ако је то у његовом најбољем интересу⁴⁴.

Са друге стране, родитељско право изведено је из дужности родитеља и постоји само у мери која је потребна за заштиту личности, права и интереса детета⁴⁵. Садржина родитељског права одређена је законом а родитељи имају право и дужност да се старају о детету, а старање о детету обухвата: чување, подизање, васпитавање, образовање, заступање, издржавање те управљање и располагање имовином детета. Родитељи имају право да добију сва обавештења о детету од образовних и здравствених установа⁴⁶.

Правила којима се регулише родитељско право су императивне природе, па се родитељ не може одрећи родитељског права нити га уговором пренети на друго лице⁴⁷. Оно припада оцу и мајци заједно и они су равноправни у вршењу родитељског права⁴⁸. Оно не престаје када родитељ не живи са својим дететом, већ се тада поставља само питање вршења родитељског права.

⁴³ Члан 60. Породичног закона

⁴⁴ Члан 61. Породичног закона

⁴⁵ Члан 67. Породичног закона

⁴⁶ Члан 68. Породичног закона

⁴⁷ Зоран Поњаковић – Уговорно вршење родитељског права, Правни живот, књига број 10, 2008. год. ТОМ II

⁴⁸ Члан 7. Породичног закона

Права и дужности из садржине родитељског права родитељи, по правилу, врше заједнички и споразумно, док су деца малолетна, без обзира да ли се ради о брачној, ванбрачној или усвојеној деци. Међутим, када се догоди да се родитељи одвоје и не воде заједнички живот а дете остане да живи са једним родитељем, поставља се питање одржавања личних односа детета и родитеља са којим оно не живи. Према одредби члана 61. став 1. Породичног закона дете има право да одржава личне односе са родитељем са којим не живи, а према члану 78. став 3. Породичног закона родитељ који не врши родитељско право има право и дужност да поред обавезе издржавања детета, са дететом одржава личне односе и да о питањима која битно утичу на живот детета одлучује заједнички и споразумно са родитељем који врши родитељско право. То су пре свега питања која се односе на образовање детета, предузимање већих медицинских захвата над дететом, промена пребивалишта детета и располагање имовином велике вредности детета. Зато се сматра, да је одржавање личних односа детета и родитеља са којим не живи право детета а истовремено и право и дужност родитеља са којим дете не живи. У том смислу су конципирана и решења садржана у Конвенцији о правима детета у којој се предвиђа да ће државе потписнице поштовати право детета одвојеног од једног или оба родитеља да редовно одржава личне односе или директно контактира са оба родитеља, изузев уколико је то супротно дететовим интересима и Конвенцији Савета Европе о контактима који се односе на децу⁴⁹ по којој су циљеви Конвенције: да утврди опште принципе који се односе на одлуке о контакту; да утврди одговарајуће заштитне мере и гаранције за обезбеђење правилног вршења контакта и моменталног враћања детета по завршетку периода предвиђеног за контакт; да установи сарадњу између централног органа, судских органа и осталих тела у циљу поспешивања и побољшавања контакта између деце и родитеља и осталих лица која имају породичне везе са дететом. У смислу те Конвенције контакт са дететом се дефинише као: боравак детета код лица код ког уобичајено не живи или сусрет са тим лицем; сваки облик комуникације између детета и тог лица; давање информација том лицу о детету или детету о том лицу. О контакту се доноси судска одлука, која има исто дејство као и споразум о контакту који је прихваћен од стране надлежног суда, а дететом се сматра лице испод 18 година, док породичне везе значе однос близак односу између де-

⁴⁹ Усвојена 15. маја 2003. године у Стразбуру

тета и његових баба и деда и рођене браће и сестара, који се базира на праву или *de facto* о породичном односу. Решења из ове Конвенције прихватио је наш Породични закон.

Одржавање личних односа родитеља са којим дете не живи и детета, биће успешно само ако други родитељ то не онемогућава. Да би се смањила могућност злоупотреба те врсте Породични закон предвиђа могућност да родитељ који спречава одржавање личних односа детета и родитељ са којим дете не живи, буду потпуно лишени родитељског права⁵⁰. По ранијем Закону о браку и породичним односима Републике Србије одржавање личних односа родитеља и детета било је у надлежности органа старатељства, док је по новом Породичном закону предвиђена искључива судска надлежност.

Одржавање личних односа родитеља са којим дете не живи и детета се може ограничити само у најбољем интересу детета и ако постоје разлози за потпуно или делимично лишење родитељског права, односно у случају насиља у породици. То је законом изричито предвиђено. За правилан емоционални развој детета, одржавање личних односа има непроцењиви значај, јер родитељи имају законску дужност која је истовремено и њихово право, да са дететом развијају однос заснован на љубави, поверењу и узајамном поштовању, те да дете усмеравају ка усвајању универзалних вредности⁵¹.

Питање одржавања личних односа родитељ-дете посебно добија на значају када родитељи не живе заједно. Тада они могу постићи споразум о заједничком или споразум о самосталном вршењу родитељског права, у оквиру ког споразума ће регулисати и питање одржавања личних односа детета са родитељем са којим дете не живи. Тај споразум мора бити сачињен у писменој форми и верификован од стране суда, што је и услов његове пуноважности. А биће верификован само ако је у најбољем интересу детета. У супротном, суд има овлашћење да споразум родитеља измени. Јер, родитељу коме дете није поверено на основу споразума или одлуке суда, није престало родитељско право, већ га он не врши. Али, контакт детета и родитеља не сме и не може бити прекинут, а о питањима која утичу на живот детета као што су (образовање, медицински захвати, промена пребивалишта, располагање имовином детета велике вредности) могу одлучивати само споразумно јер је то законом тако предвиђено у

⁵⁰ Члан 81. став 3. тачка 3. Породичног закона

⁵¹ Члан 70. Породичног закона

најбољем интересу детета. Када дође до промењених околности ове одлуке су подложне промени, а њихову измену могу тражити како један или други родитељ или оба родитеља тако и орган старатељства ако се овај сегмент родитељског права не врши на одговарајући начин. Држава има позитивну обавезу да омогући остварење ових односа и ако су прекинути да што пре дође до њиховог успостављања. У том смислу су донете пресуде Европског суда који стандард је исказан и у неким од њих који се односе на Србију.

Судска пракса

У предмету Рев. 491/08 Врховног суда Србије одбијена је ревизија тужиоца против правоснажне пресуде којом је одбијен тужбени захтев тужиоца против тужене а којим је тражено да малолетна ћерка странака рођена 1997. године буде поверена тужиоцу на чување и васпитање и уређен начин виђања тужиоца са малолетном ћерком тако што ће мајка два пута годишње доводити малолетну ћерку и предати је оцу у временском периоду и то: половина зимског распуста и половина летњег распуста, које време ће малолетна тужила проводити са оцем. Према утврђеном чињеничном стању правоснажном пресудом којом је разведен брак парничних странака малолетна ћерка поверена је на чување и васпитање мајци уз обавезу оца да на име свог доприноса за издржавање плаћа 10% од своје зараде. Тужена се након закључења брака 2003. године са лицем које је амерички држављанин преселила у Америку у Њујорк. Малолетна К. живи са оцем који се у међувремену оженио. Одличан је ученик основне школе и добро се слаже са оцем и његовом садашњом супругом, а има и добар однос слагања, љубави и поверења са својом мајком. Тужилац је у сталном радном односу и остварује месечне приходе, живи у сопственој кући на спрату док у приземљу живе његови родитељи са којима чини ширу породичну заједницу. Оба родитеља малолетне К. поседују услове за несметани раст и развој детета. Према извештају Центра за социјални рад малолетна К. изражава подједнако емоције према оба родитеља а удаљеност мајке не представља препреку у изражавању емоција које су појачане жељом да види где мајка живи и да упозна њену нову породицу. Малолетна К. није у могућности да се изјасни са ким од родитеља би желела да живи, па орган старатељства налази да је потребно јој омогућити одлазак код мајке што јој је свих ових година било ускраћено, јер то отац није дозвољавао. По мишљењу органа старатељства уколико отац и даље не до-

зволи одлазак и боравак код мајке девојчици, треба га сматрати неодговорним и некомпетентним за обављање родитељске функције јер није способан да схвати и препозна потребе детета за одржавање емотивних веза са мајком, у ком случају малолетну К. треба поверити мајци која је у току поступка показала већу одговорност и спремност да удовољи потребама свог детета. Према налазу и мишљењу два вештака малолетно дете показује подједнаку емоционалну везаност и приврженост за оба родитеља, ментално је зрело за свој узраст и пресељење и наставак живота у мајчиној породици у Америци за њу би представљао врло сложен и дуготрајан процес прилагођавања који би могли да прате емоционални проблеми различитог типа. Малолетна К. саслушана је у присуству клиничког дечијег психолога са Клинике за неурологију и психијатрију у Београду изразила је да одувек жели да живи са мајком а да је неодлучност која је означена у извештајима стручњака органа старатељства подстакнута не толико њеним колебањем са којим родитељем жели да живи, већ заменом тезе о упозвавању са непознатом средином и неспремношћу оца да јој дозволи одлазак са мајком.

На тако утврђено чињенично стање нижестепени судови су правилном применом материјалног права из одредаба члана 67, 77. у вези са чланом 6. и 266. Породичног закона одлучили да за измену одлуке о поверавању малолетног детета нису испуњени услови и за одлуку дали разлоге које прихвата Врховни суд. У пресуди се наводи да је родитељско право лично право родитеља, а врши се искључиво у најбољем интересу детета. Садржина родитељског права обухвата старање о детету, чување и подизање, васпитање и образовање, његово заступање и издржавање као и управљање и располагање имовином детета. Сва ова права и дужности има родитељ коме је дете поверено, чиме се други родитељ не лишава родитељског права. Најбољи интерес детета је правни стандард који се цени према околностима сваког конкретног случаја. У конкретном случају утврђено је да су оба родитеља психофизички и економски способни за старање, али да је у интересу малолетног детета да остане са мајком, јер све битне околности од значаја за правилан физички, емоционални и духовни развој, жеља на страни родитеља и детета, здравствене, имовинске и стамбене прилике, понашање и особине родитеља, то оправдавају. Малолетна би се окружена љубављу, бригом и пажњом своје мајке, брзо прилагодила на нови начин живота и страно окружење, па се пресељење не би негативно одразило на њен психофизички развој, а обзиром на материјалне могућности тужене биће у прилици да два пута годишње долази у

Србију и одржава личне односе са оцем. Судови су закључили да дете треба да живи са мајком, уређујући притом начин виђања са оцем. Таквом одлуком обезбеђује се одржавање везе детета са родитељем са којим не живи у циљу неговања и развојања осећања љубави и пажње између њих, а истовремено се родитељу који не врши родитељско право омогућава да у смислу члана 78. став 3. Породичног закона одлучује о питањима која битно утичу на живот детета.

- У предмету Врховног суда Србије Рев. 2557/06 исказано је мишљење да суд није овлашћен да уместо родитеља одлучује о пребивалишту малолетног детета или да доноси одлуке које замењују заједничке одлуке родитеља о битним питањима вршења родитељског права – које утичу на живот малолетног детета, као што је образовање детета, предузимање већих медицинских захвата над дететом, промена пребивалишта детета или располагања имовином детета велике вредности. Суд је зависно од околности случаја, овлашћен да у поступку одлучивања о вршењу родитељског права, између осталог, делимично лиши родитеља који не врши родитељско право – да одлучује о питањима која битно утичу на живот детета, ако несавесно врши права или дужности из садржине родитељског права.

- У предмету Врховног суда Србије Рев. 1768/06 исказан је став да суд чини апсолутно битну повреду одредаба парничног поступка из члана 361. став 2. тачка 12. ЗПП када у изреци пресуде у брачном спору одлучи да се малолетно дете "поверава на чување, васпитање и издржавање једном од родитеља који ће самостално вршити родитељско право" обзиром да Породични закон познаје само појам родитељског права, који је знатно шири од појма "чување и васпитање" малолетног детета. Нови Породични закон изричитом законском нормом из члана 226. тачка 1. Закона налаже суду да у брачном спору одлучи о родитељском праву. То право садржи право на старање о детету које се састоји од чувања, подизања, васпитања, образовања, заступања, издржавања те управљања и располагања имовином детета. Приликом одлучивања о вршењу родитељског права нижестепени судови поступају по инерцији употребљавајући претходна законска решења и одредбе, превиђајући при том да императивне норме Породичног закона захтевају да се о вршењу родитељског права одлучи на начин како је то предвиђено законом. То подразумева у конкретном случају уместо ревизијом оспораваног пресуђења, пресуђење да се родитељско право поверава првотужиљи као мајци малолетног детета.

- У пресуди Врховног суда Србије Рев. 1768/06 исказан је став да у ситуацији када родитељи између којих тече бракоразводна парница озбиљно приговарају један другом одређена понашања која могу штетити интересу малолетног детета, нужно је да суд одреди вештачење путем специјализоване установе и провери да ли предложени начин остваривања личног контакта од стране Центра за социјални рад јесте у најбољем интересу малолетног детета.

- У решењу Врховног суда Србије Рев. 3218/07 се наводи да у спору по тужби за вршење родитељског права, суд ће првенствено се руководити интересом малолетног детета, а не потребама родитеља. У спору за вршење родитељског права одлучено је да ће тужени отац са малолетним дететом одржавати личне односе тако што ће једне недеље понедељком од 14 до 20 часова и непрекидно од петка од 14 до недеље до 20 часова бити са њим, друге недеље четвртком од 14 до 20 часова па надаље наизменично, три недеље школског распуста малолетно дете провешће са оцем по моделу 14 + 7 половину зимског распуста без прекида и половину празника за нову годину, 1. мај и друге државне празнике (Божих, Ускрс) уколико они трају више дана а уколико трају један дан онда наизменично као и цео дан за тужиочеву и самим тим дететову крсну славу. Даље су набројани модалитети наизменичног виђања и боравка код оца. При доношењу овакве одлуке суд је имао у виду два извештаја специјализованих установа, која су била несагласна. Врховни суд је укинуо нижестепене одлуке наводећи да када су два извештаја специјализованих установа о моделу виђања детета и вршења родитељског права различита, потребно је саслушати подносиоце тих извештаја и одлучити руководећи се најбољим интересом малолетног детета а не потребама родитеља.

Неке одлуке Европског суда за људска права у погледу кршења права из породичних односа у односу на Србију

- У предмету Европског суда за људска права *В.А.М.* против Србије, суд је закључио да је дошло до повреде чланова 6. ст. 1. и 8. Конвенције о људским правима и основним слободама у погледу трајања грађанско-правног поступка, затим до кршења члана 8. Конвенције у погледу неизвршења привремене мере о поверавању детета и повреде члана 13. Конвенције, због чега држава има обавезу да у року од три месеца од правоснажности пресуде плати 15.000 еура на име нематеријалне штете и 4.350 еура на име трошкова поступка с тим што те износе треба претворити у

националну валуту тужене државе по курсу који се примењује на дан намирења уз додатак средстава за сваки порез који би могао бити зарачунат. Од протекта тог рока од три месеца па до намирења на наведени износ плаћа се обична камата која је једнака најнижој кредитној стопи Европске централне банке током периода неплаћања, увећаној за 3% поена.

У пресуди се између осталог примењује да узајамно уживање родитеља и детета у међусобном контакту представља суштински елемент "породичног живота" у смислу члана 8. Конвенције те иако је примарни циљ члана 8. Заштита појединца од произвољне акције јавних власти, постоје и позитивне обавезе које су инхерентне делотворном "поштовању" породичног живота. Зато се у оба контекста мора посветити пажња правичној равнотежи коју ваља успоставити између конкурентних интереса појединца и заједнице у целини, а држава ужива извесно унутрашње поље слободне процене (видети предмет *Keegan v. Ireland*, пресуда од 26. маја 1994. серија А, број 290, страна 19. став 49). У пресуди се даље наводи да члан 8. за родитеље обухвата право да буду предузети кораци како би се они поново спојили са својом децом и обавезу националних власти да омогуће таква поновна спајања. У предметима који се тичу извршења одлука у области породичног права, суд је непрестано утврђивао да је одлучујуће то да ли су националне власти предузеле све неопходне кораке да би омогућиле извршење онако како се то разумно могло захтевати у посебним околностима сваког предмета. У том контексту примереност неке мере треба процењивати са становишта брзине њене примене, будући да протек времена може нанети непоправљиве последице односима између детета и родитеља са којим то дете не живи у заједници (видети предмет *Ignaccolo-Zenide v. Romania*, став 102). На крају суд сматра, да упркос томе што мере принуде према деци нису пожељне у овој осетљивој области, не може бити потпуно искључена примена санкција у случају незаконитог понашања родитеља са којим деца живе.

- У предмету *Јевремовић против Србије* Европски суд за људска права утврдио је повреду члана 6. став 1. Конвенције и повреду члана 8. Конвенције која се тиче неизвесности подносиољке представке по питању њеног личног идентитета као и повреду члана 13. Конвенције у вези са чланом 6. став 1. Конвенције, па је досудио првој подносиољки представке на име претрпљене нематеријалне штете 5.000 евра и другој подносиољки представке на име претрпљене нематеријалне штете 1.000 евра и сваки порез који се може платити на ове износе са каматом као и у првом случају. У образложењу

суд констатује да је грађанска парница једини пут којим је прва подносиатељка представке могла утврдити да ли је тужени њен биолошки отац или није, а по домаћем праву нису постојале мере којима би се тужени обавезао да испоштује решење општинског суда да се обави ДНК анализа, нити је постојала нека директна одредба којом се регулише непоштовање истог. Зато су судски органи могли донети одлуку по сопственом дискреционом праву, после процене достављених доказа, и узети у обзир чињеницу да је странка у поступку опструирала утврђивање релевантних чињеница. Суд налази, да систем као што је српски, који нема средства да примора наводног оца да испоштује судско решење да се обави ДНК анализа, може сматрати компатибилном обавезу која проистиче из члана 8. узимајући у обзир простор државе за процену – маргину процене. У таквом систему интереси појединца који тражи утврђивање очинства се морају осигурати када се очинство не може утврдити путем ДНК анализе. Недостатак неке процесне мере којом ће се претпостављени отац приморати да испоштује судско решење је у складу са принципом пропорционалности, само ако он обезбеђује алтернативна средства која омогућују независном органу да брзо утврди очинство. При доношењу одлуке о захтеву да се утврди очинство, од судова се тражи да обрате посебну пажњу најбољим интересима детета о коме је реч. Зато је Европски суд закључио да поступак у конкретном случају није постигао правичну равнотежу између права подносиатељке представке да се њена неизвесност по питању идентитета отклони без непотребног одлагања, и права њеног наводног оца да не уради ДНК анализу, због чега заштита интереса у питању није била пропорционална. Дужина поступка доказивања очинства, оставила је прву подносиатељку представке у стању продужене неизвесности у вези са њеним идентитетом. Зато су српски органи пропустили да обезбеде првој подносиатељки представке поштовање њеног приватног живота на које има право. Стога је и дошло до повреде члана 8. Конвенције.

- У предмету Европског суда за људска права предмет *Томић против Србије* утврђена је повреда члана 6. став 1, 8. и 13. Конвенције и обавезана држава да исплати подносиатељки представке у року од три месеца 10.000 евра на име претрпљене нематеријалне штете и 950 евра на име трошкова које је имала пред домаћим органима који ће бити претворени у националну валуту тужене државе по курсу који ће важити на дан исплате и све таксе које се могу платити, а по истеку рока за исплату и обична камата на те износе по стопи једнакој најнижој каматној стопи Европске централне банке уз додатак од 3% поена.

У овом предмету правоснажна пресуда о додељивању детета на негу, чување и васпитање од 25. фебруара 2004. године остала је неизвршена од 18. марта 2005. до 14. марта 2007. године, када је престала да буде извршна (дошло је до њене промене). Општински суд је одређивао новчане казне и покушао да употреби принудне мере у неколико наврата, али предаја детета није обављена. Подносиатељка представке у поступку извршења поступала је са нарочитом пажњом, а дужник је јасно ставио до знања да нема намеру да сарађује са властима или да преда дете подносиатељки представке. У једном периоду није ни било покушаја извршења од суда и то у периоду 21. јуни 2005. до 11. август 2005, затим 20. септембар 2005. до 6. децембра 2005. и од 15. јуна 2006. до 1. фебруара 2007. да би поступак извршења био одложен 2. фебруара 2007. до 14. марта 2007. када је подносиатељка представка изгубила право на негу, чување и васпитање над малолетним дететом. Зато је суд закључио да органи Србије нису предузели довољне мере како би се извршила правоснажна пресуда од 25. фебруара 2004. године. Тиме је дошло до повреде члана 6. став 1. Конвенције. Суд даље налази да органи Србије нису учинили све што је у њиховој моћи и што се од њих оправдано могло очекивати како би омогућили поновно спајање подносиатељке представке и њене ћерке а посебно што принудна предаја детета иако је била неизбежна и покушана у више наврата, никада није успешно завршена. Легитимни интерес подносиатељке представке да развије везу са својим дететом као и дугорочни интерес детета у том смислу, национални органи нису размотрили са дужном пажњом. Дужнику је дозвољено да искористи правосудни систем док се чињенично стање протеклом времена није довољно изменило да би била могућа измена одлуке о поверавању детета на чување, негу и васпитање у посебном судском поступку. Зато суд закључује да упркос пољу слободне процене тужене државе, неизвршење права подносиатељке представке на негу, чување и васпитање, утврђеног правоснажном пресудом је довело до повреде њеног права на поштовање породичног живота, загарантованог чланом 8. Европске конвенције.

- Међутим, у предмету Дамјановић против Србије пред Европским судом за људска права није било повреде члана 8. Конвенције. Наиме, у том случају поступак извршења пресуде о разводу брака, издржавања и поверавања деце трајао је око две године; деца су током поступка исказала спремност да проводе време са подносиатељком представке, али су јасно ставили до знања да желе да живе са туженим; тужени је током већег дела поступка био не-

кооперативан; Центар за социјални рад и други државни органи (у првом реду суд) имали су конструктивну улогу – нпр. у неколико наврата је подносио-тељки било омогућено да виђа своју децу у просторијама Центра за социјални рад; суд је све време поступка имао веома активну улогу; домаћи суд је у покушају да натера туженог на сарадњу у два наврата истом изрицао новчане казне; најважније је да је суд 17. априла 2008. године наредио физичку предају деце подносио-тељки, али је она иако веома марљива током трајања поступка, била неспремна да их преузме физички због одсуства њихове изричите сагласности у том смислу. У таквом стању ствари суд је сматрао да се не може извести закључак о томе да држава није предузела све неопходне мере у циљу извршавања правоснажне пресуде о предаји деце, због чега није било повреде члана 6. став 1. Конвенције.

Суд је закључио да није било повреде ни члана 8. Конвенције наводећи да узајамно уживање деце у друштву са родитељима чини фундаментални елемент породичног живота а држава има позитивне обавезе у вези са поштовањем породичног живота при чему се мора постићи правична равнотежа између интереса појединца и друштва у целини у чему држава има извесни простор за слободну процену. У вези са чланом 8. родитељи имају право да живе са својом децом, а обавеза државе је да предузме мере ради олакшања тога. Оно што је одлучујуће у вези са проценом мера државних органа је то да ли су предузели све неопходне мере које се од њих могу разумно очекивати према околностима датог случаја. У том погледу, адекватност мера се процењује према брзини њихове примене, јер протек времена може имати несагледиве последице на однос између детета и родитеља који не живи са дететом. Принудне мере у оваквим ситуацијама нису пожељне али употреба санкција понекад је неизбежна у случају незаконитог понашања родитеља са којим дете не живи. Суд је најпре узео у обзир да је у овом случају привремена мера стављена ван снаге доношењем пресуде. Затим, суд је имао у виду да је домаћи суд кажњавао подносиоца како би га натерао да се повинује пресуди. Најважније је то што су деца 30. августа 2004. и физички предата подносио-тељки, али она сама није била у могућности да преузме бригу над њима јер су деца одбијала да напусте туженог. Имајући све то у виду суд је сматрао да у конкретном случају је држава предузела све неопходне мере у циљу извршења привремене мере одређене током поступка пред домаћим судом, као и пресуде домаћег суда, због чега није било повреде члана 8. Конвенције.

З а к љ у ч а к

У овом реферату обрађени су спорови између родитеља и деце у парницама које се односе на утврђивање и оспоравање очинства и материнства; издржавање деце; начин одржавања личних контаката. Наведена судска пракса послужила је као илустрација њихове практичне примене. Околности сваког конкретног случаја са својим особеностима условљавају и прилагођавање законске норме, ради остварења и заштите најбољег интереса детета, али и остварења брзе и ефикасне заштите. Иако су правила поступка модификована због врсте парница и субјекта заштите, брзина поступања не сме угрозити квалитет заштите, нити квалитет заштите може бити оправдан за спорост и неефикасност суда. Породични судија поред посебних знања, треба да има и животно искуство, проницљивост, моћ објективизације правне норме и њене суптилне примене на сваки конкретни случај. Није узалуд речено: "све срећне породице личе једна на другу, а свака несрећна је несрећна за себе". Решење правног проблема у породичном спору треба да повећа број срећних породица. Јер породицу као аутономни појам не чине само родитељи и деца, већ и они који су то формално били, више формално нису, али суштински живе нормалним животом упућени једни на друге.

Стојан Јокић,
судија Врховног суда Србије

ПОБИЈАЊЕ ПРАВНИХ РАДЊИ СТЕЧАЈНОГ ДУЖНИКА У ЗАКОНУ О СТЕЧАЈНОМ ПОСТУПКУ И ПРЕДЛОГУ НОВОГ ЗАКОНА О СТЕЧАЈНОМ ПОСТУПКУ

Уводне напомене

Правни институт побијања правних дела дужника настао је још у римском праву. Прописао га је римски правник Паулс као побојну тужбу Реч акцио потиче од латинске речи *actio*, што преведено значи тужба – парница, која је по њеном творцу Паулсу названа *actio Pauliana* - Паулијанска тужба. Она је у нашем позитивном праву прописана у Закону о облигационим односима¹, кроз правни институт побијање дужникових правних радњи у шест законских одредби прописаних у члановима 280-285.

Закон о стечајном поступку² (који ће се у даљем тексту означавати само као **Закон**), у поглављу осмом прописује побијање правних радњи и стечајног дужника. Иако се ради о суптилном правном институту којим се нарушава једно од основних правила облигационог права по коме су облигациони односи између дужника и трећих лица за повериоца *res inter alias acta*, који за последицу има задирање у стечена права трећих лица, судије практичара, који по тим тужбама одлучују су о овом правном институту по мом сазнању мало писали. Њиме су се више бавили теоретичари. Ређа присутност побојних тужби, како пред судовима опште надлежности, тако и пред трговинским судовима, као специјалним судовима резултирана је и мање искуственом судском праксом везаном за побијање правних дела дужника и стечајног дужника.

¹ "Службени лист СФРЈ", бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, "Службени лист СРЈ", бр. 37/93

² "Службени гласник РС", бр. 84/2004 и 85/2005

Задатак тематског рада је:

- приказивање правног института побијања правних радњи;
- приказивање института побијања правних радњи стечајног дужника појединачно и у склопу осталих повезаних законских норми;
- указивање на неводољно јасне законске норме са предлогом превазилажења нејасноћа, приказивањем правног института кроз постојећу судску праксу;
- покушај да се понуде решења која немају потпуно искуствено упориште у судској пракси;
- упоређење законских одредби са законским одредбама у предлогу новог Закона о стечајном поступку³.

Колеге које пажљиво прочитају тематски рад ће бити у могућности да процене да ли је и колико задатак тематског рада и остварен у доле написаном тексту.

Побијање - општи појам

Побијање је установа облигационог права којом повериоци у циљу свог намирања могу отклонити последице извесних, иначе пуноважних, имовинско-правних располагања свога инсолвентног дужника, наплаћивањем и из неких вредности које не припадају дужнику и његовој имовини, већ имовини трећег лица, дужникових правних следбеника на тим вредностима. Конкретније, право овлашћује повериоце да побијањем у сврху свог намирања могу, под одређеним условима прогласити да су према њима без дејства правна дела која се тичу имовине њиховог инсолвентног дужника.

³ Влада Републике Србије је актом 05 бр. 011-3899/2009-2 од 7.8.2009. године поднела Народној скупштини Републике Србије Предлог Закона о стечајном поступку са предлогом да се узме у претрес.

За представника Владе у Народној скупштини одређен је Млађан Динкић, председник Владе и министар економије и регионалног развоја, а за поверенике су одређени Небојша Ћирић, државни секретар у Министарству економије и регионалног развоја и Лука Андрић, саветник потпредседника Владе.

Побијање је правно средство које се појављује у два облика, као побијање у стечају и као побијање изван стечаја. Обзиром да је везано за инсолвентност дужника, побијање се сасвим разумљиво први пут појавило приликом колективне наплате из имовине инсолвентног дужника и првобитно се развијало у зависности од стечајног поступка. Током времена се међутим еманциповало у самосталну установу независно од отварања – покретања поступка стечаја. Код побијања изван стечаја, побијање врши један поверилац у свом искључивом интересу, а не у интересу и у име свих стечајних поверилаца.

Побијање као правни институт отвара бројне дилеме и спорности и суптилна правна питања, обзиром да правна сигурност захтева да се не дира у оно што је на праву засновано. По среди је право на мешање у имовинска располагања дужника у односу на опште правно начело облигационог права да облигациони односи делују између страна у том односу. Побијањем се само тражи да се правној радњи између дужника и трећег лица одузме правно дејство у мери у којој се њоме оштећују повериоци. Побојне радње су процесне радње које се предузимају у циљу заштите интереса поверилаца.

Опште претпоставке на основу којих се може вршити побијање су постојање правног дела, да се то правно дело тиче имовине дужника, да побијање омогућава намирење поверилаца и да постоји инсолвентност дужника као елеменат оштећења поверилаца.

Побијање правних радњи стечајног дужника

Закон је побијање правних радњи стечајног дужника прописао у поглављу VIII у 11 законских норми прописаних у члановима 98-108.

У члану 98. **Закона**, прописани су општи услови побијања. Законодавац у овој законској норми прописује права стечајног управника да у име стечајног дужника и права поверилаца на побијање правних послова и других правних радњи закључених или предузетих пре покретања стечајног поступка којима се нарушава равномерно намирење стечајних поверилаца или оштећују повериоци. Прописано је и право на побијање правних послова и правних радњи којима се поједини повериоци стављају у повољнији положај. У даљим законским нормама из члана 99-103, прописани су разлози и услови побијања и о њима ћу се изјашњавати у даљем тематском раду. Ставом 2. члана 98. **Закона** прописано је да се и пропуштање закључења

правног посла односно пропуштање предузимања радње у погледу побијања изједначава са правним послом, односно правном радњом. **Законодавац дакле прописује право на побијање закљученог и незакљученог правног посла и предузете или непредузете правне радње.**

Правна теорија **Законом** прописане правне послове и друге правне радње означава и под именом правно дело.⁴ Под правним делом подразумева се свака радња услед које се дужникова имовина у нечију корист материјално смањује, или услед које он долази у тежи процесно-правни положај тако да се тиме изгледи његових поверилаца на намирење погоршавају или формално-правно отежавају. Суштину правног дела чини дакле каузална веза између извесног чињења или пропуштања и негативне промене у дужниковој имовини. Правно дело је знато шири појам од правног посла јер док овај последњи обухвата само изјаве воље управљене на произвођење правних последица, под појмом правног дела долази изванредан број правних чињеница као што су поједине фактичке људске радње, негативни поступци и недопуштене радње.

Под закљученим или незакљученим правним послом, предузетом или непредузетом правном радњом, подразумевају се радње услед којих се дужникова имовина у нечију корист материјално смањује, или услед чега он долази у тежи процесно-правни положај, чиме се могућност његових поверилаца на намирење погоршава или формално-правно отежава.

Између дужникових правних дела чињења или пропуштања мора постојати кауза, која се рефлектује у негативној промени у дужниковој имовини. Правни послови који могу бити предмет побијања су уговори, квази уговори, једностране изјаве воља, симуловани правни послови, и др. Свако уништење имовинских предмета сачињава правно дело под условом да је истовремено неком и користило, тј. да је вредност уништењем изгубљена за дужника прешла у имовину трећег лица. Када дужник уништи исправу у којој је инкорпорисано неко његово право, хартију на доносиоца или на пример меницу онда се то уништење као фактичка радња може побијати или као пропуштање или као бесплатно располагање у корист дужника по исправу. Међутим, не може се побијати уништење материјалних добара (на пример рушење куће, спаљивање намештаја), јер су то по себи фактичке радње које

⁴ др Божидар С. Марковић, "Побијање изван стечаја" (Енциклопедија имовинског права)

никоме трећем не користе. Правни послови који у пракси најчешће могу бити предмет побијања су пренос својине, заснивање разних стварних, посебно заложних права, примање обавеза путем уговора, новација, закључивање привидних правних послова, пропуштање и одрицање од права.

Правне радње које могу бити предмет пропуштања су фактичке радње, попут противправних радњи, радњи пропуштања, дереликције уништења ствари. Зато се оне могу и побијати. Могу се побијати пропуштања услед којих дужник изгуби какво имовинско право или којим се против њега имовинско-правни захтеви заснивају, одржавају или обезбеђују. Под губљењем имовинског права треба подразумевати како смањење дужникове активе, тако и повећање његове пасиве услед пропуштања. О материјално-правним и процесним радњама пропуштања изјаснићу се детаљније у даљем излагању.

Законовац је у ставу 3. члана 98. **Закона** прописао и право на побијање правних послова и правних радњи за које постоји извршна исправа или које су предузете у поступку принудног извршења. Одмах се намећу питања како то и када, активно легитимисана лица за побијање (стечајни управник и повериоци) могу побијати правне послове и правне радње за које постоји извршна исправа.

Спорност пре свега представља који то правни послови могу бити предмет побијања. Сматрам, да су то у првом реду правни послови везани за закључење судског поравнања. Процесни институт судског поравнања прописан је у глави XXIV у члановима 322-326. Закона о парничном поступку⁵. Странке у спору могу у току целог поступка пред првостепеним парничним судом закључити судско поравнање. Поравнањем може да се разреши цео утужени материјално-правни однос странака или само његов део. Странке у спору не могу закључити судско поравнање у погледу захтева са којима не могу располагати. То су захтеви прописани у члану 3. став 3. ЗПП, тј. који су у супротности са принудним прописима, јавним поретком и правилима морала. По правили су то располагања која за последицу имају ништавост закљученог судског поравнања, које је по својој правној природи уговор закључен и одобрен пред првостепеним парничним судом. На ту ништавост упућује и одредба члана 103. став 1. Закона о облигационим односима, којом законском нормом је прописано да је уговор који је

⁵ "Службени гласник РС", бр. 125/04

противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима ништав. Процесна норма из члана 325. став 2. ЗПП прописује да је судско поравнање ништаво ако је закључено у погледу захтева којима странке не могу располагати (члан 3. став 3). Судско поравнање се као и сваки уговор побија тужбом. Уколико се поравнање побија у ванстечајном поступку, странке у спору су само парничари који су пред судом закључили поравнање. Супротно томе, побијање поравнања, зарад побијања правног посла стечајног дужника, у смислу већ поменути законске норме могу вршити стечајни управник у име стечајног дужника и стечајни поверилац. Уколико тужбу подноси стечајни поверилац тужени у спору су као нужни и јединствени супарничари странке које су пред судом закључиле поравнање од којих је једна увек стечајни дужник.

Судско поравнање се може побијати и из разлога рушљивости уговора прописаних у члану 111. ЗОО.

Уколико судско поравнање које је утврђено ништавим или поништено није и извршено као извршна исправа из чл. 30. и 31. Закона о извршном поступку⁶, поступак у парници ће се наставити и о захтеву расправити као да поравнање није било ни закључено. Међутим, ситуација је другачија и усложенија уколико је предметно судско поравнање које је у побојној парници утврђено ништавим или поништено и извршено као извршна исправа. Тада треба одлучити о последицама утврђења ништавости или поништења поравнања. Основна правна последица ништавости и поништења је враћање примљеног – повраћај датог, а ако то није могуће или ако се природа оног што је испуњено противи враћању даје се одговарајућа накнада у новцу. Накнада у новцу даје се према ценама у време доношења судске одлуке, уколико закон није што другачије одредио код ништавости, а код поништења према ценама важећим на дан враћања, односно доношења судске одлуке.

Право на враћање услед ништавости и поништења прописано је у члану 104. став 1. и 113. ЗОО.

Ако је извршење на основу ништавог или поништеног поравнања проведено као извршна исправа принудно у поступку извршења по одредбама ЗИП-а, за повраћај извршне тражбине могу се применити одредбе главе V ЗИП-а која у члану 59, 60, 61. и 62. прописује разлоге за противизвршење, по-

⁶ "Службени лист РС", бр. 125/04

ступак по предлогу за противизвршење, решење о противизвршењу и немогућност противизвршења. Чланом 59. став 1. тачка 1. ЗИП-а прописано је да након спроведеног извршења извршни дужник може суду поднети предлог за противизвршење захтевајући да му извршни поверилац врати оно што је извршењем добио ако је извршна исправа правноснажно укинута, преиначена, поништена или на други начин стављена ван снаге. За противизвршење су прописани законски рокови. Пре истека законом прописаних рокова извршни дужник своје потраживање не може да остварује у парничном поступку. Законском нормом прописано је право на противизвршење само за извршног дужника који је по покретању стечајног поступка стекао и правно својство стечајног дужника. С тим у вези поставља се питање може ли неко од стечајних поверилаца уместо стечајног управника који заступа стечајног дужника да поднесе предлог за противизвршење. Сматрам да може. Може због тога што се на конкретну ситуацију примењују одредбе посебног закона тј. Закона о стечајном поступку. Поверилац има активну легитимацију једнаку легитимацији извршног (стечајног) дужника јер и он као и стечајни дужник као поверилац против извршења може да тражи враћање датог у проведеном извршном поступку само у стечајну масу. Зато предлог стечајног повериоца за противизвршење сматрам процесно дозвољеним и у меритуму основаним јер је идентичан предлогу стечајног дужника за противизвршење и са истим правним дејствима. Стечај се у првом реду проводи у циљу заштите интереса поверилаца. Стога, ако поверилац има законом прописано овлашћење да побија правни посао његовог стечајног дужника за који постоји извршна исправа (закључено судско поравнање) он по мом мишљењу има и активну легитимацију да тражи као и стечајни дужник предлогом за противизвршење да се извршна тражбина намирена на основу укинуте извршне исправе врати у стечајну масу. Побиање у стечају има за циљ намирење свих стечајних поверилаца, што подразумева да се правни посао на основу кога је настала извршна исправа, а самим тим и извршна исправа оглашава без дејства према свим повериоцима, а побијана вредност се у целисти враћа у стечајну масу. Противници овако израженог правног става ће посматрајући институт против извршења као право прописано само у корист извршног дужника заступати другачији став по коме право на противизвршење припада само извршном дужнику који је по покретању поступка стечаја постао и стечајни дужник. Притом сматрам да, у ситуацији када стечајни поверилац подноси предлог за противизвршење јер то није учинио нити жели да учини стечајни управник у корист стечајног дужника, смо на терену пропуштања

правне радње која води оштећењу поверилаца који стога имају право да уместо стечајног управника предузму ту правну радњу.

Ако је извршење проведено на новчаним средствима извршног дужник, извршни суд ће на предлог подносиоца предлога за противизвршење одредити наплату затезне камате по прописаној стопи која је код динарских средстава прописана по стопи из Закона о висини стопе затезне камате⁷. Наплата камате одређује се на износ новчаних средстава на којима је извршење проведено почев од дана спровођења извршења па до дана повраћаја средстава.

Уколико се активно легитимисана лица одреде за други правни пут, тј. за повраћај у поступку извршења датог, тада то право остварују тужбом у парничном поступку. Тужбу подносе против извршног повериоца као туженог. Тужбом траже повраћај у извршном поступку намирене извршне тражбине. Ако се тражи повраћај динарских средстава имају право да тужбом траже повраћај главнице са каматом по стопи Закона о висини стопе затезне камате. Међутим, спорност може представљати од када се стиче право на исплату камате. Од када је извршни поверилац као тужени несавестан у смислу члана 214. ЗОО. Нема сумње да је захтев за повраћај главнице основан у смислу члана 210. став 2. ЗОО, јер је новац примљен на основу основа који је касније отпао. Основ који је касније отпао је укинута извршна исправа, чиме је отпао основ за проведено извршење. Право на камату, зависи од чињенице од када је то извршни поверилац несавестан, да ли од дана у извршном поступку наплате новчаних средстава како је то прописано изричитом нормом из члана 60. став 5. ЗИП-а или од дана подношења тужбе. Ради се о фактичком питању које судови при оцени несавесности стицаоца по основу који је касније отпао процењују у сваком конкретном случају. То даље подразумева да стечајни дужник као стицалац права на враћање новчаних средстава која је извршни поверилац стекао по основу који је касније отпао може доћи у неповољнији материјално-правни положај само зато што се определио за другачији правни пут остварења повраћаја новчаних средстава.

ИЗ СУДСКЕ ПРАКСЕ:

1) Тужилац има право на камату на износ неосновано наплаћеног пореза који је скинут са рачуна тужиоца по Уредби о промету производа под посебним условима,

⁷ "Службени лист СРЈ", бр. 32/93, 24/94, 28/96, 9/01

од дана подношења захтева за повраћај неосновано наплаћеног пореза, а не од дана скидања новчаних средстава са рачуна тужиоца, јер су порески органи од доношења наведене уредбе па до њеног стављања ван снаге одлуком Уставног суда, поступали правилно, савесно и законито, а поступање по Уредби која је доцније проглашена незаконитом не представља кршење, већ примену права.

(Из решења Вишег трговинског суда, Пж. 5984/05 од 21. септембра 2005. године)

2) Када је до неоснованог царињења робе дошло пропустом радника царине, тада банка издавалац царинске гаранције има право да, поред враћања гарантоване суме, потражује и затезну камату и то од дана неосноване наплате, а не од дана правноснажности решења којим је поступак наплате царине обустављен, јер пропуст царинског радника указује на несавесност тужене царинарнице у моменту наплате гарантоване суме од тужилачке банке.

(Из пресуде Вишег трговинског суда, Пж. 6010/04 од 24. новембра 2004. године)

3) Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 225/07 од 25.6.2007. године (део изреке и образложења)

"Делимично СЕ УСВАЈА ревизија туженог.

ПРЕИНАЧУЈУ СЕ пресуда Вишег трговинског суда у Београду VI Пж. број 1494/2007 од 7. марта 2007. године и пресуда Трговинског суда у Београду IV П. број 3510/06 од 25. децембра 2006. године тако што се одбија тужбени захтев тужиоца којим је тражио да се обавезе тужени да му исплати на износ од 68.581.369,77 динара камату по стопи прописаној Законом о висини стопе затезне камате почев од 25.6.2003. године до 7.6.2006. године.

Из образложења:

Пресудом Трговинског суда у Београду IV П. број 3510/06 од 25. децембра 2006. године усвојен је тужбени захтев па је обавезан тужени да тужиоцу исплати износ од 68.581.369,77 динара са каматом по стопи прописаној Законом о висини стопе затезне камате почев од 25.6.2003. године до исплате као и да му накнади трошкове парничног поступка у износу од 520.520,00 динара.

Пресудом Вишег трговинског суда у Београду VI Пж. број 1494/2007 од 7. марта 2007. године одбијена је жалба туженог као неоснована и потврђена пресуда Трговинског суда у Београду IV П. број 3510/06 од 25. децембра 2006. године.

Полазећи од овако утврђеног чињеничног стања, нижестепени судови су заључили да на страни туженог постоје елементи института стицања без основа у смислу одредбе члана 210 став 1 Закона о облигационим односима. Нижестепени судови сматрају да се на жиро рачуну туженог налазе новчана средства у износу од 68.581.369,77 динара, који износ представља разлику погрешно пренетог износа и исправног износа, обзиром да је тужилац дана 25.6.2003. године, грешком, по основу рачуна Уџба картица, уплатио у корист рачуна туженог износ од 68.608.230,00 динара

уместо износа од 26.860,23 динара, а који је и био дужан да уплати по основу Уговора број 01-3853 од 15.11.2000. године, као своју уговором преузету обавезу.

Када је у питању право на исплату законске затезне камате по основу стицања без правног основа, нижестепени судови су применили одредбу члана 214 Закона о облигационим односима и тужиоцу досудили законску затезну камату почев од 25.6.2003. године као дана када је на његов рачун грешком од стране тужиоца уплаћен износ од 68.581.369,77 динара. Овако је пресуђено јер су нижестепени судови стадали на правно становиште да је тужени као стицалац несавестан. Несавесност стицалца нижестепени судови виде у повреди одредбе члана 34 став 2 Закона о платном промету ("Службени лист СРЈ" бр. 3/2002, 5/2003, "Службени гласник РС" бр. 43/2004). Наиме, обавеза туженог као клијента банке, биле је према члану 34 став 2 Закона о платном промету следећа: "Клијент мора да води рачуна о извештајима добијеним од банке и да их прегледа, и мора обавестити банку о сваком неслагању или оспоравању дуговања, односно потраживања. Банка ће свако такво неслагање, односно оспоравање или дуговање испитати, обезбедиће релевантне информације које су јој на располагању и тамо где су подаци усклађени и одређени – извршиће потребна усаглашавања и корекције на рачуну." Пошто је стечајни управник туженог имао са знања при ступању на дужност да се наведени износ налази на рачуну стечајног дужника, био је дужан да као законски заступник стечајног дужника утврди основ уплате предметног износа на рачун стечајног дужника. Како то није учинио исти се сматра несавесним почев од дана уплате.

Врховни суд Србије сматра да су нижестепени судови правилно применили материјално право када су усвојили тужбени захтев и на име стицања без основа обавезали туженог да тужиоцу исплати износ од 68.581.369,77 динара на име главног дуга. Ова обавеза туженог темељи се на одредби члана 210 Закона о облигационим односима. За уплату наведеног новчаног износа није било правног основа. Ради се о очигледној погрешци тужиоца који је исплатио туженом недуговано. Пошто нема правног основа за уплату то је тужени правилно обавезан да тужиоцу врати погрешно уплаћен износ од 68.581.369,77 динара.

Међутим, нижестепени судови нису правилно применили материјално право када су тужиоцу на износ главног дуга од 68.581.369,77 динара досудили законску затезну камату за период од дана погрешне уплате тужиоца на рачун туженог до исплате. Нижестепени судови су погрешно применили одредбу члана 214 Закона о облигационим односима. Ради правилне примене ове одредбе било је неопходно утврдити савесност, односно несавесност туженог. Нижестепени судови су закључили да је тужени био несавестан јер се није понашао у складу са одредбом члана 34 став 2 Закона о платном промету. Међутим, Врховни суд Србије сматра да тужени није био несавестан од тренутка погрешне уплате тужиоца на рачун туженог, већ да је постао несавестан моментом утужења тј. 7.6.2006. године. Из навода тужбе и изведених доказа не произилази исправност правног закључка нижестепених судова да је тужени био несавестан од момента пријема погрешне уплате од стране тужиоца на његов жиро рачун. Стога је тужени постао несавестан у тренутку када је тужилац поднео тужбу за повраћај погрешно уплаћеног новчаног износа по основу Уговора о прихватању Yuba новчаних картица од 15.11.2000. године. У вези са тим основано тужени наводи у ревизији да се ни тужи-

лац у овом правном односу није понашао у складу са правним стандардом доброг привредника. И тужилац има истоветну обавезу као и тужени да поступи по одредби члана 34 став 2 Закона о платном промету. У том смислу тужилац је већ од тренутка погрешне уплате морао да зна да је дошло до грешке приликом попуњавања налога за плаћања и да у том правцу реагује, тако што ће без одлагања обавестити своју банку о погрешној уплати, а такође и туженог коме је погрешно уплатио утужени износ. Пошто ни тужилац очигледно није био савестан, не би било правично да му се досуди законска затезна камата за период од дана погрешне уплате па до дана утужења. Нико нема право да из своје несавесности извучи корист за себе."

Уколико је по среди враћање ствари подобних за враћање спорност не постоји. Извршни поверилац је дужан да ствар која му је предата на основу извршне исправе која је укинута врати у стечајну масу, или у поступку противизвршења или на основу извршне исправе издејствоване по тужби из неоснованог обogaћења.

Спорност може настати у случају да враћање није могуће или ако се природа оног што је испуњено противи враћању. Намеће се питање која права у тој ситуацији стоје на располагању стечајном дужнику или стечајном повериоцу. О праву на повраћај код ништавости или поништење прописаног чланом 104. став 1. и 113. ЗОО, већ сам се изјаснио.

У ситуацијама немогућности враћања наступа и немогућност противизвршења прописана чланом 62. ЗИП-а. У овој законској норми прописано је да се предлог за противизвршење неће усвојити ако се тражи повраћај предмета у погледу кога су наступиле такве правне промене да повраћај ствари више није могућ. У тако насталој ситуацији извршни дужник (сада стечајни дужник) и стечајни поверилац могу право на исплату противвредности ствари остварити тужбом у парничном поступку против извршног повериоца. Тужбом којом траже исплату штете настале немогућношћу повраћања ствари коју је извршни поверилац у проведеном поступку извршења добио. Право на исплату противвредности остварују као право на исплату штете прописане чланом 189. став 2. ЗОО.

Побијати се могу и друге правне радње у поступку извршења. Може се побијати решењем извршног судије одређено и дозвољено извршење. Оно се побија приговором трећег лица прописаног у члану 23. ЗИП-а. Лице које тврди да у погледу предмета извршења има право које спречава извршење, може све до окончања извршног поступка изјавити приговор

првостепеном суду, којим тражи да се извршење на том предмету прогласи недопуштеним. То је процесна ситуација у којој предмет извршења не припада извршном дужнику него стечајном дужнику као трећем лицу. Стечајни дужник као треће лице у поступку извршења има процесно овлашћење да поднесе приговор извршном суду који проводи извршење на његовом предмету извршења и да приговором тражи да се извршење на том предмету прогласи недопуштеним. Извршни судија може ако приговор стечајног дужника као трећег лица оцени вероватним, решењем упутити на парницу стечајног дужника против извршног повериоца ради проглашења да је извршење на том предмету недопустиво. Тужбом може бити обухваћен и извршни дужник који оспорава право трећем лицу. Тужба која се подноси је тужба за утврђење из члана 188. ЗПП. Стечајног повериоца такође сматрам активно легитимисаним за подношење приговора трећег лица који подноси уместо стечајног управника који пропушта да поднесе приговор и тиме оштећује повериоце. Активна легитимација стечајног повериоца за подношење приговора и тужбе за недопустивост извршења заснована је на истим разлозима као и већ поменута активна легитимација за поношење предлога за противизвршење. Уколико се тужбени захтев усвоји и пресудом извршење на предмету извршења прогласи недопуштеним, а оно буде проведено наступају разлози за противизвршење прописани у члану 59. став 1. тачка 4. ЗИП-а.

Са истих разлога може се побијати и споразум странака о заснивању заложног права на покретним и непокретним стварима стечајног дужника прописан у члану 268 – 271. ЗИП-а. То зато што потписани записник у коме је утврђеним споразумом странака о постојању новчаног потраживања и времену његовог доспећа са сагласношћу да се уписом заложног права на непокретности извршног дужника, односно да се заснивање заложног права пописом покретних ствари обезбеђује новчано потраживање има снагу судског поравнања. Често је побијање овог споразума у поступцима испитивања пријављених разлучних права на покретним и непокретним стварима стечајног дужника. Пријављена разлучна права може да оспори стечајни управник, а то оспоравање утврђује и стечајни судија закључком о оспореним потраживањима. Активну легитимацију за оспоравање имају и стечајни повериоци који могу оспорити потраживање другог повериоца признато од стране стечајног управника, па и признато разлучно право. Поверилац са пријављеним разлучним правом које му је оспорио стечајни управник подноси тужбу ради утврђења оспореног раз-

лучног права у року од осам дана рачунајући од дана пријема закључка о оспореном различном праву. Исту тужбу мора да поднесе и поверилац који је оспорио различно право другом повериоцу које му је признао стечајни управник, с тим што тужбу мора да поднесе против стечајног повериоца којем је стечајни управник признао различно право и против стечајног дужника као нужних и јединствених супарничара. Овде се ради о посебној врсти побијања као побијања *sui generis*.

ИЗ СУДСКЕ ПРАКСЕ:

Сматрам целисходним да укажем на интересантну ревизијску пресуду у којој је Врховни суд Србије одлучивао о ревизији стечајних поверилаца који су оспорили различно право на непокретностима стечајног дужника, које је различни поверилац стекао на основу споразума различног повериоца као повериоца и стечајног дужника, као дужника у поступку обезбеђења новчаног потраживања повериоца заснивањем заложног права на непокретности дужника прописаног у члану 234. раније важећег савезног Закона о извршном поступку:

"Решењем првостепеног суда Ст. бр. 3/2006 од 22.3.2006. године, покренут је стечајни поступак над друготуженим као стечајним дужником. Првотуженој је закључком стечајног судије признато различно право као право одвојеног намирења у износу од 30.384.275,07 динара. Тужиоци су као стечајни повериоци оспорили признато различно право првотужене као различног повериоца које право јој је признао стечајни управник друготуженог као стечајног дужника. Закључком стечајног судије Ст. бр. 3/2006 од 26.7.2006. године тужиоци су упућени да у остављеном судском и законском року од осам дана тужбом покрену спор ради утврђења да не постоји од стране стечајног управника признато различно право у корист првотужене као различног повериоца. Тужиоци су поступили по закључку стечајног судије и поднели тужбу која је предмет сада ревизијског одлучивања.

На основу тако утврђеног чињеничног стања које је међу странкама и неспорно правноснажно је одбијен тужбени захтев.

Првостепени суд тужбени захтев одбија са разлога што је првотужена различно право засновала на извршној исправи – решењу Општинског суда у Зрењанину И. бр. 1732/2004 од 20.7.2004. године. Када се оспори различно право засновано на извршној исправи, тужба за утврђење да не постоји различно право засновано на тој исправи, може се по израженом ставу првостепеног суда заснивати само на разлозима за жалбу против решења о извршењу донетог на основу извршне исправе, из члана 15. став 1. тачка 4. и 8. ЗИП-а. Ти разлози су укидање, поништење или преиначење извршне исправе, на основу које је стечено различно право или престанак потраживања 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 којег потиче извршна исправа, односно, ако је потраживање престало на основу чињенице која је наступила после закљученог поравнања.

Другостепени суд прихвата разлоге првостепеног суда за одбијање тужбеног захтева и истиче да је првотужена разлучно право стекла и на начин прописан чланом 38. Закона о стечајном поступку као поверилац са стеченим заложним правом на стварима или правима у којима се воде јавне књиге или регистри и да је то разлучно право стечено извршењем или обезбеђењем 60 дана пре покретања стечајног поступка, што подразумева да се тужбом неосновано оспорава од стране стечајног управника признато разлучно право на име друготуженог засновано на извршној исправи донето је 20.7.2004. године. Другостепени суд није прихватио ни жалбене разлоге на којима је између осталог засниван тужбени захтев тужилаца указивањем да првотужена није могла стећи разлучно право у смислу члана 232. став 1. Закона о привредним друштвима. У вези са применом члана 232. став 1. Закона о привредним друштвима, другостепени суд изражава правни став да је Закон о привредним друштвима донет по настанку извршне исправе, па стога та законска норма не може спендовати права стечена правоснажном судском исправом, све док постоји исправа.

Тужиоци и у ревизијском као и у жалбеним разлозима оспоравају изражене правне ставове нижестепених судова, указивањем да су они резултат погрешне примене материјалног права и следом тога погрешног одлучивања о њиховом тужбеном захтеву. Супротно тим ревизијским разлозима, ревизијски суд прихвата изражене правне ставове нижестепених судова и разлоге за одбијање тужбеног захтева тужилаца.

Тужени у спору и то првотужена као поверилац и друготужени као дужник су у смислу члана 233. раније важећег савезног Закона о извршном поступку затражили од суда да одреди и спроведе упис заложног права на непокретностима дужника, односно да одреди и спроведе попис покретних ствари дужника ради обезбеђења новчаног потраживања првотужене као повериоца заснивањем заложног права на непокретној или покретној ствари дужника. Месно и стварно надлежни Општински суд у Зрењанину је одредио рочиште по предлогу и споразуму странака и решењем И. бр. 1732/2004 од 20.7.2004. године утврдио и прихватио споразум странака о постојању потраживања повериоца – првотужене са означеним роком доспећа и сагласношћу дужника – друготуженог да се на покретним и непокретним стварима које су ближе означене конституише заложно право. У решењу је означено да решење има значај решења о обезбеђењу. Потписани записник о споразуму странака пред надлежним Општинским судом у Зрењанину у смислу члана 234. став 2. раније важећег савезног Закона о извршном поступку има снагу судског поравнања. То подразумева да представља извршну исправу из члана 16. и 17. раније важећег извршног закона и чл. 30. и 31. сада важећег републичког Закона о извршном поступку. На основу поменутог решења Општинског суда у Зрењанину у теретном "Г" листу непокретности друготуженог као стечајног дужника је 7.2.2005. године укњижено заложно право у износу од 20.930.553,53 динара са законском каматом у корист првотужене. Ревиденти управо указују на моменат извршеног уписа заложног права у теретни "Г" лист непокретности. Упис заложног права сматрају конститутивним елементом за стицање тог права и то није ни спорно. Заложно право је и код постојања извршне исправе – судског поравнања из члана 234. став 2. а у смислу члана 230. став 1. раније важећег савезног За-

кона о извршном поступку стицано уписом тог права у јавну књигу, а у спору странака конкретно у теретни "Г" лист непокретности друготуженог. Међутим, ревиденти превиђају чињеницу постојања одредби из специјалног закона. Закона о стечајном поступку. Закона којим је прописан начин стицања различног права. Права одвојеног намирења. Првотужена је као различни поверилац у покренутом поступку стечаја над друготуженим као стечајним дужником на законом прописан начин стекла различно право. Стекла га је на начин прописан чланом 38. Закона о стечајном поступку. Друготужена би то право у поступку стечаја стекла и да заложно право у моменту покретања поступка стечаја није било уписано у теретни лист непокретности друготуженог. Стекла би га по члану 73. став 3. тог закона. Уписивањем у теретни лист непокретности по покретању поступка стечаја на основу решења стечајног судије а на основу признатог и пријављеног различног права друготужене као различног повериоца. То подразумева, да ревиденти неосновано сматрају да је одредба у члану 232. став 1. Закона о привредним друштвима ("Службени гласник РС", бр. 125 од 22.11.2004. године) који је на правну снагу ступио 30.11.2004. године, дакле пре 5.2.2005. године када је уписано заложно-хипотекарно право, искључила право првотужене на стицање заложног – хипотекарног права и следом тога по покретању поступка стечаја над стечајним дужником као хипотекарним дужником различног права. Саме те чињенице не значе да је првотужена као заложни – хипотекарни поверилац и акционар друготуженог у поступку стечаја изгубила статус различног повериоца и следом тога изгубила право на одвојено намирење на коме је стечено заложно – хипотекарно право. У ситуацији супротног уређења идентичног правног односа законским прописима исте правне снаге, сукоб закона решава се применом правила *lex specialis derogat lege generali*. Одредба члана 38. Закона о стечајном поступку има специјални правни статус у односу на одредбу члана 232. став 1. Закона о привредним друштвима. Различно право стечено по одредбама специјалног закона у коме се врши признање и реализација тог права искључује примену другог општијег закона који остварење тог права прописује на другачији начин. Специјални закон, а то је овде Закон о стечајном поступку, дерогира други општији закон, тј. Закон о привредним друштвима."

Пресуда Врховног суда Србије у Београду, Прев. бр. 337/07 од 4.3. 2008. године

Предлог новог Закона о стечајном поступку као и важећи Закон садржи у себи посебно VIII поглавље:

"Побијање правних радњи стечајног дужника"

Правни институт побијања прописан је у једанаест законских одредби у члановима 119-130.

У предлогу новог Закона у члану 119. прихваћене су у целости одредбе из члана 98. садашњег Закона.

Побијање преноса и прелаза потраживања или обавезе

Чланом 37. став 1. ЗИП-а прописано је да се извршење одређује и на предлоге и у корист лица које у извршној исправи није означено као извршни 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 правноснажном односно коначном одлуком донесеном у парничном, односно управном и прекршајном поступку. Пренос потраживања из извршне исправе је правни посао промене повериоца настао уговором о уступању потраживања (цесијом) прописаним чланом 436. став 1. ЗОО. Пријемник потраживања из извршне исправе је активно легитимисан да на основу уговора о уступању потраживања и извршне исправе поднесе предлог за извршење као извршни поверилац. Извршни судија на основу уговора и извршне исправе, поштујући начело формалног легалитета из члана 7. ЗИП-а је дужан да донесе предложено решење о извршењу. Ако је уступилац потраживања из извршне исправе стечајни дужник, а тим уступањем се као правним послом повређују интереси поверилаца намеће се питање како и на који начин се побијање може извршити и ко има право на побијање. Процесну легитимацију за изјављивање жалбе против решења о извршењу донетом на основу уговора о уступању потраживања и извршне исправе има само дужник из извршне исправе који је дужник и у извршном поступку. Ово подразумева да стечајни дужник као уступилац потраживања и други повериоци стечајног дужника немају процесну легитимацију за изјављивање жалбе. У жалбеном поступку могу да се појаве само као умешачи на страни дужника и да у том својству у складу са одредбама члана 208-210. ЗПП изјаве жалбу.

Побијање уговора о уступању потраживања и следом тога и на основу њега одређеног и дозвољеног извршења могу да ураде тужбом којом у зависности од околности и разлога побијања могу да траже да се уговор о уступању потраживања утврди ништавим или поништи или огласи без правног дејства према стечајној маси, а решењем одређено и дозвољено извршење недопуштеним. Примерак тужбе достављају извршном судији са предлогом за прекид поступка до окончања започете парнице. Разлози за побијање морају бити засновани на одредбама **Закона**.

ИЗ СУДСКЕ ПРАКСЕ:

1) И уговор о цесији је правни посао који се може побијати у стечају.

Из образложења:

Другостепени суд не прихвата гледиште првостепеног суда да уговор о цесији не представља правну радњу дужника која се може побијати у стечајном поступку. Према члану 112. став 1. Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији, повериоци, као и стечајни дужник, могу побијати правне радње које је дужник учинио у последњих годину дана пре отварања стечајног поступка, ако се тим радњама ремети равномерно намирење поверилаца (оштећење поверилаца) или ако се њима неки повериоци стављају у равноправан положај (погодавање поверилаца) и ако је друга страна знала или морала знати за неповољно економско-финансијско стање дужника. Што вреди за остале правне послове, важи и за цесију, па је, у конкретном случају, ваљало испитати солвентност дужника у време закључења уговора о цесији и, по том, околност да ли је тужени – прималац уступљеног потраживања – знао или могао знати да је дужник у тешким економским приликама.

(Из решења Вишег привредног суда у Београду, Пж. 1200/93 од 28. априла 1993. године)

Налазим за целисходно да цитирам изреку и делове образложења доле поменутог решења донетог по страначком захтеву за заштиту законитости, а у вези са недозвољеним уступањем потраживања из извршне исправе.

2) "УСВАЈА СЕ, захтев за заштиту законитости извршног дужника, подигнут против решења Трговинског суда у Београду И. бр. 741/06 од 7.3.2006. године и Вишег трговинског суда са седиштем у Београду I Иж. -1381/06 од 19.7.2006. године, УКИДАЈУ решење Трговинског суда у Београду И. бр. 741/06 од 7.3.2006. године и решење Вишег трговинског суда са седиштем у Београду I Иж. 1381/06 од 19.7.2006. године и предмет враћа првостепеном суду на поновно одлучивање.

Из образложења:

Предлогом за дозволу извршења, извршни поверилац (поверилац) тражи да првостепени суд као извршни суд одреди и дозволи извршење на основу извршне исправе – пресуде трговинског суда, одузимањем од извршног дужника (дужника) 589.787 литара дизел горива "Д-2" и обавезе дужника на трошкове извршног поступка.

Активну легитимацију за подношење предлога за извршење поверилац заснива на уговору о уступању потраживања који је закључио са повериоцем из извршне исправе ХК "Д.К." из Л., као уступиоца који је повериоцу као пријемнику потраживања уступио досуђено потраживање према дужнику у количини од 589.787 литара

дизел горива "Д-2". Уговор о уступању потраживања приложен је уз предлог за дозволу извршења.

Решењем првостепеног суда И. бр. 741/06 од 7.3.2006. године одређено је и дозвољено предложено извршење одузимањем од дужника 589.787 литара дизел горива "Д-2" и обавезивањем дужника на исплату трошкова извршења у износу од 278.000,00 динара.

Према стању у извршном спису поверилац из извршне исправе – пресуде првостепеног суда од 28.6.2005. године је досуђену количину од 589.787 литара дизел горива "Д-2" уступио пријемнику потраживања. Пријемник потраживања је на основу закљученог уговора о уступању потраживања од 16.2.2006. године стекао својство повериоца из извршне исправе и тиме и активну легитимацију за подношење предлога за одређивање и дозволу извршења одзимањем од дужника предметног дизел горива.

Уступање је извршено без накнаде. Поверилац из извршне исправе – уступилац потраживања из уговора о уступању потраживања је код надлежне Пореске управе – Одељења за принудну наплату која води евиденцију о неизмиреним обавезама инсолвентан непрекидно почев од 27.11.1998. године. Евидентирано стање инсолвентности на дан 8.3.2006. године износи 10.748.789,44 динара. Непрекидно стање инсолвентности на дан 8.3.2006. године износи 2.659 дана.

Уколико је стање инсолвентности онакво каквим га приказује дужник у жалбеним разлозима и подигнутом захтеву за заштиту законитости, онда је под сумњом изражени правни став другостепеног суда да то стање инсолвентности није од утицаја на уступање потраживања од стране повериоца из извршне исправе као уступеоца потраживања. Другостепени суд се не изјашњава да ли је законска норма из члана 46. Закона о платном промету императивне природе или није. Да ли се њоме забрањује повериоцу из извршне исправе као уступеоцу потраживања да своје потраживање из извршне исправе уступи сада извршном повериоцу у поступку извршења, у ситуацији када је он непрекидно неспособан за плаћање 2.659 дана са стањем инсолвентности до 8.3.2006. године. У зависности од правне природе поменуте законске норме, и да ли уступилац потраживања – поверилац из извршне исправе може измиривати обавезе по основу асигнације и цесије у ситуацији када на тај дан има неизмирене обавезе евидентирание код банке за правну ваљаност диспозитивног располагања закљученог уговора о уступању потраживања битно је да ли забрана уступања важи и за бестеретно уступање неновчаног потраживања, јер ако она важи и за бестеретно уступање неновчаног потраживања онда уговор о уступању потраживања као правни посао не би био дозвољен. Такав уговор био би супротан закону – *contra legem*. Противан члану 46. Закона о платном промету. Та противност би га чинила ништавим. Ништавим у смислу члана 103. став 1. Закона о облигационим односима. Уступање потраживања које је противно принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима, има за правну последицу ништавост уговора о уступању потраживањима. Отуда тако уговорени правни посао не производи правна дејства. Из ништавог правног посла не могу настати субјективна права и обавезе. На ништавост се може позвати свако заинтересовано лице у смислу члана 109. Закона о облигационим односима. Ништав је и уговор у коме не постоји основ или је основ недопуштен, што јасно произилази из члана 52. Закона о облигационим односима.

Ништави су и уговори закључени са недопуштеном побудом, која је битно утицала на одлуку једног уговарача да закључи уговор, а ако је то други уговарач знао или морао знати. Ако је посао добротин и без накнаде, не тражи се да је поклонопримац знао да је недопуштена обавеза битно утицала на одлуку његовог сауговарача, што јасно произилази из члана 53. став 3. ЗОО.

Побијају се диспозитивне радње уговорника из уговора о уступању потраживања. Диспозитивне радње које су до душе урађене пре покретања извршног поступка. На основу тих уговорних радњи за које дужник основано у подигнутом захтеву за заштиту законитости указује да су то радње супротне закону, противних јавном поретку, принудним прописима и добрим обичајима, пријемник потраживања је на основу ништавног правног посла стекао својство извршног повериоца у започетом поступку извршења. Уколико су те диспозитивне радње ништаве онда оне не производе правно дејство. Не могу уживати судску заштиту. Њима се повређује закон. Тако недозвољено диспозитивно располагање може се у конкретном случају побијати подигнутим захтевом за заштиту законитости. То захтевају начела правне сигурности и заштите јавног поретка. Усвајањем захтева за заштиту законитости суд не прекорачује границе поменутих процесних норми. Не прекорачује их тиме што не пружа правну заштиту диспозитивним радњама које представљају недозвољена располагања учињена пре покретања извршног поступка, а на основу којих је извршни поверилац покренуо извршни поступак и стекао својство повериоца у том поступку. Примена поменутих процесних норми на којима је заснован захтев за заштиту законитости заснована је у смислу већ изнетог на општим начелима која у себи садржи Закон о парничном поступку. Та начела прописана су у члану 2. став 1., члану 7. став 3, члану 9. ст. 1. и 3. ЗПП. Из наведених норми произилазе процесна начела која прописују право странкама на закониту, једнаку и правичну заштиту својих права, овлашћења суда да путем истражног начела проводи и доказивања из којих произилази да странке располажу захтевима којима не могу располагати (члан 3. став 3), да странке морају савесно да користе права која су им призната процесним законом и да је суд дужан да спречи сваку злоупотребу права која странкама припадају у поступку. Поменута начела процесног права, те општа начела која оквирно важе и у процесном закону попут начела правичности, савесности и поштења представљају корективни фактор који даје суду слободу да применом поменутих процесних норми не дозволи диспозитивне радње и располагања из уговора о уступању потраживања. При том се мора поћи и од циљног тумачења процесне норме. Суд не може бити само аутоматизовани примењивач законске норме и отуда суд путем дозвољене интерпретације поменуте процесне норме мора да је приведе правичном решењу, чиме суд изражава независност од нормативне снаге тако прописане процесне норме. При том се не повређује начело легалитета, у потпуности постиже сврха праведног права, а и у потпуности испољава принцип забране злоупотребе права који се у нашем правном систему изражава и кроз дефиницију: "Треба забранити свако вршење права које има искључиво за намеру да другоме проузрокује штету."

Следом реченог испуњени су процесни услови за усвајање захтева за заштиту законитости из члана 361. став 2. тачка 5. ЗПП, који за процесну последицу има укидање захтевом за заштиту законитости побијаног првостепеног и другостепеног решења.

У поновљеном поступку извршни судија првостепеног суда ће на несумњив начин од Народне банке Србије, Одсека за принудну наплату по седишту уступеоца потраживања прибавити извештај да ли је уступилац потраживања – поверилац из извршене исправе инсолventан, а ако јесте од када је инсолventан, да ли је стање инсолventности непрекидно, постоји ли оно и на дан достављања извештаја и колико износи стање инсолventности на дан достављања извештаја. Уколико је поверилац из извршене исправе – уступилац потраживања инсолventан, утврдиће да ли је он као такво неликвидно правно лице могао бестеретно располагати неновчаним потраживањем из извршене исправе, уступањем тог неновчаног потраживања извршном повериоцу као пријемнику потраживања из уговора о уступању потраживања. Затим ће утврдити да ли забрана из члана 46. Закона о платном промету има обавезујући карактер у смислу императивне норме а ако има да ли је поверилац из извршене исправе могао да уступи своје неновчано потраживање према пријемнику потраживања у извршном предмету извршног повериоца. У зависности од утврђених наложених чињеница и заузетог правног става извршни судија ће поново одлучити о жалбеним разлозима ценећи при том да ли је пренос и прелаз потраживања учињен у смислу члана 37. Закона о извршном поступку правно дозвољен, ужива уговор о уступању потраживања, судску заштиту те да ли је потраживање прешло на извршног повериоца у смислу члана 15. став 1. тачка 11. ЗИП-а. У зависности од тих чињеница зависи и постојање активне легитимације извршног повериоца за подношење предлога за извршење заснованог на уговору о уступању потраживања."

*Решење Врховног суда Србије у Београду, Спзз. 15/07
од 22.2.2007. године*

Побијање процесних правних радњи

Предмет побијања могу бити и правне радње као процесне радње на основу којих је донета пресуда на основу признања, пресуда на основу одрицања и пресуда због пропуштања (члан 336, 337. и 338. ЗПП). Уколико је стечајни дужник признао неоснован тужбени захтев са којим није могао располагати, а то признање се негативно рефлектује на имовину стечајног дужника у смислу отежавања намирена или пак положаја стечајних поверилаца, тужбом се може побијати радња признања тужбеног захтева. Побијати се може и радња стечајног дужника којом се он као тужилац у парничном поступку без основа одрекао тужбеног захтева на штету своје имовине, а којим одрицањем се отежава намирена или погоршава положај стечајних поверилаца. Парнична радња пропуштања подношења одговора на тужбу услед чега је донета пресуда због пропуштања може бити предмет побијања, ако је то учињено у циљу поговорања тужиоцу, а противно интересу стечајног дужника и следом тога и стечајних поверилаца. Може се побијати пропуштање стечајног дужника као тужиоца

да иако уредно позван приступи на судско рочиште које је за последицу имало доношење решења из члана 296. став 2. ЗПП којим се тужба сматра повученом. Пропуштањем стечајног дужника као стечајног повериоца да поднесе пријаву потраживања у поступку стечаја над стечајним дужником у односу на кога је он стечајни поверилац је пропуштена правна радња која се тужбом може побијати. Може се побијати и пропуштена правна радња подношења тужбе за утврђење да не постоји од стечајног управника признато потраживање стечајном повериоцу које је стечајни дужник као стечајни поверилац оспорио, а пропустио да тужбу поднесе у законском року, услед чега је наступила законска презумпција, да је потраживање које је оспорио утврђено. Пропуштање дужника да прекине застарелост или одржај, да подигне протест такође може бити предмет побијања.

Мериторна судска одлука такође може бити предмет побијања, али само из ограничених разлога (разлога прописаних у члану 15. став 1. тачка 8. ЗИП-а). Ти законом прописани разлози су да је потраживање престало на основу чињенице која је наступила после извршности одлуке или пре тога, али у време кад извршни дужник то није могао да истакне у поступку из код потиче извршна исправа, односно ако је потраживање престало на основу чињенице која је наступила после закљученог поравнања. Са других разлога се мериторна судска одлука не може преиспитивати у смислу доношења другачије судске одлуке, јер би то водило потпуном нарушењу правне сигурности и повреди начела *ne bis in idem*. Само са истих разлога се може побијати пријављено потраживање засновано на извршној исправи које је у поступку испитивања пријављених потраживања неко овлашћен оспорио. Поверилац са оспореним потраживањем из извршне исправе, тужбом тражи да се утврди да постоји његово оспорено потраживање из извршне исправе.

У прилогу "**Из судске праксе**", наведена је сентенца коју сам као судија известилац и председник ревизијског већа написао на основу одлучивања у интересантном ревизијском предмету ВСС, Рев. бр. 1421/06. Ради се о несвакидашњој и реткој чињеничној и правној ситуацији, у којој је у спору за развод брака (у коме се не одлучује пресудом на основу признања) брак странака у спору (супружника), разведен, а тужени отац обавезан да деци плаћа дечије издржавање од подношења тужбе па убудуће у одређеном износу и пропуштено издржавање почев од јуна 1994. до фебруара 2004. године. Пресуда донета у спору за развод брака и исплату

дечијег и пропуштеног издржавања доноси се у току провођења извршења против оца малодобне деце као извршног дужника, а зарад наплате извршне тражбине намирењем из продатог сувласничког дела његове непокретности. На основу пресуде донете у спору за развод брака као извршне исправе деца подносе предлог за извршење против оца као дужника тражећи намирење потраживања из извршне исправе из продатог сувласничког дела непокретности очеве која је претходно већ заплењена и на којој је отпочето извршење намирењем из продајне цене. Како се ради о приоритетним повериоцима са правом на приоритетно намирење, померен је редослед намирења прописан ЗИП-ом услед чега је претходни извршни поверилац дошао у ситуацију да његово раније започето извршење буде осујећено или онемогућено.

ИЗ СУДСКЕ ПРАКСЕ:

Паулијанска тужба (члан 280-285. ЗОО)

Паулијанском тужбом је дозвољено побијати процесно правну радњу која је довела до извршне судске пресуде, ако је та радња могла довести до осујећења намирења извршне тражбине повериоца према дужнику.

Из образложења:

"Предмет спора је тужба за утврђење којом се тражи да се утврди да пресуда Општинског суда у Н.С. нема правно дејство у односу на тужиљу у делу потребном за намирење њеног потраживања у предмету извршења првостепеног суда. Нижестепени судови су о тужбеном захтеву одлучили на основу чињеничног стања које произилази из првостепеног списка и доказа у њему. Утврдили су да је пред првостепеним судом у току поступак извршења по предлогу тужиље као повериоца против првотуженог П.Ј. као дужника. Решење се проводи ради наплате тужиљиних потраживања према првотуженом као дужнику у износу од 45.000,00 динара са каматом почев од 18.10.1999. године па до исплате и парничних трошкова и трошкова извршења са каматама. Намирење извршне тражбине проводи се на сувласничком делу непокретности првотуженог као дужника уписаној у зк. уложак бр. 2384 КО Б.П. – град, парцела 3297/1 од 551м² на којој је сазидана стамбена зграда. У теретном "Ц" листу уписано је провођење поменутог извршења у предмету првостепеног суда И. 45/01. Првостепени суд извршење по предлогу тужиље као повериоца против првотуженог као дужника проводи сада под бројем И. 22/04. Извршење није проведено. Поступак извршења је у току. Општински суд у Н.С. је у току трајања поменутог извршења а по тужби П.М. и малодобног П.Б. (у спору по тужби тужиље друго и трећетужених) против туженог П.Ј. (у спору по тужби тужиље првотуженог) пресудом од 15.3.2004. године обавезао туженог да на име свог дела доприноси за издржавање своје деце у овом спору тужених П.М. и малодобног П.Б., плаћа М. 5.000,00 динара месечно а малодобном Б.

3.000,00 месечно све док за то постоје законски услови. Истом пресудом обавезан је да заостале обавезе од јуна 1994. године па до фебруара 2004. године плати одједном, а будуће рате сваког од првог до десетог у месецу. На основу ове пресуде као извршне исправе деца првотуженог П.Ј. као извршни повериоци подносе предлог за извршење првостепеном суду. Предлогом за извршење траже да се намирење из извршне исправе – поменути пресуде изврши исплатом износа од 936.000,00 динара са законском каматом од дозволе извешња до исплате и трошкова извршења путем намирења на већ поменутом сувласничком делу непокретности П.Ј., њихова оца и туженика и тужилина дужника у извршном поступку. Предложено извршење је одређено и дозвољено решењем првостепеног суда.

Првостепени суд тужбу одбацује са разлога што првостепена пресуда П. бр. 1857/04 од 15.3.2004. године у смислу члана 334. став 2. Закона о парничном поступку производи правно дејство само према странкама у том спору. Како тужила није странка у том спору и пресуда у односу на њу стога не производи правно дејство па отуда нема ни правни интерес за утужење. При том истиче да тужила тужбом заправо покушава да промени редослед намирења из сувласничког дела непокретности првотуженог као дужника противно члану 11. Закона о извршном поступку. Обзиром да се тужбом тражи поступање првостепеног суда у извршном предмету И. бр. 22/04 који није странка у предмету извршења тужба и са тог разлога по оцени првостепеног суда недовољена.

Другостепени суд одбија жалбу тужиле и потврђује поменуто првостепено решење прихватајући разлоге за одбацивање дате у образложењу првостепеног решења и указивањем да се у смислу члана 280. Закона о облигационим односима тужбом може тражити побијање правних радњи туженика, али не и првостепене пресуде која се не може сматрати и правном радњом дужника.

Ревидент у ревизијским разлозима основано оспорава разлоге нижестепених судова на којима је одлучено одбацивањем тужбе као недовољеним. Супротно разлозима нижестепених судова, ревизијски суд сматра да је изражено правно резоновање нижестепених судова погрешно. Без упоришта у материјално-правним и процесним нормама. Није спорно да поменути пресуда производи правно дејство између странака у спору, а то су у овом спору сва три тужена. Међутим, она посредно може производити правно дејство и према тужили. Производи га уколико се поменутом пресудом као извршном исправом угрожава намирење тужиле на потраживању из сувласничког дела непокретности првотуженог, из које непокретности се намирују и друго и треће тужени као повериоци сада заједничког дужника тужиле и друго и трећетуженог у овом спору. На основу пресуде као извршне исправе по самом закону *ex lege* се помера редослед намирења. Друго и треће тужени се по редоследу намирења у смислу члана 163. став 1. тачка 3. раније важећег савезног Закона о извршном поступку и у смислу члана 140. став 1. тачка 2. сада важећег Закона о извршном поступку намирују као повериоци са редоследом намирења пре тужилина намирења. Услед тога, тужила има право на тужбу са тако опредељеним тужбеним захтвом. Право на такво опредељење тужбеног захтева извире из материјално правних норми. Из њеног права на побијање дужникових правних радњи прописаног члана 280-285. Закона о облигационим односима. То подразумева да је тужба дозвољена јер се у су-

штини побијају правне радње дужника које су довеле или би могле довести до доношења пресуде на штету тужиље као повериоца. Судска пресуда као извршна исправа може бити резултирана и недозвољеним располагањима странака, које у суштини имају и неки други сакривени циљ, попут честог циља у парницама усмереним на онемогућавање или осујећење извршења на стварима дужника на којима трећа лица полажу својинска права. То подразумева да је тужба процесно дозвољена а да се о њеној основаности мора одлучивати применом терета доказивања и по проведеном поступку по тужби. Нижестепени судови су на основу погрешно израженог правног става одлучили одбацивањем тужбе, пропуштајући због тога да утврде у меритуму битне чињенице за одлучивање о тужбеном захтеву.

Побијање правних радњи дужника у смислу поменутих одредби из Закона о облигационим односима, подразумева пре свега утврђење да ли намирењем потраживања из извршне исправе поменуте пресуде угрожава намирење тужиљине извршне тражбине из сувласничког дела непокретности дужника. То је прва претпоставка за даље одлучивање о тужбеном захтеву у смислу члана 280. ст. 1. и 2. Закона о облигационим односима. Терет доказивања је на тужиљи. Уколико се утврди да се из предметне непокретности по намирењу приоритетних повериоца из Закона о извршном поступку, а то су у овом спору друго и трећетужени, тужиља не може да се намири делимично или у целости, треба затим утврђивати чињенице везане за доношење извршне исправе која је угрозила тужиљино намирење. Те чињенице би заправо представљале побијање правних радњи тужиљина дужника у спору првотуженог предузетих на штету тужиље као повериоца. У том циљу треба прибавити спис П. бр. 1857/04, извршити увид у исти и на основу њега а по потреби других доказа утврдити да ли је тужиљин дужник у предмету предузимао процесне и фактичке радње (ако је на пример споразумни развод брака) које су могле довести до доношења поменуте пресуде као извршне исправе на штету тужиље као повериоца. При том ће се посебно ценити како и на који начин је тужени у том спору као отац деце пристао и обавезао се да им плати десетогодишње издржавање уназад те припада ли то издржавање деци, или пак некон другом. У том смислу треба посматрати услове побијања и ценити их у вези са чланом 281. ст. 1. и 2. Закона о облигационим односима. Пасивну легитимацију тужених првостепени суд ће утврђивати у смислу члана 283. став 2. ЗОО."

(Решење Врховног суда Србије, Прев. 1421/06 од 28.6.2006. године)

Уобичајено намирење

Члан 99.

Овом законском нормом прописано је да се може побијати правни посао или друга правна радња учињена у последња три месеца рачунајући од дана подношења предлога за покретање стечаја, а када се ради о уобичајеном намирењу (намирењу којим се једном повериоцу пружа обезбеђење или даје намирење на начин и у време које је у складу са садржином његовог права). Побијање се може вршити ако је у време када је правни

посао или правна радња предузета стечајни дужник био неспособан за плаћање, а поверилац је то знао или морао знати.

Правни посао или друга правна радња уобичајеног намирења могу се побијати и када су предузети после подношења предлога за покретање стечајног поступка, ако је поверилац знао или је морао знати да је стечајни дужник неспособан за плаћање, или је знао да је стављен предлог за покретање стечајног поступка.

Код права на побијање уобичајеног намирења спорно је само да ли је поверилац знао или морао знати да је стечајни дужник неспособан за плаћање или да је стављен предлог за покретање из стечајног поступка. Од успешности доказивања тих фактичких чињеница зависи одлука о тужбеном захтеву. То су чињенице битне за одлучивање о тужбеном захтеву и оне су резултиране теретом успешног доказивања и на основу тог доказивања проведене оцене доказа. Законодавац свестан тежине тог доказивања покушава да појасни и упути на знање или морање знања повериоца из уобичајеног намирења и у ставу 3. ове законске норме прописује:

"Сматраће се да је поверилац знао или морао знати за неспособност плаћања стечајног дужника или за предлог за покретање стечајног поступка, ако је знао за околности из којих се на несумњив начин може закључити да постоји неспособност плаћања, односно да је стављен предлог за покретање стечајног поступка."

Сматрам да се таквим прописивањем не помаже разрешењу проблема везаног за знање или морање знања способности за плаћање и покретање стечајног поступка. Законодавац тако прописаном законском нормом усложњава чињенице битне за пресуђење уместо да их поједностављује. Стога сматрам да је тако прописана норма била сувишна. Законом прописана реч "**морао**", је императивна и отвара даљу дилему која тражи одговор на питање која је то ситуација у којој је поверилац уобичајеним намирењем то морао знати.

Мислим, да се законом прописано знање или морање знања инсолвентности дужника или да је знао да је поднет предлог за покретање стечајног поступка, као услов за побијање уобичајеног намирења, не би могло разрешити ни применом основних начела из члана 18. и 21. Закона о облигационим односима, којима је прописано понашање у извршавању обавеза и остваривању права и примена добрих пословних обичаја. Упра-

во ова начела захтевају од повериоца уобичајеног намирења да наплати или обезбеди своје потраживање од дужника.

Услови за побијање теретног располагања прописани су у члану 281. с. 1. и 2. Закона о облигационим односима у тексту који гласи:

"1) Теретно располагање може се побијати ако је у време располагања дужник знао или могао знати да предузетим располагањем наноси штету својим повериоцима и ако је трећем лицу са којим је или у чију је корист правна радња предузета то било познато или могло бити познато.

2) Ако је треће лице дужников супруг, или сродник по крви у правој линији, или у побочној линији до четвртог степена, или по тазбини тог истог степена, претпоставља се да му је било познато да тужник предузетим располагањем наноси штету повериоцима."

Законодавац је у поменутој законској норми указао на лица за која се претпоставља да су и код теретног располагања могла знати тј. да им је било познато да дужник предузетим располагањем наноси штету повериоцима. За та лица одређује брачног дуга дужникова, сроднике по крви у правој линији, а у побочној линији до четвртог степена сродства и сроднике по тазбини до истог степена сродства. Дакле ради се твз. "повезаним лицима", конкретно повезаним лицима брачном заједницом и степеном крвног и тазбинског сродства. Законска норма која упућује на повезана лица могла би да се примени и на повериоца са уобичајеним намирењем уколико он спада у круг поменутих лица. Ако се пође од те повезаности, повериоци са уобичајеним намирењем "који су знали или морали знати" могу бити и лица која су ортаци стечајног дужника, затим чланови органа управљања или надзора стечајног дужника, лица која због свог посебног положаја – природе посла имају приступ поверљивим информацијама или имају могућност да се упознају са финансијским стањем дужника и акционари са већинским учешћем у капиталу стечајног дужника.

ИЗ СУДСКЕ ПРАКСЕ:

ПОБИЈАЊЕ ПРАВНИХ РАДЊИ И ЗАКОНСКА ПРЕТПОСТАВКА НЕСАВЕСНОСТИ

Законска презумпција, да је поверилац знао или могао да зна за неповољно економско-финансијско стање дужника, оборива је претпоставка, установљена у ко-

рист побијача – тужиоца. Доказивање одсуства намере или непажње терети противника побијања – туженог.

(Из пресуде Врховног суда Србије, Прев. 167/97 од 23. априла 1997. године)

У члану 120. предлога новог **Закона** прихваћена су у целости законска решења из члана 99. садашњег **Закона**.

Предлагач у овој прописаној законској норми додаје и нови став, став четврти који гласи:

"За лице које је било повезано са стечајним дужником у време предузимања правног посла или друге правне радње сматра се да је знало или морало знати за неспособност за плаћање или за предлог за покретање стечајног поступка."

Овако новопрописаном законском нормом ближе се одређују претходно указане дилеме у примени става 1, 2. и 3. законске норме.

Повезаност лица се ближе објашњава у посебној законској норми прописаној у члану 125. под називом "Повезана лица" која гласи:

"Повезаним лицима стечајног дужника у смислу овог Закона сматрају се:

1) директор, члан органа управљања или органа надзора стечајног дужника;

2) члан стечајног дужника који за његове обавезе одговара целокупном својом имовином;

3) члан или акционар са значајним учешћем у капиталу стечајног дужника;

4) правно лице које стечајни дужник контролише у смислу Закона којим се уређују привредна друштва;

5) лица која због свог посебног положаја у друштву имају приступ поверљивим информацијама или имају могућност да се упознају са финансијским стањем стечајног дужника;

6) лице која је фактички у позицији да врши значајнији утицај на пословање стечајног дужника;

7) лице које је сродник по крви у правој линији без обзира на степен или у побочној линији до четвртог степена сродства, сродник по

тазбини до другог степена сродства или брачни друг физичких лица из тачке 1, 2, 3, 5. и 6. овог члана."

Неуобичајено намирење

Члан 100.

Законодавац у овој законској норми прописује да правни посао или правна радња којима се једном повериоцу пружа обезбеђење или даје намирење које он уопште није имао право да тражи или је имао право да тражи али не на начин и у време када је предузет, могу се побијати ако су предузети у последњих шест месеци пре подношења предлога за покретање стечајног поступка. И код ове законске норме ради се о фактичким чињеницама које морају да се докажу како би се на основу њих усвојио тужбени захтев. Тужилац који подноси побојну тужбу мора да докаже да тужени – противник побијања као поверилац неуобичајеног намирења није имао право да тражи намирење или обезбеђење. То су ситуације када се поверилац намирује са непостојећим или потпуно неоснованим потраживањем. Ситуације када му стечајни дужник за таква потраживања правним послом даје обезбеђење – залогу на покретним стварима или хипотеку на непокретностима. Могу то бити и ситуације у којима презадужени дужник уступа своје доспело потраживање из уговора или извршне исправе трећем лицу као пријемнику потраживања.

Неуобичајено намирење је заступљеније у судској пракси, чешће је било предмет побијања што јасно произилази из правних ставова изражених кроз сентенце Врховног суда Србије, Вишег привредног суда у Београду и става израженог кроз ревизијску пресуду Прев. бр. 365/06 од 1.3.2007. године.

ИЗ СУДСКЕ ПРАКСЕ:

1) Претпоставља се да је тужени знао, односно морао знати за неповољно економско-финансијско стање стечајног дужника, ако је своја девизна средства која је орочио код стечајног дужника (тужиоца у побојној парници) подигао пре рока доспелости, а исплата орочених износа није извршена на уобичајени начин у пословници где је раније вршена уплата, већ на другом месту – у трезору тужиоца.

(Из пресуде Врховног суда Србије, Прев. 620/95 од 10. јануара 1996. године)

2) Подизање новца, на неуобичајени начин, од тужиоца (у стечају) представља правну радњу којом су погодовани поједини повериоци у односу на друге повериоце. Повериоци, као и стечајни управник у име стечајног дужника, имају право побијања ових правних радњи које је дужник учинио у последњој години пре дана отварања стечајног поступка.

(Из пресуде Врховног суда Србије, Прев. 439/97 од 15. јула 1997. године)

3) За побијање правне радње, коју је дужник учинио у последњој години пре отварања стечајног поступка, услов је да се ремети равномерно намирење поверилаца, односно да се поједини повериоци стављају у повољнији положај, и претпоставка да је тужени знао или морао знати за неповољно економско-финансијско стање дужника. Овај услов је испуњен када је тужени наплатио потраживање које није доспело.

(Из пресуде Врховног суда Србије, Прев. 24/95 од 7. фебруара 1995. године)

4) Када потраживање није било доспело, а наплата је извршена на неуобичајени начин, несумњиво стоји презумпција субјективног елемента на страни тужених да су знали или морали знати за неповољно економско-финансијско стање стечајног дужника.

(Из пресуде Врховног суда Србије, Прев. 668/98 од 30. децембра 1998. године)

5) Када је тужени наплатио своје потраживање које није доспело (подигао уложене девизне износе), претпоставља се да је знао за неповољно економско-финансијско стање дужника. На тај начин поступио је противно уговору и довео у неповољан положај остале повериоце.

(Из пресуде Врховног суда Србије, Прев. 515/95 од 13. децембра 1995. године)

6) Када су тужени наплатили своје потраживање од тужиоца непосредно пре отварања стечаја, а потраживање није било доспело, тада је испуњен субјективни услов за побијање спорне правне радње, јер се претпоставља да су повериоци (тужени) у таквој ситуацији знали и морали знати за неповољно економско-финансијско стање дужника, тј. тужиоца.

(Из пресуде Врховног суда Србије, Прев. 553/95 од 10. јануара 1996. године)

7) Тужена банка као специјализована финансијска организација знала је, односно морала је знати за неповољно финансијско стање стечајног дужника – друге банкарске организације, као тужиоца у побојној парници, ако је наплату свог потраживања извршила осам дана пре покретања поступка за утврђивање услова за отварање стечаја над банком – тужиоцем.

(Из пресуде Вишег привредног суда у Београду, Пж. 4059/94 од 26. октобра 1994. године)

8) Врховни суд Србије у Београду је у ревизијској пресуди Прев. бр. 365/06 од 1.3.2007. године изразио исти први став као став изражен у сентенци из пресуде Вишег привредног суда у Београду Пж. бр. 4059/94 од 26.10.2004. године, поменутој под тачком 7. У овом ревизијском предмету тужена банка као противник побијања је своје доспело потраживање из уговора о кредиту према тужиоцу у стечају, тј. стечајном дужнику као свом дужнику из кредитног односа наплатила на неубичајени начин. Тужилац у спору – стечајни дужник је био у поступку санације са предузетим мерама ограниченог располагања уз сагласност савета Агенције за осигурање депозита и санацију банака. У циљу побољшања бонитета је дата сагласност да се огласи продаја пословног простора зарад побољшања ликвидности банке у санацији (сада стечајног дужника) и измирења приоритетних обавеза. Обавеза девизне штедње према грађанима. Тужена банка се на лицитацији појављује као најбољи понуђач и након тога са продавцем сада стечајним дужником закључује уговор о продаји предметног пословног простора. Куповну цену плаћа компензацијом, пребијањем свог доспелог потраживања из уговора о кредиту према продавцу као свом дужнику у овом спору стечајном дужнику. Продајна цена је измирена тако што је пребијено потраживање из уговора о кредиту са продајном ценом. Уговор о продаји је закључен у децембру 2001. године, а стечај над тужиоцем отворен 3.1.2002. године. На основу оваквог чињеничног стања ревизијски суд је изразио став да се ради о неубичајеном намирењу фаворизовањем једног повериоца тј. тужене банке чиме је поремећен редослед намирења осталих поверилаца.

Поменута законска одређења из члана 100. **Закона** у целости су прихваћена сада у члану 121. предлога Закона о стечајном поступку.

Непосредно оштећење стечајних поверилаца **Члан 101.**

Овом законском нормом прописано је:

"Правни посао стечајног дужника којим се повериоци непосредно оштећују може се побијати ако је:

1) предузет у последња три месеца пре покретања стечајног поступка, а у време закључења посла стечајни дужник је био неспособан за плаћање и ако је сауговарач стечајног дужника знао за његову неспособност плаћања;

2) посао закључен после подношења предлога за покретање стечајног поступка, сауговарач стечајног дужника је знао или морао знати да је стечајни дужник неспособан за плаћање или да је стављен предлог за покретање стечајног поступка;

3) у питању предузимања или пропуштања предузимања правне радње стечајног дужника којом он губи неко своје право или због које он то право више не може остварити".

Цитирана законска норма је у ставу 1. тачка 1. и 2. **Закона** у већем делу поистовећена са нормом прописаном у члану 99. ст. 1. и 2. **Закона**. Не знам шта је то непосредно оштећење поверилаца и у чему се оно разликује од оштећења поверилаца насталог уобичајеним намирењем повериоца. Зато у вези са овим одредбама не могу ништа више да кажем осим оног што сам написао у вези са побијањем уобичајеног намирења.

У досадашњем излагању помињао сам већ предузимање или пропуштање правних радњи стечајног дужника којима он губи неко своје право или због којих он то право више не може да оствари. То су већ поменуте правне радње као процесне радње везане за доношење пресуде на основу признања, одрицања и пропуштања решења којим се тужба сматра повученом неподношењем пријаве потраживања у стечајном поступку. То може бити и непротествовање менице, неактивирање банкарске гаранције у року за који је издата, пропуштањем правних радњи за наплату основаног и доспелог потраживања, пропуштања да се поднесе приговор трећег лица или тужба да се извршење на предмету стечајног дужника који у поступку извршења није и дужник, прогласи недопустивим.

Предлогом Закона о стечајном поступку у члану 122. прихватају се решења из члана 101. **Закона**, с тим што се у тачки 1. става 1. рок од три месеца замењује роком од шест месеци. У тачки 3. става 1. **Закона** која се завршава речју у ствари стављена је запета и додата реченица:

"Радња је предузета или пропуштена у последњих шест месеци пре подношења предлога за покретање стечајног поступка."

Предлогом **Закона** прописана су још два става као нова законска решења код непосредног оштећења поверилаца као ставови три и четири и они гласе:

"Сматраће се да је саговорач знао или морао знати за неспособност плаћања стечајног дужника или за предлог за покретање стечајног поступка, ако је знао за околности из којих се на несумњив начин може закључити да постоји неспособност плаћања, односно да је поднет предлог за покретање стечајног поступка."

У случају из става 1. овог члана сходно се примењују одредбе члана 120. став 3. и 4. овог Закона."

Намерно оштећење поверилаца

Члан 102.

Законском нормом је прописано:

"Правни посао, односно правна радња закључени односно предузети у последњих пет година пре подношења предлога за покретање стечајног поступка или после тога, са намером оштећења једног или више поверилаца, могу се побијати ако је сауговарач стечајног дужника знао за намеру стечајног дужника. Знање намере се претпоставља ако је сауговарач стечајног дужника знао да стечајном дужнику прети неспособност плаћања и да се радњом оштећују повериоци."

И код ове законске норме, за успех побојне тужбе треба доказати фактичке чињенице. Код ове побојне тужбе битно је доказати и доложну радњу – намеру стечајног дужника да правним послом или радњом оштети једног или више поверилаца. Притом се знање намере претпоставља ако је сауговарач стечајног дужника знао да стечајном дужнику прети неспособност плаћања и да се радњом оштећују повериоци. Ово даље подразумева да је нужно доказати чињеницу знања о томе. Примера ради могао би то бити правни посао стицања заложног права – хипотеке на непокретности стечајног дужника. Стицањем у ситуацији када задужени стечајни дужник неспособан за плаћање, као хипотекарни дужник сачињава са фиктивним повериоцем уговорну хипотеку ради обезбеђења, а касније и налате непостојећег потраживања обезбеђеног хипотеком.

У члану 123. предлога **Закона**, у идентичном тексту прихваћена су решења из члана 102. **Закона**.

Послови и радње без накнаде или уз незнатну накнаду

Члан 103.

Овом законском нормом прописано је да се правни посао или правна радња стечајног дужника без накнаде или уз незнатну накнаду могу побијати ако су закључени односно предузети у последње две године пре подношења предлога за покретање стечајног поступка. Тако прописана

законска норма је потпуно јасна и не отвара никакве дилеме у њеној примени. Битно је само да је правни посао или правна радња стечајног дужника учињена без накнаде или уз незнатну накнаду. То су лако доказиве чињенице. Правни посао без накнаде у правилу је везан за добротине уговоре. Добротине (лукративни, бесплатни, без накнаде) уговори су они код којих једна уговорна страна не даје никакву накнаду за престације које прима од друге уговорне стране. Сви двострани уговори су и теретни, али сваки једностранни уговор није бестеретан. У заснивању двостраних уговора уговорне стране полазе од начела једнаке вредности давања (члан 15. став 1. ЗОО), а примењују се различита правила тумачења уговора зависно од тога да ли је уговор теретан или добротин (члан 101. ЗОО). У заснивању добротинског уговора за разлику од теретног, значајан је мотив.

ИЗ СУДСКЕ ПРАКСЕ:

1) За успех у спору којим се побија бестеретно располагање дужника није од значаја да ли су стицаоци из тог правног посла знали да се њиме наноси штета повериоцу, већ само чињеница да је таквим располагањем онемогућено повериочево намирње.

(Из пресуде Врховног суда Србије, Рев. 2455/04 од 4. новембра 2004. године) – Билтен Врховног суда Србије бр. 1/2005

2) Када је ствар продата на лицитацији, не може се применити законска претпоставка да је поверилац (купац) знао или морао знати за неповољано економско-финансијско стање дужника (продавца), без обзира што је покренут претходни поступак за утврђивање услова за отварање стечајног поступка над тужиоцем.

(Из пресуде Вишег привредног суда у Београду, Пж. 11247/97 од 10. марта 1998. године)

3) Када је ствар продата на лицитацији лицу које је понудило највишу цену, уговорена и плаћена цена не може се сматрати као бесплатно располагање, а ни као пренос уз незнатну накнаду, па нису остварене претпоставке за побијање правне радње иако је купопродајни уговор закључен непосредно пре отварања стечајног поступка, односно за време трајања претходног поступка.

(Из пресуде Вишег привредног суда у Београду, Пж. 10440/97 од 3. јуна 1998. године)

Законско решење из члана 103. **Закона** прихваћено је у идентичном тексту у ставу 1. члана 124. предлога **Закона** с тим што је рок од две годи-

не замењен роком од пет година. Прописана су и два нова става као ставови два и три и они гласе:

"Не могу се побијати уобичајени пригодни дарови, наводни дарови, као ни дарови учињени из захвалности нити издвајања у хуманитарне сврхе, под условом да су у време када су учињени били сразмерни финансијским могућностиа стечајног дужника и уобичајени за привредну грану којој стечајни дужник припада.

Одрицање од наследства сматра се правном радњом стечајног дужника без накнаде."

Предложено законско решење је целисходно и даје јасну одредницу који послови и радње без накнаде или уз незнатну накнаду се не могу побијати.

Предлогом **Закона** и то у потпуности у идентичном тексту су прихваћена решења из члана 104. **Закона**.

Немогућност побијања Члан 104.

У овој законској норми су јасно набројани правни послови и правне радње који се не могу побијати. Јасна законска норма не захтева потребу за било каквим коментаром или тумачењем. Примењује се онако како гласи. То управо важи за норму прописану у члану 104. **Закона**.

Предлагач **Закона** налази за потешно и да додатно појасни правни институт немогућности побијања прописивањем два нова става као става два и три која гласе:

"Правна радња, односно правни посао који се сматрао уобичајеним, односно неуобичајеним намирењем у смислу овог закона не може се побијати ако је стечајни дужник истовремено или у кратком периоду пре или после извршеног правног посла, односно правне радње примио једнаку вредност у виду противнакнаде од повериоца или другог лица, за чији рачун је извршен правни посао односно правна радња.

Правна радња, односно правни посао који представља уобичајено или неуобичајено намирење поверилаца, односно којим се повериоци непосредно оштећују не може се побијати ако је радња предузета, односно посао закључен:

- 1) пре подношења предлога за покретање стечајног поступка;
- 2) на основу оквирног уговора из члана 82. став 3. овог закона;
- 3) у складу са уобичајеном пословном праксом за извршавање уговора такве врсте."

Радње побијања и странке у поступку побијања Чл. 106. и 107.

Правни посао или правна радња стечајног дужника побијају се тужбом. Правни посао или правна радња стечајног дужника могу се побијати и подношењем противтужбе или приговора у парници у ком случају не важи рок прописан за побијање у члану 98. став 4. Закона, којом законском нормом је прописано да се побијање може вршити од дана отварања стечајног поступка до дана одржавања рочишта за главну деобу стечајне масе. Побијање правног посла стечајног дужника може се учинити и подношењем противтужбе. Као на пример у ситуацији у којој је стечајни дужник правним послом створио обавезу која је предмет утужења. То може бити сваки теретни, па и бестеретни уговор у коме је стечајни дужник преузео једнострану добротину обавезу. Када стечајни дужник као дужник из облигације не изврши своју обавезу, па поверилац из обавезе устане са тужбом којом тражи да суд дужника обавезе на испуњење обавезе, стечајном дужнику као туженом стоји на располагању могућност да процесном радњом подношења противтужбе оспори право повериоца – уговорника као тужиоца у спору на исплату утуженог потраживања или на утужену чинидбу. Уколико је обавеза створена правним послом заснованим на недозвољеном располагању или на разлозима рушљивости уговора, стечајном дужнику стоји на располагању могућност да противтужбом тражи да се утврди да је правни посао на коме је тужбени захтев заснован ништав или да се исти поништи са разлога рушљивости. У таквој ситуацији постоје процесне претпоставке за подношење противтужбе за утврђење из члана 188. ЗПП. Суд о тужбеном и противтужбеном захтеву мора истовремено да одлучи јер су они у конекситету. Ако се усвоји тужбени захтев мора се одбити противтужбени и обрнуто, уколико се усвоји противтужбени такво одлучивање има за последицу одбијање тужбеног захтева. Противтужба се може поднети и у процесној ситуацији у којој тужилац тражи реивиндикационом тужбом да му се преда ствар. У поступку

стечаја реивиндикациона тужба се сматра излучном тужбом. Излучни поверилац није стечајни поверилац већ лице које је на основу свог стварног или личног права има право да тражи да се одређена ствар издвоји из стечајне масе. Излучни поверилац своје право може да оствари у свим судским поступцима и ако устане са тужбом против стечајног дужника којом тражи да се из стечаја излучи ствар која не улази у стечајну масу, стечајном дужнику као туженом стоји на располагању право на подношење противтужбе којом ће тражити да се утврди да је он по неком на закону заснованом правном основу стекао право својине или располагања на ствари која је предмет излучне тужбе и излучења. Суд мора спојити парнице и једном пресудом одлучити о оба захтева, како тужбеном тако и противтужбеном. Тако мора процесно да одлучи јер су захтеви у конекситету и један искључује други. Утужено новчано потраживање засновано на облигацији – уговорном односу у коме стечајни дужник као уговорник није извршио своју уговорну обавезу, стечајни дужник може да оспори и приговором застарелости уколико је за испуњење обавезе протекао законом прописани рок. Усвајање приговора застарелости има за последицу одбијање тужбеног захтева. Приговор застарелости је материјално-правни приговор о коме се не одлучује изреком пресуде, као што се то одлучује изреком пресуде код истакнутог приговора ради пребијања. Стечајни дужник се у парници може бранити и приговорима неиспуњења уговора, прописаних у чл. 122. и 123, приговором немогућности испуњења прописаних у чл. 137. и 138. ЗОО.

Тужиоци који могу поднети побојну тужбу могу бити повериоци и стечајни управник у име и за рачун стечајног дужника. Тужени у спору је лице са којим је стечајни дужник закључио посао или лице према коме је правна радња предузета и њега законодавац означава као противника побијања. Тужени у спору је и стечајни дужник ако у његово име тужбу није поднео стечајни управник. То подразумева када побојну тужбу подноси стечајни поверилац да је подноси против туженог као противника побијања и против стечајног дужника као друготуженог.

Тужба за побијање правног посла или правне радње може се поднети против наследника или другог универзалног правног следбеника противника побијања. Универзални правни следбеници противника побијања који је престао статусним променама, су правни субјекти настали стату-

сним променама или правни субјект који је деобним билансом преузео обавезе противника побијања као свог правног претходника.

Законодавац је прописао да се тужба може поднети и против осталих правних следбеника противника побијања ако је правни следбеник знао за чињенице које представљају разлог за побијање правних послова или радњи његовог претходника. За успешност побијања правног посла или правне радње који је закључен или која је предузета са и према противнику побијања као правном претходнику туженог правног следбеника нужно је доказати чињенице из којих произилази да је правни следбеник знао за разлоге за побијање правних послова или радњи његовог претходника. Ради се о фактичком питању отежано доказивом као и код разлога за претходна законом прописана побијања која захтевају знање или морање знања одређених чињеница.

Када се тужба подноси против правног следбеника коме је без накнаде или уз незнатну накнаду уступљено оно што је стечено правним послом или правном радњом који се побијају, тада није потребно доказивати било какве чињенице у вези са инсолвентношћу дужника нити у вези са оштећењем поверилаца. У таквој чињеничној и правној ситуацији сматра се да је дужник знао да бесплатним располагањем наноси штету повериоцима, док се са друге стране не захтева и да је то кориснику као бесплатном стицаоцу било и познато или морало бити познато. Ради се о необоривим претпоставкама. Корисник бесплатног располагања као противник побијања се не може успешно бранити незнањем за инсолвентност дужника, оштећење поверилаца или подношење предлога за покретање поступка стечаја. И ово побијање врши се и на начин и са разлога прописаних у члану 103. **Закона**, а у вези са побијањем послова и радњи без накнаде или уз незнатну накнаду. Ради се о квази-Паулијанској тужби која обухвата побијање бесплатних располагања инсолвентног дужника која се одликује тиме што тужиоци нису дужни да доказују незнање ни скривљено незнање и то како код дужника, тако и код корисника. Такву строгост законодавац је прописао и у члану 281. став 3. Закона о облигационим односима. Законом прописана строгост према кориснику бесплатног располагања заснива се на начелу да нико не може чинити поклоне на рачун својих поверилаца. Тужилац као побојник правног посла или правне радње који побија бесплатно располагање свог дужника има уместо субјективних момената обавезу да доказује једино да је у питању бесплатно ду-

жничково располагање или само уз незнатну накнаду. За бесплатно располагање, уступање без накнаде или уз незнатну накнаду битне су само те две чињенице које се рефлектују на дужникову имовину. Никакав субјективни елемент попут воља или мотива располагања нити правне природе дела није битан. Бесплатно располагање је далеко шири појам од поклона, јер док је поклон само једна врста уговора у бесплатна располагања потпадају сви двострани и једнострани правни послови у којима је извршено уступање без накнаде или уз незнатну накнаду. Под такве фактичке радње подпадају радње пропуштања, одрицања од права дереликције, уништење хартија од вредности и слично.

Битно је само да бесплатност, односно уступање без накнаде или уз незнатну накнаду треба да постоји у тренутку располагања.

ИЗ СУДСКЕ ПРАКСЕ:

1) Предузеће у стечају активну легитимацију за побијање правне радње црпи из чињенице да је тужени подигао спорне девизне износе који су припадали тужиоцу, без обзира што је тужени закључно уговор о орочењу девизне штедње са трећим лицем – банком, јер се побијају правне радње, а не правни однос.

(Из пресуде Вишег привредног суда у Београду, Пж. 3356/97 од 7. августа 1997. године)

2) Суд неће одбити тужбени захтев ако је пропуштен рок за подношење тужбе за побијање дужникових правних радњи (паулијанске тужбе) или рок за подношење тужбе за побијање правних радњи стечајног дужника, већ ће тужбу одбацити као неблаговремену на основу одредбе из члана 282. став 1. Закона о парничном поступку у коме је прописано да по претходном испитувању тужбе председник већа доноси решење којим се тужба одбацује ако утврди да је тужба поднета неблаговремено, ако је посебним прописима одређен рок за подношење тужбе.

(Из решења Вишег трговинског суда у Београду, Пж. 1776/02 од 3. априла 2002. године)

3) "Тужилац са оспореним правом на излучење пословног простора из стечајне масе, као излучни поверилац подноси тужбу против туженог стечајног дужника и њоме тражи да се утврди да има право на излучење из стечајне масе предметног пословног простора. Пословног простора који је иначе у његовом поседу али је евидентан на имену туженог стечајног дужника. Тужени у спору оспорава тужбени захтев и истовремено подноси противтужбу и евентуалним противтужбеним захтевом тражи да се утврди да је без правног дејства у односу на стечајну масу туженог – противтужиоца уговор о купопородаји пословног простора од 21.6.2002. године и да се обавезе тужилац – противтужени да предметни пословни простор испражњен од лица и ствари врати у стечајну масу туженог-противтужиоца. Нижестепени судови одлучују

тако што усвајају тужбени, а одбијају противтужбени захтев. Незадовољан таквим одлучивањем ревизију против другостепене пресуде изјављује тужени-противтужилац у спору стечајни дужник. Врховни суд Србије је пресудом Прев. 254/07 од 13.9.2007. године одлучио о ревизији туженог-противтужиоца, преиначио нижестепене пресуде у делу одлуке о усвојеном тужбеном и одбијеном евентуалном противтужбеном захтеву и пресудио тако што је као неоснован одбио тужбени захтев тужиоца-противтуженог, усвојио евентуални противтужбени захтев, утврдио да је без правног дејства у односу на стечајну масу туженог-противтужиоца уговор о продаји пословног простора од 21.6.2002. године и обавезао тужиоца-противтуженог да предметни пословни простор испражњен од лица и ствари врати у стечајну масу туженог-противтужиоца.

Наведен је конкретан пример судског одлучивања у сва три степена из члана 106. став 2. Закона у коме је стечајни дужник као противтужилац противтужбом побијао правни посао и као последицу побијања тражио враћање предмета из правног посла у стечајну масу."

Пресуда Врховног суда Србије у Београду, Прев. 254/07 од 13.9.2007. године.

Сматрам целисходним да у тематском раду прикажем постављено ми питање и на њега дат одговор на Петом традиционалном саветовању правосуђа "Вршац 2008":

Питање бр. 26

За побијање правних радњи стечајног дужника овлашћени су у складу са одредбом члана 107. став 1. Закона о стечајном поступку стечајни управник у име и за рачун стечајног дужника и повериоца. Како треба да гласи изрека пресуде по тужби којом се побија правни посао или правна радња стечајног дужника поднета на основу одредбе члана 106. Закона о стечајном поступку.

Одговор:

Радње побијања прописане су чланом 106. Закона. Поменутом законском нормом прописано је да правни посао или правна радња стечајног дужника се побија тужбом. Правни посао или правна радња стечајног дужника могу се побијати и подношењем противтужбе или приговора у парници, у ком случају не важи рок прописан у члану 98. став 4. Закона којом законском нормом је прописано да се побијање може вршити од дана отварања стечајног поступка до дана одржавања рочишта за главну деобу стечајне масе. Петит тужбеног захтева и следом тога изрека пресуде по овој тужби би требали да гласе:

"Утврђује се, да се тужбом побијани правни посао закључен између тужиоца – стечајног дужника и туженог – противника пребијања нема правно дејство према стечајној маси.

Тужени – противник пребијања се обавезује да у стечајну масу у року од 8 дана и под претњом извршења врати сву имовинску корист стечену на основу побијеног правног посла."

Мислим да би било целисходно и да се то прикаже и на једном практичном примеру:

Стечајни дужник је пре покретања поступка стечаја непрекидно дуго инсолвентан. Неспособан за плаћање. Текући рачуни код пословних банака су му блокирани. У таквом стању инсолвентност два и по месеца пре покретања стечајног поступка закључује уговор о продаји непокретности са купцем који према њему има неизмирена и доспела потраживања. Закључује се писмени уговор за чије закључење сагласност даје Управни одбор стечајног дужника као продавца у законом прописаној форми. Потписи уговорача оверавају се код суда а купац плаћа порез на пренос апсолутних права. Уписује се у јавне евиденције као власник купљене непокретности. Уговорници уговарају да се продајна цена која одговара тржишној цени и која је нижа од висине купчевих доспелих потраживања према продавцу измири тако што ће се угасити потраживање купца према продавцу, сада стечајном дужнику, што подразумева да купац не плаћа цену и њему се као цена признаје потраживање према продавцу сада стечајном дужнику. Посед непокретности није предат. У моменту покретања поступка стечаја у поседу је и даље стечајни дужник као продавац. По покретању поступка стечаја купац као излучни поверилац подноси захтев да му се из стечајне масе излучи ствар која не улази у стечајну масу тј. купљена непокретност. Стечајни управник оспорава то право, а стечајно веће одбија приговор против одлуке стечајног управника, којим не одобрава излучење непокретности. Купац као излучни поверилац подноси тужбу за излучење. У спору по тужби за излучење стечајни управник подноси противтужбу. Њоме тражи да се утврди да је уговор о продаји непокретности без правног дејства у односу на стечајну масу и да се изврши повратна укњижба права својине на непокретности са имена купца у спору излучног повериоца у односу на туженог – противтужиоца.

Закључени уговор о продаји непокретности у ствари представља неуобичајено намирење, непосредно оштећење стечајних поверилаца, а и намерно оштећење поверилаца прописаних чл. 100, 101. и 102. Закона. У спору по тужби и противтужби треба пресудити на следећи начин:

"Одбија се, као неоснован тужбени захтев излучног повериоца за излучење купљене непокретности по закљученом уговору између тужиоца – противтуженог као купца и туженог – противтужиоца као продавца.

Утврђује се, да је без правног дејства закључени уговор о продаји непокретности између странака у односу на стечајну масу, па се обавезује тужилац-противтужени као противник побијања да трпи повратну укњижбу права својине на предметној непокретности са свог имена на име тужиоца-противтуженог."

Тужбу за побијање могао је да поднесе и неко од стечајних поверилаца. Тужбу мора да поднесе против оба уговорника купца и продавца као тужени. Петитом тужбеног захтева мора да тражи:

"Утврђује се, већ закључени уговор о продаји непокретности између тужених нема правно дејство према стечајној маси, па се обавезује тужени купац непокретности да трпи повратну укњижбу, укњижбом непокретности у јавним евиденцијама на име туженог продавца – стечајног дужника."

("Питање и одговори", питање бр. 26, стр. 40, 41 и 42)

Предлогом **Закона** су у члану 128. у идентичном тексту прихваћена законска решења из члана 106. **Закона**.

У члану 129. предлога **Закона** прихваћена су решења у идентичном тексту из члана 107. **Закона**, међутим, у ставу 1. додата је нова законска одредница у тексту који гласи:

"Стечајни управник дужан је побијати правне радње увек када оцени да су испуњени услови за подношење тужбе, без обавеза прибављања сагласности одбора поверилаца."

Овако прописана законска норма је целисходна и рационална. Императивне је природе и даје независност стечајном управнику у дискреционом одлучивању потребе за подношењем побојне тужбе. У досадашњој судској пракси дешавало се да заинтересована лица из одбора поверилаца недозвољавају – не дају сагласност стечајном управнику за подношење побојне тужбе из разлога што би се њоме осујетили интереси тих поверилаца.

Дејства побијања Члан 108.

Законодавац је у овој законској норми прописао да ако захтев за побијање правног посла или друге правне радње буде правноснажно усвојен, побијани правни посао односно правна радња немају дејства према стечајној маси, а противник побијања је дужан да у стечајну масу врати сву имовинску корист стечену на основу побијаног посла или друге радње. Притом, противник побијања пошто врати прописану имовинску корист има право да остварује своје противпотраживање као стечајни поверилац. Намирење у својству стечајног повериоца подразумева обавезу подношења пријаве потраживања и остварење права на намирење из стечајне масе на начин прописан **Законом**. Противник побијања као стечајни поверилац своја противпотраживања остварује као претрпљену накнаду штете услед неизвршења уговора од стране стечајног дужника. Тиме он

долази у незавидан положај и у ризик могућег ненамирења из стечајне масе, обзиром да се намирује као поверилац из последњег исплатног реда.

ИЗ СУДСКЕ ПРАКСЕ:

1) Када се тражи поништај уговора о купопродаји у поступку побијања правних радњи стечајног дужника, суд није овлашћен да поништава уговор у целини са дејством према трећим лицима, већ утврђује да је уговор без правне важности само према стечајној маси.

(Из пресуде Врховног суда Србије, Прев. 440/96 од 30. октобра 1996. године)

2) У стечајну масу имовинске користи је дужан да врати онај који их је побијеном радњом стекао.

(Из пресуде Вишег трговинског суда, Пж. 6477/03 од 10. децембра 2003. године)

Дејства побијања прописана у члану 108. Закона прихваћена су у целости и у члану 130. предлога Закона с тим што се у ставу другом који се завршава речима "као стечајни поверилац", после речи "поверилац" додају речи у тексту који гласи:

"Подношењем накнадне пријаве потраживања."

У новопрписаној законској норми јасно се одређује на који начин поменути стечајни поверилац остварује своје право на намирење у стечајном поступку.

Побијање процесних правних радњи стечајног дужника у судској пракси трговинских судова

У делу тематског рада под насловом: "**Побијање процесних правних радњи**", написаног на страни 15 и 16 изјаснио сам се и о томе да предмет побијања могу бити и правне радње као процесне радње на основу којих је донета пресуда на основу признања, пресуда на основу одрицања и пресуда због пропуштања. Указао сам и на друге процесне правне радње које могу бити предмет побијања попут процесних радњи пропуштања.

Мислио сам да не постоји дилема у вези са могућношћу побијања поменутих процесних радњи у судској пракси трговинских судова. Међутим, по завршетку тематског рада, поступајући у предмету овог суда Спзз.

14/09 уверио сам се у супротно. Уверио сам се у озбиљну дилему која је присутна код трговинских судова. Уверио сам се и у различито одлучивање трговинских судова у идентичним процесним ситуацијама по тужбама стечајног дужника као тужиоца над којим је решењем Трговинског суда у Новом Саду Ст. бр. 2/07 покренут поступак стечаја. Стечајни дужник је као тужилац, првостепеном суду поднео више побојних тужби зарад побијања правних радњи стечајног дужника. По тужбама се у идентичним процесним ситуацијама неједнако одлучује. Стечајни дужник - тужилац у захтеву за заштиту законитости против решења Вишег трговинског суда са седиштем у Београду Пж. бр. 5205/2008 од 21.7.2008. године указује на неједнако одлучивање у идентичним процесним ситуацијама:

1) Пресудом првостепеног суда пословни број V П. бр. 1584/2007 од 22.4.2008. године, делимично је усвојен тужбени захтев и утврђено да је без правног дејства према стечајној маси АД "А... Е...", изјава о признању тужбеног захтева који је П.З. у својству пуномоћника АД "А...Е...", а по овлашћењу генералног директора дала у поднеску достављеном у предмету П.1 - 15/07 Општинског суда у Новом Саду, а на основу које је донета пресуда на основу признања бр. П.1-15/07 од 23.2.2007. године, којом је у целости усвојен тужбени захтев тужиоца С.Д. ради исплате износа од 240.000,00 динара са утуженим каматама.

Одлучујући о жалби туженог, Виши трговински суд са седиштем у Београду, решењем Пж. бр. 5205/2008 од 21.7.2008. године, укида поменутому првостепеном пресуду у делу у коме је делимично усвојен тужбени захтев и одбацује тужбу са захтевом који је усвојио првостепени суд.

Првостепени суд је усвојио тужбени захтев зато што је тужилац у предмету Општинског суда у Новом Саду П. 1-15/07 у време подношења тужбе обављао послове директора код туженог (сада стечајног дужника и тужиоца пред првостепеним судом). Као директор тужиоца имао је сазнање о лошој финансијској ситуацији сада стечајног дужника који радницама није исплаћиво зараде у последњих неколико година и да је рачун сада стечајног дужника био стално у блокади за све време док је он био директор па и раније. Тужилац у предмету општинског суда, а у побојној тужби тужени је као директор имао сазнања и о томе да је покренут претходни поступак, да је именован привремени стечајни управник стечајном дужнику. Са свих тих разлога првостепени суд усваја тужбени захтев зато што је изјава о признању тужбеног захтева дата у намери оштећења оста-

лих поверилаца. Првостепени суд се истовремено изјаснио и о приговору пресуђене ствари туженог у побојној тужби, истичући да је предмет тужбеног захтева побијање правне радње, тј. изјаве о признању дуга на основу које је донета пресуда на основу признања којом је усвојен тужбени захтев а на основу које је дошло до умањења имовине стечајног дужника, а тиме и до оштећења поверилаца.

Супротно разлозима за усвајање тужбеног захтева који је у првостепеној пресуди изнео првостепени суд, другостепени суд истиче да је жалба туженог основана, јер је тужилац изабрао недозвољени правни пут, обзиром да је ваљаност изјаве о признању цењена приликом доношења пресуде П. бр. 15/07 од 23.2.2007. године пред Општинским судом у Новом Саду, а против наведене пресуде која је правноснажна, могу се изјавити само ванредни правни лекови. Како тужилац тужбом фактички побија правноснажну судску одлуку (пресуду на основу признања Општинског суда у Новом Саду П. бр. 15/07 од 23.2.2007. године) која се по Закону о стечајном поступку не може побијати, другостепени суд је тужбу одбацио, а првостепену пресуду у усвајајућем делу укинуо.

2) Према наводима у подигнутом захтеву за заштиту законитости првостепени суд је у идентичној чињеничној и процесној ситуацији и по тужби истог тужиоца тј. стечајног дужника у предмету П. бр. 1723/07 тужбу одбацио решењем од 8.10.2007. године, а другостепени суд је тако донето решење потврдио одбијајући жалбу тужиоца као неосновану својим решењем Пж. бр. 9033/07 од 27.11.2007. године.

3) У идентичном спору по тужби истог тужиоца првостепени суд решењем пословни број П. 1586/2007 одбације тужбу тужиоца.

Другостепени суд одлучујући о жалби тужиоца решењем Пж. бр. 9031/07 од 20.11.2007. године усваја жалбу тужиоца, укида првостепено решење којим је тужба одбачена са упутом првостепеном суду да је тужба процесно дозвољена у смислу важећих одредби из Закона о стечајном поступку.

4) Решењем првостепеног суда по тужби истог тужиоца П. бр. 1590/2007 од 19.10.2007. године одбачена је тужба тужиоца.

У овој побојној тужби тужилац тужбеним захтевом тражи да се утврди да је без правног дејства изјава о повлачењу приговора против платног налога који је у својству генералног директора и заступника ту-

жиоца дао С.Д. на рочишту одржаном дана 12.2.2007. године у предмету Општинског суда у Новом Саду П. бр. 3499/05, а на основу које је Општински суд у Новом Саду пресудом П. бр. 3499/05 од 12.2.2007. године одржао на снази платни налог истог суда Пл. бр. 118/05 којим је усвојен тужбени захтев В.В. и тужени у спору, сада стечајни дужник обавезан да плати тужиоцу 1.102.000,00 динара са утуженом каматом и да поменута пресуда и платни налог не производе правно дејство према стечајној маси тужиоца (стечајног дужника).

Првостепени суд је тужбу одбацио са разлога што сматра да побијање изјаве законског заступника С.Д. тада туженог о повлачењу приговора против платног налога Пл. бр. 118/05 представља процесну радњу о чијем дејству и ваљаности се могло одлучивати само у поступку пред општинским судом пред којим је та изјава и дата, као и да ту правну радњу у смислу члана 280. Закона о облигационим односима могу побијати само тужиоци који су повериоци чије је потраживање осујећено, а не и сам тужилац као стечајни дужник.

Другостепени суд је усвојио жалбу тужиоца, укинуо поменуто првостепено решење и предмет вратио првостепеном суду на мериторно суђење изражавајући супротан правни став, који је заснован на образложењу:

"Предмет побијања могу бити дужникове правне радње чијим предузимањем је смањена његова имовина и тако отежано или онемогућено намирење његових поверилаца. То могу бити све оне радње које доводе до промене у имовини дужника на штету поверилаца. Оне се могу исказати као заснивање нових правних односа, одрицање од права, опрост дуга, неосновано плаћање, испуњење неког услова, предузимање или пропуштање одређене парничне радње. Битно је само да су правне радње које су предмет побијања резултат дужниковог чињења или пропуштања које је довело до умањења његове имовине. Притом није битно да ли су такве радње предузете непосредним деловањем законског заступника стечајног дужника или посредством овлашћених пуномоћника који су их у његово име и за његов рачун предузели. Побијати се могу и процесне радње као што су признање и одрицање од тужбеног захтева, закључивање поравнања на штету дужнику, изостанак са рочишта или одрицање од правног лека. Побијати се могу и сва дужникова пропуштања."

Сматрам да је другостепени суд у укидном решењу Пж. бр. 9509/2007 од 17.3.2008. године дао ваљане и образложене правне разлоге

у вези са дозвољеношћу тужбе за побијање правне радње стечајног дужника, конкретно изјаве о повлачењу приговора против платног налога. Процесно-правна радња повлачења приговора против платног налога изједначена је у процесном смислу са изјавом о признању тужбеног захтева. Зато се ова изјава као изјава о признању тужбеног захтева може побијати као правна радња стечајног дужника, уколико су њоме оштећени интереси осталих стечајних поверилаца.

Разлози на којима су заснована решења о одбацивању тужбе су погрешни. Немају никакав основ у већ помињаним нормама из Закона о стечајном поступку које прописују побијање правних радњи стечајног дужника. О томе сам се бар по мом мишљењу јасно и одређено изјаснио у претходном тематском излагању. У том смислу се потпуно јасно и одређено изјаснило и веће другостепеног суда у укидном решењу Пж. бр. 9509/2007 од 17.3.2008. године.

Разлози правне сигурности захтевају од суда да у идентичним ситуацијама идентично одлучује. То даље подразумева да би Одељење за привредне спорове Вишег трговинског суда на седници морало да усвоји јасан правни став везан за дозвољеност побојне тужбе зарад побијања процесних правних радњи на основу којих су пре свега донете пресуда на основу признања, пресуда због пропуштања, пресуда због изостанка и других процесних правних радњи попут правних радњи пропуштања на које је указало поменуто другостепено веће, а на које сам указао у досадашњем току излагања.

Тужилац – стечајни дужник у страначки подигнутом захтеву за заштиту законитости, указује на неједнако одлучивање у идентичним стварима и на потребу за уједначавањем судске праксе заузимањем јасног правног става.

Виши трговински суд са седиштем у Београду у циљу уједначавања судске праксе како у оквиру постојећих другостепених већа, тако и на нивоу нижестепених – трговинских судова на седници Одељења за привредне спорове, треба да заузме правни став који је у складу са разлозима одлучивања у укидном решењу другостепеног суда Гж. бр. 9509/2007 од 17.5.2007. године и заузети правни став објави у предстојећем излазећем Билтену судске праксе трговинских судова.

И на крају, резиме изнетог упућује на следећи:

З а к љ у ч а к

1) У предлогу новог Закона о стечајном поступку на потпун и јасан начин прописане су норме које регулишу правни институт побијања правних радњи стечајног дужника и тиме отклоњене постојеће дилеме у примени овог правног института по сада важећем Закону.

2) Одељење за привредне спорове Вишег трговинског суда са седиштем у Београду треба да заузме правни став у вези са дозвољеношћу побојних тужби везаних за побијање процесних правних радњи стечајног дужника, који треба да буде заснован на разлозима из решења тог суда Пж. бр. 9509/2007 од 17.3.2008. године.

УПРАВНА СЕКЦИЈА

Љубодраг Пљакић,
судија Врховног суда Србије

О УКИНУТОЈ ПОРЕСКОЈ БЕНИФИЦИЈИ КОД РАЗМЕНЕ НЕПОКРЕТНОСТИ

Једна од значајних карактеристика сваке пореске политике је и њена развојна функција. Утврђивана на дужи или краћи рок, она може битно да утиче на привредне токове у свакој земљи већ према томе шта се задатим циљевима хоће. Ако се прокламованим начелима процесног закона и квалитетним решењима материјалних пореских закона иде у сусрет пореском обвезнику, његовој намери за унапређењем и подстицањем производње, онда утврђена пореска политика има смисла и за државу и њеног грађанина. У супротном, порески обвезник губи интерес за ширењем своје делатности, држава остаје на дуже време ускраћена у приходима и своју функцију своди на кратковиду дневну наплату пореза.

Исказани положај пореског обвезника се најречитије одсликава кроз његов статус из процесног закона и пореске бенефиције материјалних закона.

Закон о пореском поступку и пореској администрацији¹ садржи основна начела и кроз њих дата сасвим нова решења у пореској материји. Разрадом начела кроз даље одредбе, посебно кроз права и обавезе пореских обвезника, овај Закон се са правом сврстава у ред модерних закона. Примера ради, поменућемо одредбу члана 2. став 1. тачка 3. Закона која предвиђа право пореског обвезника да "захтева да се Пореска управа и њени службеници опходе према њему са поштовањем и уважавањем." Уношење овакве одредбе у Закон, довољно говори о могућности остваривања права и правних интереса грађанина према сопственој држави у неким ранијим временима.

¹ ("Службени гласник РС", бр. 80/02...61/07)

У поглављу Закона о правима пореских обвезника је утврђено и право из члана 24. став 1. тачка 8, која одредба предвиђа право пореског обвезника да "на прописан начин користи пореске олакшице". Разуме се, њихов квалитет мора да буде обезбеђен одговарајућим законима како ово право не би остало обична прокламација. И ради заокружења заштите, порески обвезник чија су права повређена има право на судску заштиту, а претрпљена штета и судски трошкови иду на терет буџета Републике.

РАЗМЕНА НЕПОКРЕТНОСТИ

Ранија законска решења

Закон о порезима на имовину ², у даљем тексту: Закон, садржи три врсте пореза: на имовину, на наслеђе и поклон и на пренос апсолутних права. У делу који се односи на пренос апсолутних права пореска ослобођења су предвиђена одредбом члана 31. Закона. Одредба члана 28. Закона која се односи на пренос апсолутних права путем размене непокретности налази се у поглављу које говори о пореској основици. Међутим, у ширем смислу, начин на који се утврђивала пореска основица код размене, до измена Закона из 2007. године, по својој природи је заиста представљала бенефицију за учеснике у размени, па јој и аутор даје такав значај. Одредба члана 28. Закона гласила је:

"Када се једно право на непокретности на територији Републике Србије размењује за друго истородно апсолутно право на непокретности на тој територији, пореску основицу чини разлика тржишних вредности права која се размењују."

За потребе овог коментара цитираћемо и одредбу (која још увек важи) члана 29. став 2. Закона која гласи:

"Када је предмет уговора из става 1. овог члана (уговора о преносу апсолутних права: прим: аутора), непокретност као будућа ствар, пореска обавеза настаје примопредајом, односно ступањем у посед непокретности."

Дакле, да би се пореска основица утврдила као разлика тржишних вредности права која се размењују (то је нижа основица па тиме и мања

² (Службени гласник РС" број 26/01...5/09)

пореска обавеза од ситуације у којој би се за сваку непокретност посебно утврђивала основица), потребно је:

- да се обе непокретности као предмет размене налазе на територији Републике Србије и

- да се ради о размени истородних апсолутних права (нпр. својине на непокретности, прим: аутора).

Закон, како се види, дозвољава могућност да стране уговорнице уговоре као предмет уговора и непокретност као будућу ствар. Та чињеница има утицаја на моменат настанка пореске обавезе. У таквој ситуацији, пореска обавеза настаје тек примопредајом, односно ступањем у посед непокретности.

Што се тиче саме правне природе размене она је институт уговорног права. Закон о облигационим односима је предвидео у чл. 552. и 553. на начин да "уговором о размени сваки уговарач се обавезује према свом сауговарачу да пренесе на њега својину неке ствари и да му је у ту сврху преда. Из уговора о размени настају за сваког уговарача обавезе и права које из уговора о продаји настају за продавца."

Ранија пракса пореских органа

У пракси пореских органа чини се, није било посебних питања код опорезивања преноса апсолутних права у случају класичне купопродаје или код размене тржишне вредности непокретности код које су обе непокретности постојале у физичком облику у моменту преноса права. Обвезник пореза код размене је увек био учесник у размени права веће вредности, за ту вредност. Решење је било сасвим исправно и са гледишта природе уговора о размени и са фискалне стране.

Међутим, другачија је ситуација била када су сачињавани уговори о размени код којих је једна од непокретности, која се размењивала, постојала у физичком облику (кућа) у моменту сачињавања уговора, а друга (стан) је у изградњи. Порески органи су, са гледишта наплате пореза, налазили да се у таквој чињеничној ситуацији ради о постојању два одвојена уговора: први, којим се утврђује кућа чију вредност чини уговорена вредност изградње будућег стана у моменту сачињавања уговора, а други уговор ће бити опорезован као посебан онда када стан буде изграђен. На тај

начин су порески обвезници постајали увек продавци непокретности из два одвојена уговора. **Пореска основица је утврђивана за сваку непокретност одвојено, па није ни долазило до примене одредбе члана 28. Закона о пореској основици као разлици вредности непокретности и о једном пореском обвезнику – оном чија је непокретност била веће тржишне вредности.**

Управно-судска пракса

Изложени став пореских органа није прихваћен у вођеним управним споровима код Врховног суда Србије поводом оцене законитости донетих решења у овој материји.

Приликом поништаја решења другостепеног органа, Врховни суд је пошао најпре, од чињенице да је уговор о размени непокретности код кога једна непокретност постоји у физичком облику у моменту закључења уговора, а друга тек треба да буде изграђена, могућ и дозвољен уговор, у складу са цитираном одредбом члана 552. Закона о облигационим односима. Ради се о размени истородних апсолутних права – својини у ком уговору у том моменту постоји својина на једној (изграђеној непокретности), а на другој непокретности својина ће постојати тек када објекат буде изграђен. На питање да ли има места наплати пореза и ако има када, одговор ће представљати суштину овог пореско-правног односа: нема места сумњи да ли се порез може наплатити. Не постоје услови. Овде се, у ствари, као кључно питање поставља моменат наступања доспелости за наплату пореза.

Дакле, имајући у виду чињеницу да се ради о уговору о размени непокретности, доспелост за наплату наступа стицањем својине и на другој непокретности која је предмет уговора. Тек тада ће моћи да се утврди пореска основица на основу цитираног члана 28. Закона, а такав став је и у складу са одредбом члана 29. став 2. Закона. На тај начин се утврђивала и легитимација на страни лица које ће бити порески обвезник – онога лица у чију је корист разлика у тржишној вредности размењених непокретности.

И то је била стварна намера законодавца. Супротно схватање, представљено у решењима пореских органа, мењало је природу уговора о размени раздвајајући један, правно допуштен уговор на два одвојена уговора, без поштовања начина утврђивања пореске основице у складу са Законом и самим тим и укидања пореске бенефиције да се порез плати на

разлику тржишних вредности непокретности. С тим у вези је и незаконито утврђивање својства пореских обвезника обојици продаваца до којих се дошло неприродним "цепањем" уговора о размени на два одвојена уговора о купопродаји, чиме је обесмишљен правни институт размене непокретности.

Имајући у виду значај овог питања и бројност предмета у пракси, Управно одељење Врховног суда Србије на седници одржаној дана 02.10.2006. године заузело је

ПРАВНИ СТАВ

"Уговор о размени непокретности од којих је једна будућа ствар (у изградњи) је уговор који је закључен под одложним условом, па је опорезив према тржишној вредности размењених непокретности у тренутку предаје у својину те будуће разменом уговорене непокретности."

Измене Закона из 2007. године

Живот је далеко инвентивнији од сваког законодавца. Због тога и служи судска пракса да укаже законодавцу на могућност примене његових решења у пракси. Тамо где законска решења не доживе своју потврду у пракси, примењиваће се правна схватања одељења Врховног суда Србије, а на законодавцу је да усклади непримењиве норме.

У односу на примену цитираних норми и на заузето правно схватање Управног одељења Врховног суда Србије, поступило се неподношљиво обрнуто. Изменама Закона из 2007. године³ измењен је цитирани члан 28. Закона, тако да сада гласи:

"Код размене права из члана 23. тачка 24. и 24а) овог Закона, пореска основица се утврђује за свако право које је предмет размене, у складу са одредбом члана 27. овог Закона." Измењена је, сходно томе, и ранија одредба према којој је порески обвезник био "преносилац права веће тржишне вредности", тако да је сада порески обвезник "сваки учесник у размени за право које преноси."

³ (Службени гласник РС", број 61/07)

О чему је реч?

Какве су последице измене Закона из 2007. године? Вишеструке и штетне!

Изменама Закона је извршен груб упад у једно квалитетно законско решење чији је текст могао да се побољша у односу на изложено правно схватање. Не само да текст није унапређен (у односу на моменат доспелости утврђивања пореске обавезе код размене за будућу ствар), него је брисан текст који није био споран у примени код пореских органа.

Решење, по коме је у уговору о размени порески обвезник титулар већег права за вредност преко вредности другог права, је било врло логично решење и у имовинском и у пореском значењу. Није овлашћен порески орган да један перфектан, дозвољен правни посао "транжира" на два уговора ради више наплате пореза. На тај начин се преко материјалних пореских закона обесмишљавају начела процесног пореског закона, а држава долази у позицију да се инати са својим грађанима.

Аутор, са правом очекује да се одговарајућим изменама врати раније исправно решење по коме се неће плаћати порез на пренос апсолутних права на вредност коју је преносилац права већ поседовао, а такође, да ово указивање буде пример и за будућа поштовања начела пореског поступка.

Мр Јадранка Ињац,
судија Врховног суда Србије

УПРАВНО СУДСТВО У ЕВРОПИ

Увод

Управно судство, односно решавање управних спорова и других управних ствари, које су у надлежности и чине делатност суда, представља посебан део остваривања судске функције. Будући да је та судска функција и временски настала најкасније, односно знатно после настанка и развоја класичних функција и надлежности суда (кривично-правне или грађанско-правне функције), а и с обзиром на актуелност остваривања управног судства у Србији, којој тек предстоји организовање и почетак рада управног суда, има основа и потребе да се ближе сагледа начин и организације, надлежности и друга питања рада управних судова у земљама Европе.

Готово да је опште прихваћено становиште у свим европским земљама да је суд тај који треба да одлучује, тачније, пресуђује о законитости конкретних управних одлука. При том, дат је у пракси европских земаља недвосмислен негативан одговор на питање да ли редовни судови могу да ваљано одлучују о управним стварима. Ово стога што судовање и традиционално и у савременим условима значи мирно и независно расуђивање и одлучивање у споровима у којима су субјекти грађани или правна лица или се ради о санкционисању учинилаца кривичних и других кажњивих дела. Решавање о управној материји није приоритетна делатност редовних судова, из чега проистиче потреба оцене да ли, постоји потребна, квалификованост па и стручна компетентност да одлучују у управним споровима у судској контроли управних аката. За одлучивање у управној материји неопходна су посебна и врло разнородна знања будући да се ради о врло великом броју прописа који регулишу управну материју, која иманентно захтева и судску заштиту. Самим тим и судови, обзиром на речено али и на потребу не само правних знања, него и познавања и самих области која су правно регулисана, морају имати таква знања и искуства.

Неспорно је и готово опште прихваћено у свим европским земљама опредељење да односе настале у вршењу управних овлашћења треба да екстерно контролишу посебни и самостални управни судови.

Основни разлог за оснивање посебних управних судова јесте потреба да се отклоне уочени проблеми у решавању управне материје код редовних судова – недовољна стручност и потреба специјалистичких знања из те материје, потреба за ефикаснијом заштитом права грађана и других учесника на које се односе управне одлуке и то не само у сфери одлучивања него и у спровођењу одлука и сл. При том је посебно значајно анализирати и оценити чињенице о огромном броју управних спорова и тенденцији њиховог раста.

У прилог заговарања потребе постојања и рада посебних управних судова битно утиче промена врсте односно материје која је предмет управних спорова. И без давања квантитативних података у овом тренутку, неспорно је да је, посебно у периоду транзиције, држава преузела веће компетенције и у поступку вршења или спровођења заштите јавног интереса. Она, на пример, у Србији одлучује о најважнијим питањима, и то не само из своје класичне надлежности односно проблема и питања из управне области, него и оних која се тичу, на пример, економије и то најважнијих одлука које регулишу ту област (акти Владе и министарстава, акти различитих агенција и акти Народне банке и др.).

Док је опредељење да се судска заштита од аката управних органа врши преко посебних, специјализованих управних судова, на друга питања као што је, посебно, да ли треба обезбедити двостепеност у управном одлучивању, односно да ли управне спорове треба решавати у управним судовима у оба степена или само у једном степену, одговори у појединим европским земљама су различити. Одговор на ова питања, на жалост, изричито не даје ни регулатива или пракса Европске уније. Наиме, у Европској унији не само да не постоји једнообразни систем организације управног судства, него не постоји ни претежни модел практичне организације управних судова, односно систем који је доминантан. У појединим државама о управним споровима одлучује редовни суд, у другим управне спорове решавају управни судови, и то само у првом степену, док у трећим државама постоји двостепеност у одлучивању у управним споровима, а има држава у којима је уведена тростепеност у управном судовању.

Мада није извршена унификација управног судства у земљама Европске уније, било би сасвим погрешно закључити да Европска унија није заинтересована за развој управног судства. Напротив, Европска унија придаје велику важност управном судовању, јер се већина европског права налази у управном судству. Начело судске заштите осигурава заштиту права појединаца и спречава прекорачење власти државе и њених органа на штету грађана, при чему се у Унији посебан значај даје заштити јавног интереса и људских права.

I - ОРГАНИЗАЦИЈА И РАД УПРАВНИХ СУДОВА У ЗЕМЉАМА ЕВРОПЕ

А. Редовни судови

У циљу потпунијег сагледавања до сада изнетих и уочених отворених питања функционисања управног судства и давања одговора на њих, корисно је сагледати начин на који су та питања решена у земљама Европе. Стога ће се, као најсврсисходни метод, извршити анализа и сагледавање организације и функционисање управног судства, у појединим, најразвијенијим европским земљама, као и у земљама у окружењу, првенствено оним које су чиниле пре деведесетих јединствени југословенски простор.

У не тако малом броју држава у Европи, функција судске заштите управних аката односно решавање управних спорова обављају редовни судови, с тим да је најчешће обезбеђена двостепеност у одлучивању.

У **Румунији** управно судство није издвојено, и осим војних судова, судство је унитарно. Од када је формирана модерна румунска држава, управно судство је претрпело бројне промене. Неке промене су биле прогресивне, а неке су представљале корак уназад.

Дуже време редовни судови су били надлежни да поступају у управним стварима, заједно са другим материјама (кривичним, грађанским, радним, привредним), тако да није било специјализације управних судија.

Од 2004. године, када је усвојен нови Закон о управним споровима, управне предмете раде судије организоване у посебна већа трибунала, апелационих судова и у Високом касационом суду.

У управним и пореским предметима поступају трибунали у првом степену у односу на одлуке које доносе локалне власти, а одговарајућа

одељења апелационих судова суде у првом степену у односу на одлуке које доносе централни органи власти. Апелациони судови суде у другом степену против одлука трибунала, а Високи касациони суд поступа у другом степену против одлука апелационих судова.

Треба истаћи да Високи касациони суд и апелациони судови имају судије које су у потпуности специјализоване за поступање у управној материји и не суде друге предмете. То се види и на плану унификације судске праксе, јер Високи касациони суд, посебно управно одељење успело је да унифицира судску праксу апелационих судова и да у потпуности обезбеди унифицирану интерпретацију и примену закона од стране нижестепених судова.

Мађарска нема образоване посебне управне судове. Спорови у првом степену се решавају пред редовним окружним судовима, док у другом степену одлучује Врховни суд Мађарске.

Слично је питање решавања управних спорова разрешила је и **Словачка** – у првом степену одлучује редовни суд, а у другом степену Врховни суд Словачке.

Холандија, исто тако, нема посебне управне судове. О управним споровима у првом степену одлучују редовни, окружни судови а у другом степену судска секција холандског Државног савета.

Данска је решавање управних спорова поверила редовним судовима, обезбедивши три степена суђења: нижим судовима, окружним судовима и Врховном суду.

У свим овим земљама одлуке о управним споровима непосредно доносе посебна управна већа, која суде као органи редовних судова.

Б. Управни судови

Највећи број европских земаља функцију управног судства остварује преко посебних, специјализованих управних судова, који најчешће искључиво суде управне спорове, односно одлучују о законитости управних аката. Детаљније ће, због значаја, бити анализирано управно судство Немачке и Пољске, али ће се дати осврт на организацију управног судства још неких земаља.

Немачка – историјат – Идеја о потреби контроле одлука управних органа, као израз остваривања грађанских права први пут је артикулисана почетком XIX века у Француској. Контролу законитости рада и понашања државних органа према грађанима као вид остваривања грађанских права, у Немачкој су, по узору на Француску, реализовали први управни судови. Они су основани као део управе, и основни задатак им је био да контролишу објективну законитост управних решења.

Организација судова – Основна подела судова у Немачкој везана је за област судске заштите, односно за врсту права и њихове повреде, што опредељује и надлежност судова.

Управна надлежност је потпуно одвојена од надлежности за грађанске парнице и предмете кривичног поступка, односно области кривично правне материје. Међутим, и у области управне материје, у Немачкој не постоје јединствени судови за целокупну управну материју. Управне спорове и друге предмете из управне материје решавају три врсте судова, зависно од врсте односа који су предмет управног одлучивања и др.

1. Управни судови, за област класичне управне делатности, односно решавање по предметима класичне државне управе;

2. Социјални судови, за решавање спорова из области социјалног осигурања и

3. Фискални судови, за одлучивање у предметима из пореске материје.

Организација и надлежности управних судова – Управни судови у Немачкој су организовани тако да постоје три нивоа суђења, односно три врсте управних судова. То су: првостепени, основни управни суд, Виши управни суд и Савезни управни суд.

Основни управни судови по правилу одлучују, односно суде у одељењима, која чине троје професионалних судија и двоје судија – поротника. Уколико се ради о чињенично или правно једноставнијим питањима који су предмет одлучивања, одељење може да пренесе надлежност за одлучивање у том предмету на једног од професионалних судија тог одељења.

Савезни управни суд одлуке доноси у већима (саветима), који чине пет судија професионалаца. У раду овог суда не учествују судије – поротници, осим изузетно у неким врстама предмета (служење војног рока и сл.).

Прву инстанцу чини основни управни суд који решава предмете у првом степену.

Другу инстанцу чини Виши управни суд, који је другостепени у односу на одлуке основног управног суда. Он разматра жалбе које су изјављене на пресуде основних управних судова, с тим да су жалбе, па и судска заштита допуштене само ако је управним актом повређено неко субјективно право појединца. Поред тога, виши судови разматрају и жалбе које због погрешно утврђеног чињеничног стања или погрешне примене материјалног права, подноси основни управни суд, или се поступак води на иницијативу самог вишег суда. То је најчешће случај када се основни управни суд размимоилази у ставу и мишљењу са вишим судом, или када се ради о изузетно чињенично и правно сложеним предметима. У тим случајевима Виши суд може одлучивати и као првостепени суд.

Савезни управни суд чини трећу инстанцу управног судства у Немачкој.

Пољска – Управно судство у Пољској има дугу традицију, Врховни управни суд основан је 1980. године који је до 1. јануара 2004. године функционисао као прва и једина судска инстанца. Од 1. јануара 2004. године успостављена је двостепеност у управном судству у складу са новом законском регулативом, Законом о уређењу управног судства од 25. јула 2002. године и Законом о поступку пред управним судовима од 30. августа 2002. године. Садашњи систем управног судства у Пољској се састоји од Врховног управног суда и нижестепених управних судова – *voivodship*. Дакле, структура управних судова је двостепена. Управни поступци се воде пред првостепеним управним судовима, *voivodship*, а Врховни управни суд је надлежан да врши надзор над радом првостепених управних судова на начин како је то предвиђено одговарајућим законима, и нарочито, поступа по правним лековима против одлука првостепених управних судова тј. *voivodship*-а. Постоји 16 првостепених управних судова и један Врховни управни суд у Варшави. Врховни управни суд подељен је у три одељења: финансијско одељење (*Financial Chamber*), привредно одељење (*Commercial Chamber*) и опште-управно одељење (*General Administrative Chamber*).

- Финансијско одељење врши надзор над питањима која се тичу пореске одговорности и других финансијских давања на које се примењују одредбе о порезима и извршењу финансијских давања.

- Привредно одељење разматра и врши надзор над радом ниже-степенних управних судова у области економије, заштите интелектуалне својине, буџета, банака, осигурања, цена, висине тарифа и награда, новчаних трансакција.

- Опште-управно одељење врши надзор над радом нижестепенних управних судова у областима које нису таксативно наведене, али обухватају питања као што су грађевинска, развој земљишта, управљање водама, заштита животне средине, пољопривреда, заштита шума, радни односи, систем локалне управе, управљање непокретностима, приватизација, служење војног рока, унутрашњи послови, као и висина тарифа и награда, под условом да су у вези са стварима које потпадају под надлежност овог Одељења.

Важна карактеристика управног судства Пољске је његова независност. Председник Пољске, на предлог Високог савета судства, именује судије управних судова. У Врховном управном суду тренутно има 75 судија, а у првостепеним управним судовима 406 судија. Што се тиче услова за именовање судија управних судова, за судију Врховног суда услов је 40 година живота, за нижи степен 35 година живота, као и релевантно искуство и одговарајуће квалификације за поступање у управним стварима.

Француска – Као и у Немачкој, и у Француској је устројен тро-степенни модел управног судства. У првом степену одлучује 37 управних судова; у другом степену одлучује осам жалбених управних судова, а у трећем степену као касациони суд одлучује Државни савет Француске. Мада није судска инстанца, Државни савет са огромним ауторитетом обавља функцију касационог суда у области управног судовања.

Грчка – Као једна од држава континенталног европског круга, и Грчка функцију управног судства остварује преко управних судова и то у тростепеном моделу одлучивања. У првом степену одлучују подручно устројени првостепени управни судови; у другом степену одлуку доносе жалбени управни судови (који у неким стварима одлучују и у првом степену), а функцију врховног, или касационог суда обавља Државни савет.

Турска – Првостепени управни судови "управни трибунали" одлучују у првом степену, који је и најчешће и последњи степен, без права на жалбу. У другом степену, ако је жалба допуштена, по њој одлучују регионални управни трибунали, а на врху пирамиде је Државни савет, попут Француске и других земаља.

Шведска – Послове првостепеног одлучивања по захтевима за судску контролу управних аката остварују 23 управна суда. У другом степену одлучују четири жалбена управна суда. На одлуку жалбеног суда, странка се може жалити жалбеном управном суду, који суди као трећестепени, али само ако другостепени жалбени суд, после разматрања жалбе на своју пресуду, дозволи да се жалба упути трећестепеном суду. И, као четврти степен, Врховни суд Шведске разматра жалбе на одлуку трећестепеног управног суда.

Италија – Управни спорови се решавају у првом степену у управним судовима – регионалним управним трибуналима. Жалбу на њихове одлуке решава Државни савет. Једино је на Сицилији обезбеђена двостепеност управно судског одлучивања, јер у другом степену одлучује посебан Савет за управне спорове Регије Сицилије.

Финска – У Финској је управно судство организовано као двостепено. У првом степену, по покренутим управним споровима, одлучује осам регионалних управних судова, а у другом степену одлучује Врховни управни суд, који има ранг врховног суда.

Чешка – У Чешкој, за разлику од већине других земаља, усвојено је устројство управних судова као једностепених. Управни судови су основани као специјализована управна већа за управне спорове. На њихове пресуде нема редовних правних лекова – изузетно се могу изјавити ванредни правни лекови по којима одлучује Врховни суд.

Аустрија – За разлику од Немачке и већине других европских земаља, Аустрија је једина чланица Европске уније, која управно судство није организовала као вишестепено. Поступак реорганизације судства у тој земљи је у току.

II - УПРАВНО СУДСТВО У ДРЖАВАМА НАСТАЛИМ НА ТЕРИТОРИЈИ БИВШЕ СФРЈ

Х р в а т с к а

Управно судство у Хрватској има дугу традицију, која почиње са оснивањем Управног суда у Бечу који је почео са радом 1876. године. Овај суд је имао јурисдикцију, као јединствен суд, на целој територији аустријског дела Аустро-угарске монархије. У надлежности овог суда би-

ли су они делови Хрватске, који су припадали Аустрији, а то су биле територије Истре и Далмације.

У осталом делу Хрватске, који је припадао Угарској (Славонија, и др.) управно-судску контролу рада управе, почев од 1883. године, вршио је финансијско-управни суд са седиштем у Будимпешти.

Стварањем Краљевине СХС после Првог светског рата, и на територији Хрватске, као и другим територијама Краљевине, примењивани су јединствени прописи које је спроводио Државни савет Краљевине Србије, који је своју јурисдикцију пренео на целу државу.

Видовданским уставом и стварањем Краљевине Југославије, Државни савет сада нове државе, задржао је раније прерогативе укључујући и функцију Врховног управног суда. Управно судство у Југославији је ближе регулисано посебним Законом о Државном савету и управним судовима из 1922. године. Овим Законом је уређена организација, надлежност и друга питања рада управног судства. Њиме су уведени управни судови, као првостепени, док је Државни савет обављао функцију другостепеног суда, уз задржавање и неких првостепених надлежности (законитост краљевих указа и министарских решења).

Стварањем нове Југославије (ДФЈ и касније ФНРЈ), сваки управно судски надзор над радом управе укинут је. Тек 1952. године, доношењем Закона о управним споровима, у новој држави уводи се судски надзор над актима државних органа. Функцију судског надзора и то путем одлучивања у управним споровима, који се покрећу тужбом против коначних аката или одлука управних органа, обављају пре свега редовни врховни судови, односно у Хрватској Врховни суд Хрватске. У одређеним случајевима ту функцију су обављали и Врховни суд ФНРЈ и Врховни војни суд.

Хрватска је, за разлику од неких других република, године 1977. образовала посебан Управни суд. Основне надлежности тог суда су биле да одлучује по тужбама против коначних аката управних органа и да решава управно-рачунске спорове.

Период настанка самосталне и независне државе Хрватске, у области управног судства карактерише преузимање и примена Закона о управним споровима из раније државе (1991. године, с тим да су у 1992. години извршене у два маха значајне промене тог закона, тако да је то основна законска регулатива на којој почива управно судство у Хрватској).

Из свега произилази да је једна од карактеристика управног судства у Хрватској да у основи стварањем независне државе и није било битних промена, јер функцију управног судства обавља Врховни управни суд Републике Хрватске, образован 1977. године. Његово поступање и делатност законски су засновани на југословенском Закону о управним споровима из 1977. године, са одређеним изменама.

Управни суд Хрватске је јединствени управни суд. Његова надлежност је цела територија Републике Хрватске. Основна функција Управног суда Хрватске, је да у циљу осигурања судске заштите права грађана и правних лица, решавањем у управним споровима проверава и одлучује о законитости акта којима државни орган и други субјекти са јавноправним овлашћењима решавају о правима и обавезама у управним стварима.

Функцијом судске контроле законитости појединачних судских аката, Управни суд остварује право грађана на такву заштиту гарантовано чланом 19. Устава Републике Хрватске. И заиста, суд у управном спору контролише законитост појединих управних аката, чиме осигурава законитост рада органа државне управе и законитост рада и одлука других носилаца јавних овлашћења.

Пресуде Управног суда Републике Хрватске обавезују државне органе, односно органе управе или носиоце јавних овлашћења. Орган је везан правним схватањем Управног суда. Ставови Управног суда, међутим, не обавезују само конкретни орган у конкретном случају. Они, односно изражена правна схватања, посебно у условима недоследности, нејасности или неусаглашености више закона, обавезују државне или управне органе да поступају у складу са тако израженим правним схватањима.

Против пресуда Управног суда Хрватске није допуштена жалба или други редовни правни лекови. Изузетно, уколико се сматра да је конкретном пресудом повређен закон, или други пропис и општи акт, "државни одвјетник" – јавни тужилац може поднети захтев за заштиту законитости. По овом поднетом захтеву одлучује Врховни суд Републике Хрватске и то у квалификованом већу састављеном од пет чланова. Могуће је, ако је пресудом Управног суда, повређено уставно право странке, поднети и уставну тужбу Уставном суду.

Управни суд Хрватске организован је тако да у редовној делатности судовања има три одељења, свако задужено за део надлежности коју суд покрива. То су:

Пензијско-инвалидско-здравствено одељење покрива подручје пензијског и здравственог осигурања, инвалидске заштите, социјалне заштите хрватских бранитеља и послове азила. Одељење одлучује у већима, којих има четири.

Финансијско и радно-правно одељење обухвата област финансија, радно-правне заштите службеника, опште управе и послова приватизације. Одлучује у три већа.

Имовинско правно одељење одлучује о споровима везаним за имовину, стамбену област и послове из области грађевинарства. Такође, одлучује у већима којих има три.

Судије Управног суда именује Државно судско веће. При одлучивању око именовања, Државно судско веће узима у обзир мишљења која су му доставили Судско веће и надлежни Одбор за правосуђе хрватског Сабора. Судије се бирају на неодређени период и функција им престаје, навршетком 70. година, избором на другу функцију или преласком на друго радно место или из разлога који су утврђени законом.

Председника Суда именује министар правосуђа.

У сагледавању рада Управног суда, односно положаја и начина организовања управног судства у Хрватској, у политичкој и стручној јавности се истичу бројни приговори и критике. Полази се од тога да је постојећи систем управног судства у Хрватској застарео и превазиђен. Он потиче из бивше земље, са којом је Хрватска прекинула правни и политички континуитет. Као систем који постоји преко 30 година, настао је у другим условима и сада не одговара савременим кретањима и потребама.

Критика постојећег система се односи пре свега на чињеницу да један једноступени суд не може обезбедити потпуну, благовремену и ефикасну судску заштиту грађана и других учесника у поступку, који су незадовољни одлукама државе и њених органа. Пракса двостепености, односно постојања управних судова за одлучивање на два нивоа, односно два степена преовлађујућа је у Европи.

Посебно значајан аргумент заговорника увођења двостепености управног судства у хрватској произлази из потребе да се реализује члан 6. став 1. Европске конвенције за заштиту људских права, коју је Хрватска раније већ ратификовала. Поменутом одредбом Конвенције установљава се право пуне јурисдикције, што и по оцени Уставног суда Хрватске рад и надлежност Управног суда, као једноступеног, по природи ствари, не омогућава.

Из свих поменутих разлога готово је извесно да у Хрватској предстоји реформа управног судства, увођењем двоступеног одлучивања, односно оснивањем, поред постојећег Управног суда и првоступених управних судова.

С л о в е н и ј а

Управно судство у Словенији историјски имало је исти развојни пут као и у Хрватској. То је и разумљиво будући да су и Хрватска и Словенија, почев од настанка управног судства – друга половина XIX већа – па све до распада СФРЈ (почетак деведесетих година XX века), биле у саставу истих земаља – Аустроугарске монархије, Краљевине СХС, Краљевине Југославије, ДФЈ, ФНРЈ и СФРЈ. Ту историју карактерише увођење управног судства као облика екстерне контроле управних аката.

Савремени, важећи систем управног судства у Словенији уређен је Законом о управним споровима, донетим 1997. године. Битна новина, у односу на ранији период, је увођење двостепености у судској заштити против коначних управних аката. Овим законом је основан специјализовани првоступени управни суд – Управни суд Републике Словеније. Решавање у другом степену, по жалбама на пресуде и друге акте Управног суда је у надлежности Врховног суда Словеније.

Неколико разлога је утицало на опредељење да се управно судство у Словенији уреди на овај начин, укључив и то да су противници оваквог решења, пре свега из разлога целисходности, заговарали и друга решења, да функцију првоступених управних судова обављају виши, односно апелациони судови (судови редовне надлежности). Пре свега, увођење новог Управног суда као првоступеног, има утемељење у одредбама Устава Словеније, о зајемченом праву на жалбу против одлука судова и других органа, као и одредби Устава да се обезбеђује у управном спору судска за-

штита против појединачног акта, којим органи власти одлучују о правима или правним интересима појединаца и организација, ако против таквих аката није предвиђена друга судска заштита. Посебну тежину је имала обавеза да се реализује европска конвенција о заштити права човека, коју је Словенија ратификовала 1994. године. Овом конвенцијом је требало обезбедити процесне гаранције у пружању судске заштите, а посебно начело усмене расправе у управном спору, што се могло испунити само оснивањем посебног првостепеног управног суда.

У Словенији у надлежности Управног суда нису спорови из области социјалне заштите (пензијско-инвалидско осигурање, здравствено осигурање, осигурање за случај незапослености, социјална заштита у ужем смислу). Ове спорове у првом и другом степену решавају посебни, специјализовани судови за ове спорове. Предмет решавања Управног суда нису ни спорови из области прекршаја – у првом степену о прекршајима одлучује судија за прекршаје, а у другом – Веће за прекршаје. Из овога се може закључити да су у надлежности Управног суда Словеније решавање у првом степену управних спорова против конкретних аката државних и локалних органа управе, аката носилаца јавних овлашћења (јавне агенције, банке, коморе и сл.), као и спорови против конкретних аката других органа.

Управни суд Словеније има статус специјализованог суда. То има за последицу да је његова надлежност строго детерминисана – претпоставка опште надлежности је у корист редовних судова, а надлежност Управног суда је изричито одређена, пре свега Законом о судовима.

С у д и ј е Управног суда, мада првостепеног, имају исти ранг као судије виших судова. Услов за избор судија Управног суда је, као и за друге више судије, десетогодишње судијско искуство, с тим да за судију овог суда могу бити бирана и лица која су се бавила најмање 10 година управним одлучивањем. У пракси, трећина садашњих судија Управног суда бирана је из редова судија редовних судова; друга трећина из редова стручних радника који су радили на пословима решавања у управи, а преостала трећина судија бирана је из других правничких професија – адвокати, тужиоци, стручни саветници судова и др.

Судије су у свом раду дужне да удовоље донетим Критеријумима за утврђивање продуктивности рада судија (судија Управног суда мора да реши 16 предмета месечно).

Послове управног судства, наравно у другом степену, обавља Врховни суд Словеније – Управно одељење. Оно одлучује о жалбама против судских одлука донетих у управном спору у првом степену, затим о ванредним правним лековима у управном спору и о споровима компетенције између Управног суда Словеније и других судова. Бави се уједначавањем судске праксе и заузимањем првих ставова из материје управних спорова.

Македонија

Као и код осталих новоформираних држава које су биле у саставу СФР Југославије, у Македонији се примењивао Закон о управним споровима донет 1977. године. Функцију управног судства обављао је Врховни суд Републике Македоније, односно његово Управно одељење, које је решавало у управним споровима против коначних решења у државној управи.

Управни суд Македоније који започео је са радом 05.12.2007. године, одлучује у првом степену по жалбама грађана или правних лица које се изјаве против коначних одлука управних органа. Управни суд је организационо устројен тако што је подељен на шест одељења, од којих је свако специјализовано за неку област (урбанизам, привреда, радиодифузија, пензијско инвалидско осигурање, царине, таксе и др.).

Управни суд је нови суд, и процес организационог, техничког и кадровског уређивања је још у току.

Црна Гора

Управно судство у Црној Гори, почев од 2002. године организовано је као двостепено. Функција судске заштите у управним споровима остварује се у првом степену делатношћу Управног суда Црне Горе, док функцију другостепеног органа остварује Врховни суд Црне Горе и то само по дозвољеним ванредним правним лековима.

Управни суд одлучује о законитости управних аката у свим управним областима (пензијско-инвалидско осигурање, царине, порези, непокретности, прекршаји урбанизам и др.). У поступку одлучивања Суд примењује више од сто материјалних и више стотина прописа локалне самоуправе. Процесно поступање суда уређено је Законом о управним спорови-

ма, с тим да се у одређеним случајевима користе инструменти и других прописаних поступака (парничног или управног, на пример).

Против одлука Управног суда се не могу подносити редовни правни лекови. Изузетно, пресуда Управног суда се може оспорити једино подношењем два ванредна правна лека: захтев за ванредно преиспитивање пресуде, и захтев за понављање поступка, под условом, наравно, да су се стекли законски услови за ове правне лекове.

Босна и Херцеговина

Послови Управног суда у Босни и Херцеговини и даље у целости се реализује у оквиру Врховног суда Федерације Босне и Херцеговине. Послови управног судства се остварују у посебном управном одељењу Врховног суда, које решава управне спорове по тужбама поднетим против коначних решења управних или других државних и локалних органа.

III - ЗАКЉУЧНЕ ОЦЕНЕ И СТАВОВИ

Из свега што је изнето у овом прегледу, као неспоран, намеће се закључак да у Европи не постоји јединствени модел организације управног судства. Међутим, и поред исказаних разлика приметне су тенденције и кретања ка заједничком моделу управног судства. На овакву оцену и закључак указује низ елемената и понашања земаља Европске уније. Неспорно је постојање заједничких начела управног права и управног судовања, сличности у начину осигурања судског надзора над радом управе, постојање свести о потреби специјализације судова, да би одговорили нараслим потребама и све сложенијој материји о којој одлучују, што има директно за последицу да је свеprisутна тенденција оснивања управних судова, који тако нараслим потребама треба да одговоре. Ова тенденција се огледа не само о потреби оснивања управних судова као специјализованих за заштиту права грађана и других правних субјеката, већ и у чињеници да у све већој мери преовладава став да пуне ефекте управно судство може преузети само ако одлучује у бар два степена.

Оваквом развоју погодује неспорно и општеприхваћено постојање, у Европи готово без изузетка, основних начела, као што су: начело пропорционалности, правичног поступања, транспарентности, једнаког

поступања у једнаким случајевима и др., која у области заштите од одлука државних органа, могу бити обезбеђена само у деловању независног управног судства.

На изнето опредељење, које је тенденција свих кретања у Европи, а то је независно управно судство у два степена, битно утиче и потреба поштовања Европске конвенције за заштиту људских права, односно члана 6. те конвенције, по коме би за заштиту права из ове конвенције највише одговарао управни суд и то као суд пуне јурисдикције.

Значајан и нов моменат који иде у прилог стварања вишестепених управних судова, јесте све већи значај одлука, па самим тим и управних и других аката државних и парадржавних органа, чију заштиту обезбеђује управно судство, а што је последица и нарасле улоге државе, посебно у сфери економије.

У Србији, се, после дуго времена од момента законског утемељења, приступа оснивању и почетку рада Управног суда (1. јануар 2010). Установљен као једноствепени, овај суд, из до сада изнетих разлога тешко може да се прихвати као коначно и једино квалитетно решење. Његово оснивање је значајан напредак у односу на досадашње стање (само БиХ у окружењу нема посебне управне судове), али поштујући тенденције кретања управног судства у Европи, основано је, за убудуће, залагати се за увођење двостепеног управног судства у Србији.

Јелена Ивановић,
судија Врховног суда Србије

ПРАВНА ПРИРОДА АКТА О ПОСТАВЉЕЊУ И РАЗРЕШЕЊУ ИМЕНОВАНИХ И ЛИЦА У ИЗБОРНИМ ЗВАЊИМА

Једна од најкомплекснијих и најделикатнијих активности у управно-правној науци и пракси је утврђивање правне природе акта у управном спору. Она је битна како за поступање управних органа који, у оквиру решавања управних ствари по Закону о општем управном поступку¹ (у даљем тексту: ЗУП), имају обавезу давања правилне правне поуке, тако и за поступање суда који у управном спору проверава законитост управних аката, али само оних против којих је управни спор дозвољен. Најбитнија је за странке, јер од правне природе акта зависи врста судске заштите која је обезбеђена и самим тим и одређење суда који је надлежан да је пружи.

Дилему око правне природе акта чија се законитост спори, посебно изазивају акти о избору, именовању и разрешењу именованих и лица у изборним звањима које доносе скупштине јединица локалне самоуправе (општине, града и града Београда) као и аутономних покрајина, који су са постојећом праксом Врховног суда Србије повод за писање овог реферата.

Избор и именовање – појам, сличности и разлике

У пракси судова могу се уочити четири врсте аката скупштина јединица локалне самоуправе и аутономних покрајина (у даљем тексту: јединица ЛС и АП) које се тичу избора, именовања и разрешења, о чијој се законитости одлучује. Оне се односе на: акте о избору и разрешењу лица у изборним звањима, као и на акте о именовању и разрешењу именованих лица. За правилно разликовање ових аката неопходно је направити

¹ ("Службени лист СРЈ", бр. 33/96 и 33/01)

разлику између избора и именовања, а акти о разрешењу увек прате правну природу аката о избору, односно именовању.

Приликом дефинисања ове две активности (избор и именовање) неопходно је имати, пре свега, у виду да Устав Републике Србије² (у даљем тексту: Устав) афирмише право на локалну самоуправу и аутономну покрајину. Установљава начело да је државна власт ограничена правом грађана на покрајинску аутономију и локалну самоуправу и да ово право подлеже само надзору уставности и законитости (члан 12). У складу са тим је да и избор извршних органа јединице ЛС и АП дефинише као њихово право.

Аутономне покрајине су дефинисане као територијалне заједнице основане Уставом, у којима грађани остварују право на покрајинску аутономију (члан 182) док су као јединице ЛС прописани: општина, град и град Београд (члан 188).

Аутономне покрајине у складу са Уставом и својим статутом уређују надлежност, избор, организацију и рад органа и служби које оснивају (члан 183). Устав прописује да су органи општине: скупштина општине и други органи одређени законом и статутом, а да скупштина општине одлучује о избору извршних органа општине у складу са законом и статутом при чему се избор извршних органа града и града Београда уређује законом, а град има надлежности које су поверене општини, али му се законом могу поверити и друге надлежности (члан 189. и члан 191).

Према члану 40. раније важећег Закона о локалној самоуправи³ (у даљем тексту: ранији ЗЛС) прописано је да извршну функцију врши председник општине, а по Закону о локалној самоуправи⁴ (у даљем тексту: ЗЛС) прописано је у члану 42. да су извршни органи општине: председник општине и општинско веће.

Из оваквог уставног и законског оквира несумњиво произилази да је избор органа АП и јединица ЛС њихово, на Уставу и закону, засновано право.

² ("Службени гласник РС", бр. 98/06)

³ ("Службени гласник РС", бр. 9/02... и 62/06)

⁴ ("Службени гласник РС", бр. 129/07)

Одлучивање о избору органа требало би да је увек у надлежности највишег органа, представничког тела (Скупштине) које врши основне функције локалне власти утврђене Уставом, законом и статутом. За одлуку о њему такође би требало да је потребна већина гласова свих одборника, односно посланика која обезбеђује легитимност и квалитет одлучивања о питањима која се тичу конституисања органа и уопште остварења права на ЛС и АП.

Када је у питању именовање и о њему одлучује скупштина, али за разлику од избора, њиме се покривају надлежности локалне самоуправе у оквиру Уставом датог права на обављање и других послова одређених законом, које се односе поред осталог и на одлучивање о именовању директора јавних предузећа, установа и организација чији је оснивач, као и на постављање стручних лица која немају својство органа јединица ЛС и АП (секретар општине, начелник општинске управе и др.). Код АП вршење ових послова произилази из уставног овлашћења (у складу са Уставом и својим статутима уређују надлежност, избор, организацију и рад органа и служби које оснивају) као и овлашћења која произилазе из закона и статута. За одлучивање о именовању потребна је обична већина (већина гласова присутних одборника односно посланика).

Међутим, у пракси у појединим случајевима има одступања од тога да је за избор неопходна већина свих одборника односно посланика, јер се у статутима појединих јединица ЛС и чак Пословником скупштине АП Војводине⁵ у члану 21. и 28. прописује другачије (председник и потпредседник Скупштине АП Војводине сматрају се изабраним ако је за њих гласала већина присутних посланика).

Приликом овог разграничења треба имати у виду, да се не само у пракси, већ посебно у законској терминологији, користи још и израз постављење, чијом се недовољно коректном употребом доводи до тумачења да поред избора и именовања постоји и постављење као трећи начин на који се врши формирање органа јединица ЛС, АП и органа јавних предузећа, установа и организација чији су оснивачи јединице ЛС и АП.

Као пример аутор наводи језичке формулације по ЗЛС, по раније важећем ЗЛС, као и по Закону о јавним предузећима и обављању делатно-

⁵ ("Службени лист АПВ", бр. 23/02, 30/04 и 4/08)

сти од општег интереса⁶ (у даљем тексту: Закон о ЈП). Ранији ЗЛС је предмет анализе овог реферата због тога што у пракси органа и судова по овом Закону постоје још увек нерешени предмети.

Ранији ЗЛС је прописивао да скупштина општине именује управни и надзорни одбор, а да поставља и разрешава директора комуналних јавних предузећа и секретара општине. ЗЛС одређује да скупштина општине именује управни и надзорни одбор и директоре јавних предузећа, а поставља секретара општине. Закон о ЈП који је био на снази у време важења оба наведена закона, у члану 14. је прописивао да директора јавног предузећа именује оснивач. Ако два, у исто време важећа закона, користе различите термине, а њима уређују формирање истог органа као у овом случају, нема сумње, да ови термини морају да имају исто значење, те да су именовано и постављено лице идентичан појам.

Све ово само указује да се и избором и именовањем фактички врши постављење одређеног лица у неко од два звања, или изборно или звање које се стиче именовањем, а да се у оним случајевима у којима ЗЛС и ранији ЗЛС користе термин постављење, у суштини ради о именованим лицима. По ставу аутора, две су врсте одлучивања и то: избор и именовање, а да разлике између постављења и именовања нема.

Ово је све неопходно истаћи и разликовати у пракси, јер је различит карактер акта о постављењу лица у изборним звањима и постављењу именованих лица.

Управни акт

При оцени да ли је акт, чија се законитост спори, управни акт против кога може да се води управни спор или не, увек је неопходно поћи, пре свега, од одредби Устава, Закона о државној управи⁷ (у даљем тексту: Закон о ДУ), ЗУП-а, Закона о управним споровима⁸ (у даљем тексту: ЗУС) и посебних закона којима су регулисане поједине области друштвених односа на које се тај акт односи.

⁶ ("Службени гласник РС", бр. 25/00... 123/07)

⁷ ("Службени гласник РС", бр. 79/05 и 101/07)

⁸ ("Службени лист СРЈ", бр. 46/96)

Одредбом члана 198. Устава прописано је да појединачни акти и радње државних органа, организација којима су поверена јавна овлашћења органа аутономних покрајина и јединица локалне самоуправе морају бити засновани на закону. Законитост коначних појединачних аката којима се одлучује о праву обавези или на закону заснованом интересу подлеже преиспитивању пред судом у управном спору, ако у одређеном случају законом није предвиђена другачија судска заштита.

Одредбом члана 3. став 3. Закона о ДУ прописано је да преко управног спора судови надзиру законитост појединачних аката органа државне управе донесених у управним стварима.

На овај начин постављен је уставни и законски оквир како за установљење начела законитости као једног од основних начела управног поступања уопште, па самим тим и одлучивања о избору и именовању, тако и за давање права на заштиту у управном спору који представља судску контролу законитости појединачних аката органа (не)државне управе, а установљена је увек када законом није предвиђена друга судска заштита. Она се обавља под условима прописаним ЗУС-ом као основним процесним законом којим се уређује поступак у управном спору.

Члан 6. ЗУС-а поред одређења да је управни спор дозвољен само против управног акта, садржи и дефиницију управног акта па је то акт којим државни орган и предузеће или друга организација у вршењу јавних овлашћења решава о одређеном праву или обавези физичког лица или правног лица или друге странке у управној ствари. Из овакве дефиниције произилази да акт чија законитост подлеже испитивању у управном спору мора да садржи елементе управног акта који се тичу: 1) доносиоца - државни органи, органи државне управе, али и други органи као што су председник Републике, скупштине: Републике, аутономне покрајине, општине, предузећа или друге организације у вршењу јавних овлашћења; 2) ауторитативности – да његов доносилац иступа према странци са јачом вољом у вршењу власти; 3) правног дејства - да се тим актом решава о одређеном праву или обавези физичког лица, правног лица или друге странке, што значи да његово дејство мора бити непосредно, јер за странку наступају одређене правне последице; 4) конкретности - односи се на правну ситуацију одређеног физичког, правног лица или друге странке; 5) постојања управне ствари у којој се доноси – да је управни акт донет у управној, а не некој другој ствари кривичној, прекршајној, грађанској и др.

Правна природа акта о избору

Већ је речено да у оквиру својих уставних и законских овлашћења, скупштина општине, скупштина града, скупштина града Београда и Скупштина АП одлучују о избору извршних и других органа у складу са законом и статутом.

Имајући у виду шта представља садржину управног акта по ЗУС-у, акт о избору, односно о разрешењу лица у изборним звањима има све његове елементе. Доноси се од стране органа недржавне управе (представничка тела јединице ЛС и АП); ауторитативан је, јер доносилац иступа према лицу које се бира, односно разрешава са јачом вољом у вршењу власти; доношењем овог акта непосредно се мења правна ситуација изабраног, односно разрешеног лица; конкретан је - односи се на конкретну правну ситуацију одређеног физичког лица и у погледу врсте правне ствари у којој се одлучује – решава се у управној, а не у некој другој правној ствари.

По ранијем ЗЛС председника скупштине општине и његовог заменика је бирала скупштина општине (члан 32. став 1. тач. 10. и 12 у вези члана 36. став 2. и члана 37. став 2) као и председника општине (члан 40. став 2.), али заменика председника општине именује и разрешава председник општине уз сагласност скупштине општине (члан 40. став 6). Ово значи да је по ранијем ЗЛС акт о избору председника скупштине општине и његовог заменика као и председника општине управни акт, али да акт о именовану заменика председника општине то није.

По ЗЛС скупштина општине бира и разрешава председника скупштине (члан 38. став 3) и његовог заменика (члан 39. став 2), као и председника општине (члан 43. став 1) и његовог заменика (члан 43. став 4) и ови акти имају карактер управног акта против којег је дозвољен управни спор и о чијој би законитости имајући у виду доносиоца био надлежан да одлучује окружни суд. Ова је измена у односу на ранији Закон правилна зато што је сасвим логично да правна природа акта о избору председника општине и његовог заменика буде идентична, јер заменик има овлашћења као и председник у случају његове одсутности и спречености да врши своју дужност. Ово је такође поједноставило поступак оцене законитости аката о њиховом избору.

Пракса Врховног суда Србије

У ранијој судској пракси забележен је став Савезног суда:⁹

"Појединачни акти о избору и именовању, односно разрешењу од дужности лица у изборним звањима, а која доносе представничка тела сматрају се управним актима против којих се може водити управни спор."

Из њега несумњиво произилази да је и ранија судска пракса имала став да је акт о избору и разрешењу лица у изборним звањима од стране представничких тела управни акт против кога може да се води управни спор. Непрецизна термилошка формулација у овом ставу може да изазове сумњу само када су у питању именована лица, односно по њој би могло да се сматра да је и акт о именовању раније био управни акт.

Овакав став о лицима у изборном звању није мењан па је и у актуелној пракси Врховног суда Србије такође заступљен став о томе да је акт о избору и разрешењу лица у изборним звањима управни акт против кога може да се води управни спор.

У пракси Врховног суда Србије најбројније су одлуке по тужбама које су подношене ради поништаја одлука скупштине општине о разрешењу дужности председника и заменика председника скупштине општине у којима се Врховни суд Србије оглашавао стварно ненадлежним и уступао предмете надлежном окружном суду.

Како је за одлучивање о законитости аката јединице ЛС стварно надлежан окружни суд, то су у пракси Врховног суда Србије могле да буду испитиване одлуке по захтевима за ванредно преиспитивање одлука окружног суда. Међутим, у припреми реферата аутор није нашао одлуке у којима је мериторно одлучивано о избору односно разрешењу председника скупштине општине и његовог заменика и председника општине, али у пракси Врховног суда Србије постоји одлука којом се одбија захтев за ванредно преиспитивање правноснажног решења окружног суда којим је одбачена тужба против одлуке скупштине општине о ускраћивању сагласности и предлог разрешења заменика председника општине, донета по ранијем ЗЛС у којој се суд изјаснио:¹⁰

⁹ Пресуда Савезног суда Уззс 11/76 од 20.8.1976. године

¹⁰ Пресуда Врховног суда Србије Увп.І 199/08 од 26.2.2009. године

"Одлука скупштине општине којом се ускраћује сагласност и предлог за разрешење заменика председника општине није управни акт у смислу члана 6. ЗУС-а, којим је одлучивано о одређеном праву тужиоца, па се тужбом у управном спору не може побијати."

Оваква пресуда донета је уз образложење да одлука о давању или ускраћивању сагласности на одлуку о именовању са предлогом за разрешење не представља управни акт, јер се њоме не одлучује о појединачном праву неког лица и ови разлози су правилни.

Међутим, за овакву одлуку постоје и разлози који се тичу начина формирања овог органа, а они су следећи: члан 40. став 6. ранијег ЗЛС прописивао је да заменика председника општине именује председник општине уз сагласност скупштине општине. Из наведеног произилази да се не ради о избору већ о именовању па акт о именовању и самим тим и разрешењу овог лица не представља управни акт у смислу члана 6. ЗУС-а. Утолико ни одлука којом се ускраћује сагласност на одлуку о именовању заменика председника општине такође нема карактер управног акта.

У погледу избора и разрешења чланова општинског већа за које је чланом 32. став 1. тачка 12. Закона о ЛС прописано да их бира и разрешава скупштина општине, Врховни суд Србије је у одређеним одлукама изразио свој став¹¹:

"Избор члана општинског већа од стране скупштине општине не представља решавање у управној ствари."

Међутим, аутор сматра да акт о избору чланова општинског већа садржи све елементе управног акта по члану 6. ЗУС-а. Ради се о изборном звању и то извршног органа општине и овај избор представља уставно право општине дефинисано чланом 191. став 4. Устава. Имајући у виду наведено аутор такође сматра да би овако изражен став у пресудама морао да буде преиспитан од стране Управног одељења Врховног суда Србије и усаглашен са законом.

¹¹ Пресуда Врховног суда Србије Увп.І 215/04 од 28.10.2004. год. и Увп.І 71/08 од 30.10.2008. год.

Правна природа аката о именовању

У пракси Врховног суда Србије прихваћен је став да акт о именовању (постављењу) и разрешењу именованих лица не представља управни акт. Он проистиче из чињенице да када су у питању директори, вршиоци дужности директора, чланови управног и надзорног одбора јавних предузећа, установа, организација и служби чији је оснивач јединица ЛС и АП, ради се о акту пословања, а не о управном акту, јер овом акту да би имао обележје управног акта против кога може да се води управни спор, недостаје елемент ауторитативности – да његов доносилац иступа према лицу које се именује односно разрешава са јачом вољом у вршењу власти. У доношењу ових аката скупштина јединице ЛС и АП иступа као оснивач, а не орган власти и због тога се не ради о ауторитативном, већ о акту пословања.

Ранији ЗЛС у члану 30. став 1. тач. 8, 10. и 11. прописивао је да скупштина општине именује и разрешава директоре комуналних јавних предузећа, установа, организација и служби чији је оснивач и даје сагласност на њихове статуте у складу са законом, поставља и разрешава секретара скупштине и поставља и разрешава начелника општинске управе, односно начелнике управа на предлог општине. Чланом 32. став 1. тач. 9. и 11. ЗЛС прописано је да скупштина општине именује и разрешава управни и надзорни одбор, директоре јавних предузећа, установа, организација и служби чији је оснивач и даје сагласност на њихове статуте у складу са Законом и поставља и разрешава секретара скупштине, а чланом 56. истог закона прописано је да начелника општинске управе, односно управе за поједине области поставља општинско веће на основу јавног огласа на пет година.

Иако ова два закона користе различите термине за формирање органа јавних предузећа, установа и организација и служби чији је оснивач општина, правна природа ових аката је иста. Ради се о именованим лицима.

У пракси се најчешће именују директори јавних предузећа и установа. У отклањању дилеме да ли су акти о именовању и разрешењу директора јавних предузећа, установа, организација и служби чији је оснивач општина управни акти поред ЗЛС увек треба консултовати и законе који су посебни, а који се односе на уређење области ради обављања које делатности је основано предузеће, установа, организација и служба. Као пример, биће наведено јавно предузеће и установа.

Закон о јавним службама¹² дефинише врсте јавних служби и то као установе, јавна предузећа и друге облике организовања утврђене законом.

У погледу јавних предузећа треба имати у виду и одредбе чл. 12. до 15. Закона о ЈП којима је јасно прописано да управни и надзорни одбор, директоре, вршиоце дужности директора, као и председнике и чланове надзорних одбора јавних предузећа именује и разрешава оснивач. Када је то јединица ЛС и АП онда је у надлежности њихових скупштина да врше именовање (оснивач јавног предузећа може по члану 43. Закона о ЈП да буде и Република) директора јавних предузећа чији су оснивачи. Треба напоменути да по члану 4. Закона о ЈП када је Република оснивач јавног предузећа, тада права оснивача преузима Влада Републике Србије и она врши именовање и разрешење директора, вршиоца дужности директора, чланова и председника управног и надзорног одбора. Врховни суд Србије испитује законитост аката Владе о именовању и разрешењу директора јавних предузећа чији је оснивач Република, али аутор сматра да ови акти такође представљају акте пословања, да немају карактер управног акта у смислу чл. 6. ЗУС-а и да нема разлике између њих и аката о именовању које доносе скупштине јединица ЛС и АП као оснивачи јавних предузећа, установа, организација и служби.

На исти начин као за јавно предузеће, отклања се дилема када су у питању установе. Треба консултовати закон којим се уређује област за коју је та установа основана, при чему тај посебни закон никако не би смео да буде у супротности са ЗЛС. На пример, у погледу именовања и разрешења директора апотекарске установе Закон о здравственој заштити¹³, у члану 130. став 3. прописује да директора, заменика директора, чланове управног одбора и надзорног одбора здравствене установе именује и разрешава оснивач. Ово значи, а у складу је са ЗЛС да уколико је општина оснивач апотекарске установе (по члану 46. Закона о здравственој заштити њу може да оснује Република, Аутономна покрајина, локална самоуправа, правно и физичко лице), скупштина општине у смислу члана 32. став 1. тачка 9. ЗЛС именује и разрешава наведене органе и такав акт нема карактер акта у смислу чл. 6. ЗУС-а против кога може да се води управни спор.

¹² ("Службени гласник РС", бр. 42/91... 79/2005)

¹³ ("Службени гласник РС", бр. 107/05)

У погледу начелника општинске управе и секретара општине несумњиво је да се не ради о лицима у изборном звању, већ лицима која се именују, при чему је у Закону искоришћен термин постављење па акт о њиховом именовану не представља управни акт. На овакав став нема утицаја ни то што је по ЗЛС у односу на ранији ЗЛС дошло до измене, јер сада начелника општинске управе уместо скупштине општине поставља општинско веће.

Пракса Врховног суда Србије

О правној природи акта о именовану директора јавног предузећа у ранијој пракси Врховног суда Србије постоји изражен став који до сада није промењен:¹⁴

"Против решења којим се ништи конкурс и одлука о именовану директора предузећа не може се водити управни спор. Учесник у конкурс у има право тужбе суду опште надлежности."

Такође актуелна пракса Врховног суда Србије се изјашњава кроз своју одлуку:

"Акт о именовану и разрешењу директора јавних предузећа није управни акт у смислу члана 6. ЗУС-а."¹⁵

У складу са овим ставом о томе да ови акти не треба да представљају предмет управног већ парничног судовања је и правно схватање Грађанског одељења Врховног суда изражено у сентенцама:¹⁶

"Општински суд је надлежан да суди у индивидуалној парници све спорове поводом избора и разрешења органа предузећа и јавних установа. Привредни суд је надлежан да суди у спору по тужби из члана 79. Закона о предузећима у који спада и спор о избору и разрешењу директора."

"Спор о законитости разрешења директора јавног и сваког другог предузећа спада у судску надлежност. "

¹⁴ Пресуда Врховног суда Србије У. 10284/68 од 7.11.1968. године

¹⁵ Пресуда Врховног суда Србије Увп. I 9/08 од 28.1.2009. године.

¹⁶ Правно схватање утврђено на седници Грађанског одељења ВСС од 25.6.2001. године и решење ВСС Рев. 4572/99 од 20.10.1999. године.

Овакви ставови Врховног суда Србије произилазе и из чињенице да се на радне односе у органима ЛС и АП и након ступања на снагу Закона о државним службеницима¹⁷ и то по члану 189. и даље, до доношења посебног закона сходно примењује Закон о радним односима у државним органима чија примена искључује надлежност суда у управном спору и упућује на заштиту у радно-правном спору.

У пракси Врховног суда Србије постоје одлуке којима се изражава став у погледу правне природе акта о именовању и разрешењу директора и вршиоца дужности директора установе:

"Директор апотекарске установе је лице које се именује, па акт о именовању, разрешењу па самим тим и о неприхватању предлога о именовању наведеног лица за директора, нема карактер управног акта у смислу члана 6. ЗУС-а."¹⁸

"Вршилац дужности директора апотекарске установе је лице које се именује, па акт о његовом именовању нема карактер управног акта у смислу члана 6. ЗУС-а."¹⁹

О правној природи акта о именовању заменика секретара општине изјаснио се Врховни суд Србије кроз своју одлуку.²⁰

"Постављење заменика секретара скупштине општине па и његово разрешење, не представља појединачни акт о избору и именовању, односно разрешењу од дужности лица у изборним звањима због чега је против тог акта недопуштено вођење управног спора."

У погледу правне природе акта о постављењу начелника одељења за одређене послове изјаснило се Грађанско одељење Врховног суда Србије кроз пресуду и то:²¹

"Решење о разрешењу са послова помоћника начелника Одељења за комунално-стамбене и грађевинске послове на које је тужилац био постављен, је радно-правни спор за чије је решавање у првом степену стварно надлежан општински суд."

¹⁷ ("Службени гласник РС", бр. 79/05... 116/08)

¹⁸ Пресуда Врховног суда Србије Увп.І 155/08 од 23.4.2009. године.

¹⁹ Пресуда Врховног суда Србије Увп.І 154/08 од 28.1.2009. године.

²⁰ Пресуда Врховног суда Србије Увп.І 404/04 од 15.6.2005. године.

²¹ Решење Врховног суда Србије Рев.І 1920/08 од 27.11.2008. године.

У пракси Врховног суда Србије није било предмета у којима би се овај суд изјашњавао о правној природи акта о именовању и разрешењу начелника општинске управе, али треба напоменути да је било одлука суда у којима је одлучивано о правној природи решења Министарства надлежног за локалну самоуправу које је на основу овлашћења из члана 111. став 2. ранијег ЗЛС поништавало решења о постављењу одређених лица за начелнике општинских управа. Тужбе против ових решења Врховни суд Србије је одбацивао, јер по ставу Управног одељења Врховног суда Србије из маја 2007. године, акт Министарства надлежног за локалну самоуправу донет на основу члана 111. став 2. раније ЗЛС, нема карактер управног акта у смислу члана 6. ЗУС-а.

Избор и именовање које врше скупштине АП

У погледу органа АП, њихово устројство је регулисано Статути-ма, на пример: кад је реч о АП Војводина, одредбом члана 21. став 10. Статута АП Војводина²² у надлежности је њене Скупштине да бира и разрешава: председника и потпредседника Скупштине, председника, потпредседника и чланове Извршног већа, председника и чланове радних тела Скупштине, секретара Скупштине и старешине које руководе радом покрајинских органа управе и покрајинских организација и служби и њихове заменике. Рад Скупштине АП је ближе прописан Пословником којим су одређени и кворуми потребни за законитост избора и именовања, али за разлику од Статута који у надлежности Скупштине АП прописује и то да она бира секретара Скупштине, Пословник у чл. 33. ст. 4. прописује да Скупштина АП свог секретара именује. Како се не ради о органу АП већ о лицу које за Скупштину, која је орган АП, обавља одређене стручне послове, аутор сматра да ову језичку неусклађеност Статута и Пословника треба разрешити тако што ће се секретар Скупштине АПВ сматрати именованим лицем.

Имајући у виду наведено акти скупштина АП којима се врши избор одређених лица представљају управне акте у смислу члана 6. ЗУС-а и против њих је дозвољено вођење управног спора, а акти којима се врши именовање то нису и против њих није дозвољена ова врста заштите.

²² ("Службени лист АПВ", бр. 17/91)

Акти о избору и именовању јавног правобраниоца

Посебну пажњу у пракси изазива правна природа акта о избору и именовању (постављењу) јавног правобраниоца и то пре свега због различите законске и подзаконске регулативе којом се уређује ова област.

Републичког јавног правобраниоца и његове заменике поставља Влада по члану 3. Закона о јавном правобранилаштву.²³ То значи да се акти о њиховом постављењу не сматрају актом против којих је обезбеђења заштита у управном спору, јер се ради о именованим, а не изабраним лицима.

Међутим, овај закон, сем што у члану 20. прописује да ће јавна правобранилаштва образована у општини, граду Београду, АП наставити са радом до доношења њихових статута, односно до доношења одлука о организовању вршења правне заштите, њихових имовинских права и интереса, не садржи норме које прописује устројство осталих правобранилаштава већ упућује на статуте јединица ЛС и АП.

Отуда је настала и различита регулатива приликом формирања осталих јавних правобранилаштава у погледу постављења лица која врше функцију јавних правобранилаца. Тако, Покрајинског правобраниоца и његове заменике бира и разрешава Скупштина АП Војводине и то по Одлуци о обављању послова правне заштите, имовинских права и интереса АПВ²⁴. Статутима јединица ЛС, градским и општинским одлукама о јавним правобранилаштвима, појединачно се уређује за сваку јединицу ЛС како се врши постављење на ову функцију. То је углавном именовање (постављење).

На пример: Одредбом члана 12. Одлуке о градском јавном правобранилаштву града Крагујевца²⁵ прописано је да градског јавног правобраниоца поставља и разрешава Скупштина града Крагујевца што је као њена надлежност прописано одредбом чл. 23. Статута града Крагујевца.²⁶

Статут града Ниша²⁷ у члану 76. прописује само да се Градски јавни правобранилац поставља, а да његове заменике поставља Скупштина града

²³ ("Службени гласник РС", бр. 43/91)

²⁴ ("Службени лист АПВ", бр. 10/04 и 16/05)

²⁵ ("Службени лист града Крагујевца", бр. 35/08)

²⁶ ("Службени лист града Крагујевца", бр. 9/08)

²⁷ ("Службени лист града Ниша", бр. 88/08)

Ниша. Овом одредбом се не одређује који орган поставља јавног правобраниоца, нити је одредбом чл. 37. Статута, којом је прописана надлежност Скупштине града, уређено да постављање Градског јавног правобраниоца врши Скупштина. Да је то ипак у њеној надлежности може се закључити тумачењем одредбе чл. 21. ст. 1. тач. 28. Статута, која прописује да је у надлежности града да организује вршење послова правне заштите својих права и интереса и одредбе чл. 27. ст. 2. Статута којим је прописано да ако законом или другим прописом није утврђено који орган је надлежан за обављање послова из надлежности града све послове који се односе на уређивање односа из надлежности града врши Скупштина града.

Одлука о Градском јавном правобранилаштву града Београда²⁸ у чл. 20. прописује да Градског јавног правобраниоца и његове заменике именује и разрешава Скупштина града.

Међутим, код неких градова је постављење Градског јавног правобраниоца стављено у надлежност Градоначелника. Пример за то је град Зрењанин, јер се чл. 6. Одлуке о јавном правобранилаштву града Зрењанина²⁹ прописује да Градског јавног правобраниоца и његове заменике поставља Градоначелник града.

Уколико се јавни правобранилац именује (поставља) без обзира који је орган јединице локалне самоуправе за то надлежан, такав акт не би имао карактер управног акта у смислу чл. 6. ЗУС-а. Међутим, уколико је прописано да се јавни правобранилац бира, одлука о његовом избору и разрешењу би била управни акт.

Чињеница, да Закон о јавном правобранилаштву није прописао поступак формирања ових органа сем Републичког јавног правобранилаштва, је довела до тога да се овај поступак формирања исте врсте органа, у различитим јединицама локалне самоуправе, може прописати тако да се негде врши као избор, а негде као именовање (постављење), чиме се због различите правне природе ових акта обезбеђује различита судска заштита грађанима.

Наведено упућује на то да би лице које се именује односно разрешава са функције јавног правобраниоца имало правну заштиту у парници

²⁸ ("Службени лист града Београда", бр. 5/92... 3/01)

²⁹ ("Службени лист града Зрењанина", бр. 24/08)

пред општинским судом, а лице које се на исту функцију бира, односно разрешава у другом граду, има право на заштиту у управном спору. То доводи у неравноправан, а у сваком случају различит положај грађане пред судом што је противно Уставом зајемченој једнакој заштити права пред судовима и другим државним органима, имаоцима јавних овлашћења и органима АП и јединица ЛС (члан 36. Устава).

Имајући све напред наведено у виду може се

ЗАКЉУЧИТИ

Постоје два начина формирања органа јединица ЛС и АП и јавних предузећа, установа, организација и служби чији су оне оснивачи: избор и именовање, при чему је постављење исто што и именовање.

Акт о избору и разрешењу лица у изборним звањима има карактер управног акта у смислу чл. 6. ЗУС-а. Против њега се може водити управни спор.

Акт о именовању (постављењу) и разрешењу именованих лица не представља управни акт и против њега није дозвољено вођење управног спора, већ се ове одлуке могу оспоравати у парници.

Потребно је што хитније изменити Закон о јавном правобранилаштву и законом прописати идентичан начин постављења на функцију и осталих јавних правобранилаца ради обезбеђења равноправности и једнакости свих грађана у остварењу Уставом зајемчене једнаке заштите права пред судовима и другим државним органима, имаоцима јавних овлашћења и органима АП и јединица ЛС.

Ружа Урошевић,
саветник Врховног суда Србије

НЕКЕ НОВИНЕ У ЗАКОНУ О ЕКСПРОПРИЈАЦИЈИ

Закон о изменама и допунама Закона о експропријацији (у даљем тексту: Закон), који је ступио на снагу 27. марта ове године, по мишљењу прегледача, треба да усклади решења из Закона о експропријацији¹ са променама у области својинско-правних односа које су уследиле од 1996. године, као и да створи правни основ за превазилажење проблема који су се јавили у његовој примени. Поред тога, треба и да прошири области у којима се може утврдити јавни интерес, због нових облика инвестиција које су од стратешког интереса за Републику Србију, а све то имајући у виду да је Уставом Републике Србије прописано да право својине може бити ограничено само у јавном интересу, утврђеном на основу закона уз накнаду која не може бити нижа од тржишне.

Овај реферат се неће бавити правно-техничким и термилолошким усаглашавањем одредаба Закона о експропријацији са прописима донетим после 1996. године, као што су Закон о Влади², Закон о локалној самоуправи³, Закон о територијалној организацији Републике Србије⁴ и Закон о планирању и изградњи⁵, већ решењима којима се постижу циљеви због којих је закон донет.

Корисници и предмет експропријације

Одредбом члана 3. Закона проширен је круг корисника експропријације, па се према новом решењу експропријација може вршити и за по-

¹ ("Службени гласник РС" бр. 53/95 и 21/01 СУС)

² ("Службени гласник РС" бр. 55/05 .. 101/07)

³ ("Службени гласник РС" бр. 9/02 ... 62/06)

⁴ ("Службени гласник РС" бр. 47/91 ... 49/99)

⁵ ("Службени гласник РС" бр.47/03 и 34/06)

требе привредних друштава која су основана од стране јавних предузећа и привредних друштава са већинским државним капиталом основаних од стране Републике Србије, аутономне покрајне, града, града Београда или општине, што до доношења овог Закона није био случај.

Обзиром да је проширен круг корисника експропријације, у члану 7. Закона је проширена сврха, намена и области у којима се може утврдити јавни интерес. Сагласно тој одредби, Влада може утврдити јавни интерес за експропријацију на свакој непокретности, уколико је обухваћена уговором о заједничком улагању у привредно друштво, односно заједничком оснивању привредног друштва који је закључила Република Србија, а неопходне су за обезбеђење неновчаног улога Републике Србије у то друштво, или су обухваћене одговарајућим планским актом. То значи да предмет експропријације може бити, без икаквих критеријума и ограничења, свака непокретност, уколико је по избору уговорача унета у уговор о заједничком улагању у привредно друштво или заједничком оснивању привредног друштва.

Истим чланом Закона предвиђене су измене у поступку утврђивања јавног интереса, почев од подношења предлога за утврђивање јавног интереса, па до судске заштите у управном спору.

Утврђивање јавног интереса

Предлог за утврђивање јавног интереса за експропријацију подноси лице које према одредбама Закона о експропријацији може бити корисник експропријације. У Закону је задржано старо решење да се предлог подноси преко министарства надлежног за послове финансија, али је уведена необична новина да ово министарство може да донесе и одлуку по предлогу, иако је за одлучивање по предлогу, по изричитој одредби Закона надлежна Влада. Наиме, у члану 20. Закона о експропријацији, после става 7. додат је став 8. који гласи:

"Ако предлагач поступка за утврђивање јавног интереса не достави све доказе прописане ставом 6. истог члана, нити ове доказе не достави ни у накнадно остављеном року, услед чега се не може поступати по поднетом предлогу, министарство надлежно за послове финансија закључком ће одбацити такав предлог као непотпун."

На овај начин прописано је да у управном поступку, покренутом по једном предлогу, истовремено могу да одлучују два органа – Влада и министарство надлежно за послове финансија, што у досадашњој правној теорији и пракси, по сазнањима аутора, није забележено.

У великом броју случајева, Врховни суд Србије је тужбе уважио и поништио решења Владе о утврђивању општег интереса због повреде правила управног поступка. При том је изразио став да у поступку утврђивања општег (сада јавног) интереса, странкама мора бити омогућено учешће у поступку. То је очигледно био разлог због кога је, у ставу 10. истог члана, предвиђено да се решење којим се одлучује о предлогу за утврђивање јавног интереса може донети и без претходног саслушања странака. Како се ради о дискреционој оцени органа да ли је саслушање странака потребно, а Законом није прописано да решење не мора да садржи образложење, овакво законско решење засигурно не ослобађа обавезе Владу да образложи разлоге којима се руководила при оцени да у конкретном случају није било потребно да се лица којима се експроприше имовина претходно упознају са самом чињеницом да се поступак за утврђивање јавног интереса уопште води, те да се у том поступку изјасне и заштите своја права и на закону засноване интересе. Наведено посебно има значаја ако се има у виду да је Законом искључено лично достављање.

Достављање у поступку утврђивања јавног интереса

У новијој законодавној пракси срећемо доста новина у погледу начина достављања управних аката странкама. Закон о пореском поступку и пореској администрацији⁶ је увео у члану 36, достављање писмена електронском поштом, а Закон о планирању и изградњи, у члану 146, достављање решења, односно наредбе, прибијањем на објекат који се гради, односно употребљава. Овај закон је отишао најдаље, па је предвидео да се решење којим је усвојен предлог за утврђивање јавног интереса објављује у "Службеном гласнику Републике Србије", и сматра се да је достављено странкама у поступку даном објављивања. При том, није регулисано на који начин се достављају решења Владе којима је одбијен предлог за утврђивање јавног интереса.

⁶ "Сл. гласник РС" м бр. 80/2002...20/2009

Због чега је све ово битно? Најпре због тога што странкама није омогућено да учествују у поступку, па самим тим да имају сазнање да се такав поступак уопште води. Затим, због тога што је Законом предвиђено да се против решења Владе којим се одлучује о предлогу за утврђивање јавног интереса – које може бити и позитивно и негативно, може покренути управни спор код надлежног суда у року од 30 дана од дана његовог достављања, односно објављивања у "Службеном гласнику Републике Србије".

Да ли то значи да ће се решења којима је одбијен предлог за утврђивање јавног интереса, за која све странке у поступку немају интерес, достављати странкама у поступку по одредбама Закона о општем управном поступку лично, а решења којима се усваја предлог за утврђивање јавног интереса, која су од изузетног значаја за учеснике у поступку, објављивањем у "Службеном гласнику Републике Србије". Надаље, да ли овакво законско решење представља директно кршење Европске конвенције о људским правима, кроз онемогућавање приступа суду странкама које, по дискреционој оцени доносиоца акта, нису учествовале у поступку и које немају сазнања да је донето решење којим је утврђен јавни интерес за експропријацију њихових непокретности?

На ова и слична питања, по свему судећи, одговор ће морати да да судска пракса.

Поступак експропријације

Поступак који претходи доношењу решења о експропријацији није претрпео значајне измене. Нова решења су везана за оглашавање решења о експропријацији ништавим и за поништај и измену правноснажног решења о експропријацији.

Наиме, због немогућности да се, применом одредбе члана 257. став 1. тачка 5. Закона о општем управном поступку, огласе ништавим решења о експропријацији, јер нису Законом о експропријацији прописане неправилности које су предвиђене као разлог ништавости, у члану 29. додат је нови став 4. којим је предвиђено да се решења о експропријацији, односно административном преносу, која су донета без претходно донетог решења о утврђивању јавног, односно општег интереса од стране Владе, оглашавају ништавим. У истом циљу је допуњена тачка 4) члана 31. тако да решење којим се усваја предлог за експропријацију мора да садр-

жи и број и датум решења Владе којим је утврђен јавни, односно општи интерес за експропријацију и назив органа који је то решење донео.

У члану 36. је садржано решење да ће се правноснажно решење о експропријацији увек поништити или изменити, када то заједнички захтевају корисници експропријације и ранији сопственик. У овом случају не постоје било каква временска ограничења за подношење захтева за измену или поништај решења.

Међутим, када захтев подноси ранији сопственик, односно његов наследник, зато што корисник експропријације у року од три године од правноснажности одлуке о накнади, односно од дана закључења споразума о накнади, није извршио, према природи објекта, знатније радове на објекту ради чије је изградње извршена експропријација, прописано је врло озбиљно временско ограничење од пет година. Наиме, по истеку рока од пет година од правноснажности одлуке о накнади, односно од дана закључења споразума о накнади, ранији сопственик експроприсане непокретности, односно његов наследник, не може поднети захтев за понитшај или измену правноснажног решења о експропријацији. То практично значи да се овај захтев може подносити искључиво у периоду од две године, који почиње истеком рока од три године за извођење знатнијих радова на објекту и завршава се истеком рока од пет година од дана правноснажности одлуке о накнади, односно од дана закључења споразума о накнади.

Када је у питању експропријација за потребе експлоатације минералних сировина, рокови су либералнији. Кориснику експропријације је остављен рок од шест година од правноснажности одлуке о накнади, односно од дана закључења споразума о накнади, да изврши знатније припремне и друге радове неопходне за експлоатацију минералних сировина. Тек протеком тог рока, ако знатнији радови нису извршени, ранији сопственик експроприсане непокретности може поднети захтев за поништај или измену правноснажног решења о експропријацији, али не и по истеку рока од осам година од дана правноснажности одлуке о накнади, односно дана закључења споразума о накнади.

На први поглед се чини да свако правноснажно решење о експропријацији може бити поништено или измењено на захтев ранијег сопственика, односно његовог наследника, уколико су испуњени напред наведени, законом прописани услови.

Међутим, строго формално гледано, нека решења никада неће бити поништена, јер је први услов неостварив. То је случај са решењима којима су експроприсане непокретности које су, према уговору о заједничком улагању у привредно друштво, односно заједничком оснивању привредног друштва, који је закључила Република Србија, неопходне за обезбеђење неновчаног улога Републике Србије у то друштво, а које су обухваћене тим уговором или одговарајућим планским актом. У тим случајевима законодавац није предвидео никакву обавезу корисника експропријације, па њено извршење није ни временски ограничено, тако да захтев за поништај или измену таквог решења не може бити ни поднет, односно такво решење о експропријацији никада не може бити поништено или измењено на захтев ранијег сопственика, односно његовог наследника.

Накнада за експроприсану непокретност

Устав Републике Србије, у члану 58, гарантује право својине тако што прокламује да право својине може бити одузето или ограничено само у јавном интересу утврђеном на основу закона, уз накнаду која не може бити нижа од тржишне.

Пратећи уставну терминологију, Закон у члану 1. прописује да се непокретности могу експроприсати или се својина на њима може ограничити само у јавном интересу утврђеном на основу закона, уз накнаду која не може бити нижа од тржишне, да би потом, у члану 42, прописао да се накнада за експроприсано пољопривредно земљиште и грађевинско земљиште одређује у новцу према тржишној вредности таквог земљишта, ако законом није друкчије прописано. И већ у следећем члану 43а. јесте друкчије прописано, и то тако да за одузето грађевинско земљиште у државној, односно јавној својини, кориснику тог земљишта припада право на накнаду и то лицу које је постало корисник грађевинског земљишта у државној својини до 13. маја 2003. године, у смислу члана 87. Закона о планирању и изградњи ("Службени гласник РС", број 43/03 и 34/06) – у висини средстава уложених за прибављање тог земљишта, валоризованих растом цена на мало од дана исплате средстава за прибављање земљишта до дана закључења споразума о накнади. Тај износ не може прећи износ тржишне вредности земљишта, што значи да може бити у висини тржишне вредности или нижи од тржишне вредности, па се намеће питање да ли је закон ипак само термилошки усклађен са Уставом Републике Србије?

У члану 5. Закона предвиђено је да се у случају експропријације пољопривредног земљишта ради изградње линијских инфраструктурних објеката, накнада одређује давањем ранијем сопственику другог одговарајућег пољопривредног земљишта исте културе и класе или одговарајуће вредности у истом месту или ближој околини, те да се накнада одређује у новцу уколико корисник експропријације није у могућности да понуди друго одговарајуће земљиште. Ако се има у виду да је одредбом члана 15. став 1. Закона о експропријацији прописано генерално правило да се накнада за експроприсано обрадиво пољопривредно земљиште одређује давањем у својину другог одговарајућег земљишта на захтев лица коме је приход од тог земљишта услов за егзистенцију, поставља се питање зашто је у случају експропријације ради изградње одређене врсте објеката - линијских инфраструктурних објеката, било потребно на другачији начин регулисати питање давања накнаде. Применом нове одредбе, власнику експроприсаног пољопривредног земљишта ће, без обзира на то да ли му је приход од земљишта услов за егзистенцију и без обзира да ли је поставио такав захтев, накнада бити одређена давањем у својину другог одговарајућег земљишта. Остваривање овог права не зависи од потреба и воље власника експроприсаног земљишта, већ од могућности корисника експропријације да одговарајуће земљиште понуди. Остало је нерегулисано ко и на основу чега цени могућности корисника експропријације, као и питање да ли је и у другим случајевима експропријације пољопривредног земљишта кориснику експропријације требало оставити право избора врсте накнаде, односно да ли му је уопште требало оставити право избора.

Док су у овом случају били привилеговани корисници експропријације који граде линијске инфраструктурне објекте, у следећем члану 6. Закона су прописани посебни услови за кориснике експропријације који се баве експлоатацијом минералних сировина. Они неће бити у обавези да, према члану 16. став 1. Закона о експропријацији, ранијем сопственику стамбене зграде или стана, односно пословне просторије, дају у својину другу стамбену зграду, стан или пословну просторију, већ ће општина бити у обавези да ранијем власнику у оквиру укупне накнаде додели једну грађевинску парцелу. При томе је остало нерегулисано који су критеријуми за доделу грађевинске парцеле по том основу и на коме је избор локације на којој се грађевинска парцела налази, што отвара могућност злоупотреба. Ако се има у виду да је у иновираним члану 20. прописано у ставу 2. да се јавни интерес може утврђивати и када је експропријација непо-

кретности неопходна за прибављање неизграђеног земљишта потребног ради расељавања насеља или дела насеља у случају експропријације ради експлоатације минералних сировина, корисник експропријације би био увек у могућности да власнику експроприсаног стамбеног објекта обезбеди накнаду давањем у својину другог стамбеног објекта изграђеног на том земљишту, а не доделом грађевинске парцеле по сопственом избору.

Значајну новину представља и допуна одредбе члана 42. према којој процену тржишне цене експроприсане непокретности врши орган надлежан за утврђивање пореза за пренос апсолутних права на непокретностима, односно одговарајућа организациона јединица Пореске управе на чијој се територији непокретност налази, чиме је коначно утврђен орган надлежан за процену тржишне цене експроприсане непокретности.

* * *

Укратко, изменама и допунама Закона о експропријацији уведене су следеће новине:

- 1. проширен је круг корисника експропријације;**
- 2. проширени су сврха, намена и области у којима се може утврдити јавни интерес;**
- 3. уведен је скраћен испитни поступак код утврђивања јавног интереса;**
- 4. прописана су нова правила за достављање одлука;**
- 5. утврђене су неправилности које представљају разлог ништавости решења о експропријацији;**
- 6. утврђени су преклузивни рокови за подношење захтева за поништај или измену правноснажног решења о експропријацији;**
- 7. прописан је начин утврђивања накнаде, као и орган надлежан за процену тржишне цене експроприсане непокретности.**

Радојка Маринковић,
саветник Врховног суда Србије

СУПСИДИЈАРНА ПРИМЕНА ОПШТИХ ПРОЦЕСНИХ ЗАКОНА У ПОСТУПКУ УТВРЂИВАЊА ДИСЦИПЛИНСКЕ ОДГОВОРНОСТИ ДРЖАВНИХ СЛУЖБЕНИКА

Сврха дисциплинског поступка може се дефинисати као један од инструмената осигурања уредног и делотворног поступања државних органа и служби и висок степен поверења грађана у институције и запослене у државним службама. Она се може дефинисати и као скуп мера државног апарата усмерених на спречавање негативних друштвених појава и забрањених последица у њему самом, као и стварање услова да до таквих појава и последица не дође. Дисциплински поступак, као и сваки други пенални поступак, остварује свој циљ кроз могућност изрицања казне за недозвољено понашање, односно кроз општу и индивидуалну превенцију. Општа превенција се огледа у свести државних службеника да се понашање које представља повреду службене, односно радне дужности, неће толерисати и да државни систем поседује делотворан и квалитетан механизам који ће санкционисати такво понашање, а да се индивидуална превенција огледа у изрицању законите и индивидуализоване казне државном службенику.

Кроз дисциплински поступак остварује се заштита друштва у целини, заштита државних органа, али и самих државних службеника. Кажњавањем државног службеника одговорног за повреду службене, односно радне дужности, онемогућава се изједначавање кривице, односно наметање одговорности осталим службеницима у државним органима који уредно и квалитетно обављају свој посао. Наравно, у поступку утврђивања дисциплинске одговорности је нужно да се државном службенику обезбеди право на правичан поступак, а да одлука о одговорности буде донета након утврђивања свих одлучних чињеница и уз поштовање претпоставке невиности.

Повреда службене дужности, односно дужности из радног односа, регулисана је у нашем законодавству већим бројем материјалних и процесних прописа који регулишу дисциплински поступак.¹ Закон о државним службеницима, под насловом "одговорност државних службеника" прописује дисциплинску одговорност због повреде дужности из радног односа; Законом о полицији прописана је дисциплинска одговорност за повреде службене дужности полицијских службеника и других запослених у Министарству, Закон о Безбедоносно-информативној агенцији (БИА) прописује дисциплинску одговорност припадника Агенције, Закон о Војсци Србије прописује дисциплинску одговорност припадника Војске Србије, а Царински закон дисциплинску одговорност царинских службеника.

У наведеним прописима користи се различита законска терминологија али суштинских разлика нема. Значајан број процесних одредаба које регулишу вођење дисциплинског поступка налази се у наведеним материјалним прописима. Закон о државним службеницима поред материјалних садржи и процесне одредбе које регулишу дисциплински поступак². Остали побројани закони садрже одредбе на основу којих су донети подзаконски акти којима је ближе регулисан дисциплински поступак који се води против лица чија се дисциплинска одговорност уређује тим законом. Царински закон прописује у погледу поступка да министар, на предлог директора, утврђује начин вођења дисциплинског поступка и изрицање дисциплинских мера, као и овлашћења за вођење дисциплинског поступка и преношење тог овлашћења.³ На основу члана 164. Закона о полицији донета је Уредба о дисциплинској одговорности у министарству унутрашњих послова⁴, на основу члана 24. став 3. Закона о Безбедоносно-ин-

¹ Закон о државним службеницима ("Службени гласник РС" број 79/05... 116/08)
Закон о полицији ("Службени гласник РС" број 101/05)

Закон о Безбедоносно-информативној агенцији ("Службени гласник РС" број 42/02)

Закон о Војсци Србије ("Службени гласник РС" број 116/07)

Царински закон ("Службени гласник РС" број 73/03...62/05)

² Чланом 112. Закона о државним службеницима регулисано је покретање дисциплинског поступка, чл. 113. вођење, а чланом 114. усмена расправа у дисциплинском поступку

³ Члан 308. Царинског закона

⁴ Уредба о дисциплинској одговорности у Министарству унутрашњих послова ("Службени гласник РС" број 8/06)

формативној агенцији, Уредба о дисциплинској одговорности припадника Безбедносно-информативне агенције,⁵ док је на основу члана 170. Закона о Војсци Србије, донето Правило о војној дисциплини⁶.

Пропис којим је регулисан дисциплински поступак за одређену категорију државних службеника, прописује и који се општи процесни закон примењује на питања поступка која нису њиме регулисана и у том смислу упућују на Закон о општем управном поступку⁷ или Законик о кривичном поступку⁸.

Ступањем на снагу Закона о државним службеницима, судска заштита против одлука донетих у дисциплинском поступку, уместо некадашње надлежности судова опште надлежности у радним споровима, остварује се у управном спору. Према ранијим прописима, судска заштита у управном спору била је предвиђена против одлука у поступцима дисциплинске одговорности припадника војске, а доношењем нових прописа није било промене.

ОДГОВОРНОСТ ЗА ПОВРЕДЕ СЛУЖБЕНЕ ДУЖНОСТИ

Одредбе материјално-правне природе

Дисциплински поступак је пенални поступак. Поштовање начела легалитета подразумева да нико не може бити позван на дисциплинску одговорност нити дисциплински кажњен за повреду радне или службене дужности, која није изричито као таква прописана законом. У зависности од степена утицаја на послове и задатке који су државном службенику стављени у задатак, као и утицаја на углед државне службе, повреде службене дужности, односно дужности из радног односа подељене су у лакше и теже.

Законом о државним службеницима прописано је да је државни службеник дисциплински одговоран за повреде дужности из радног односа, које могу бити лакше и теже.

⁵ Уредба о дисциплинској одговорности припадника Безбедносно-информативне агенције ("Службени гласник РС" 75/06)

⁶ Правило о војној дисциплини ("Службени војни лист" број 22/08)

⁷ ("Службени лист СРЈ", број 33/97)

⁸ Законик о кривичном поступку ("Службени лист СРЈ", број 70/01, 62/02, "Службени гласник РС" број 58/04...122/08 и 20/09)

Према Закону о полицији за лаке и тешке повреде службене дужности, полицијски службеници и други запослени у Министарству одговарају дисциплински.

Закон о Безбедносно-информативној агенцији не даје посебне одредбе материјалноправне природе у погледу дисциплинске одговорности његових припадника, већ у члану 20. став 1. прописује да се на права, дужности и одговорности по основу радног односа на припаднике Агенције примењују прописи који важе за раднике министарства надлежног за унутрашње послове. Ово упућивање (тренутно на важећи Закон о полицији), односи се на права, обавезе и одговорности, дакле на одредбе материјалне природе, како је изричито и прописано. Међутим не односи се на одредбе тог закона и прописе којима се уређује дисциплински поступак у смислу тог закона, јер је чланом 24. Закона о БИА, прописано да се дисциплински поступак против припадника Агенције води у складу са законом и другим прописима, да је у овом дисциплинском поступку искључена јавност и да Влада ближе уређује питања која се односе на дисциплински поступак припадника Агенције. На основу тог овлашћења донета је Уредба о дисциплинској одговорности припадника БИА.⁹

Законом о Војсци Србије прописано је да је припадник војске дисциплински одговоран за повреде дужности из службе, које могу бити лакше – дисциплинске грешке и теже – дисциплински преступи.

Царински закон прописује да се на дисциплинску одговорност царинских службеника примењују одредбе закона који уређује радне односе у државним органима, али и проширује ту одговорност тако што наводи и друге повреде које се поред повреда предвиђених тим законом, сматрају тежим повредама дужности царинских службеника. Овај закон као и Закон о БИА упућује на одредбе закона који уређује радне односе у државним органима, материјалноправне природе, односно оне којима су прописане повреде радне дужности, али не и на одредбе процесне природе, с обзиром да је у члану 308. ст. 3. Царинског закона прописано да начин вођења дисциплинског поступка и изрицање дисциплинских мера утврђује министар на предлог директора, као и овлашћење за вођење дисциплинског поступка и преношење тог овлашћења.¹⁰

⁹ Исто пресуда Врховног суда Србије У.бр. 608/08 од 2.07.2009. године

¹⁰ члан 308. ст. 3. Царинског закона

Дисциплинску одговорност не искључује одговорност за кривично дело или прекршаје. Према правној теорији кривично и дисциплинско право штите различите вредности: кривична дела су деликти јавно-правног карактера, а дисциплински деликти су повреде унутрашњег поретка државне институције, због чега је и могуће паралелно постојање кривичне и дисциплинске одговорности базиране на истој забрањеној делатности односно радњи, па је допуштено и истовремено кажњавање за кривично дело и дисциплински деликт. Дисциплинска одговорност је шири појам од кривичне одговорности јер се у дисциплинском поступку утврђују елементи повреде радне дисциплине при чему није нужно да су се истовремено остварили и елементи неког кривичног дела.¹¹ Одредбама Закона о државним службеницима, Царинског закона те Закона о Војсци Србије, изричито је прописано да одговорност за кривично дело или прекршаје искључује дисциплинску одговорност. Овако изричита одредба није дата у Закону о полицији и Закону о Безбедносно-информативној агенцији, али с обзиром на напред изнето, кривична и прекршајна одговорност ни овде не искључују одговорност за повреду службене дужности ако дело које је предмет кривичног поступка уједно представља и повреду службене дужности, нити ослобађање од кривичне одговорности представља ослобађање од одговорности за повреду службене дужности ако је извршено дело прописано као повреда службене дужности, односно повреда радне дужности. Кроз судску праксу уочено је да службеници којима је утврђена одговорност за повреду службене дужности базирана на чињеницама које представљају и кривично дело, приговарају да су ослобођени од кривичне одговорности или да је обустављен кривични поступак, па да би их у том смислу требало ослободити у дисциплинском поступку. Управо одвојеност дисциплинске од кривичне одговорности, односно неодговорности, чини такве приговоре законски неоснованим.

Према законском тексту, неке повреде дужности односно обавеза су у потпуности дефинисане као биће повреде нпр. учестало закашњавање, неоправдан изостанак са рада један радни дан, додатни рад мимо услова одређених законом, самоиницијативно иступање у јавности, ненаменско коришћење поверених средства, те се у поступку може лако утврдити да ли је радњом извршења остварено биће повреде. Међутим, повреде службене дужности као што су нпр. неизвршавање, несавесно, неблаговремено или не-

¹¹ Фрањо Бачић, Кривично право (општи део), Правни факултет Загреб, 1986. год.

марно извршавање обавеза, недолично понашање које штети угледу службе, које нису прецизно дефинисане и обухватају различите облике понашања државног службеника, морају се утврђивати са посебном пажњом, како се применом права не би повредило начело легалитета.

Посебна врста дисциплинског поступка је овлашћење надређеног службеника да утврди несавесно обављање службе или неизвршавање у целисти датих обавеза. Право на кажњавање државног службеника, у овој врсти скраћеног поступка, који се не води према правилима дисциплинског поступка, омогућава изрицање прописаних мера ради одржавања радне дисциплине. Није спорно да се таквом одредбом у краћој процедури штити интерес радне дисциплине и службе, али с друге стране овакав поступак отвара и могућност злоупотребе права на дискрециону оцену повреде радне дужности. У том смислу није спорно овлашћење надређеног службеника да изрекне дисциплинску меру, најчешће је то смањење плате у одређеном проценту за неки временски период. Међутим, да би поступање било законито, пре доношења таквог решења морају се утврдити одлучне чињенице, пружити странци – службенику могућност да се изјасни о свим чињеницама важним за доношење одлуке и разлози из којих произлази да је кажњени службеник својим понашањем нарушио радну дисциплину и да је било нужно предузети у непосредном руковођењу мере у оквиру датог дискреционог овлашћења. Стога и образложење решења мора бити састављено сагласно члану 199. Закона о општем управном поступку.¹²

Примена процесних прописа у дисциплинском поступку

Напред наведеним материјалноправним прописима предвиђене су одређене одредбе процесне природе које се односе на вођење и ток дисциплинског поступка. У односу на сва питања поступка која нису регулисана тим и на основу њих донетим подзаконским прописима, упућује се на супсидијарну примену општих процесних закона. Закон о државним службеницима, у члану 114. прописује да се на питања вођења дисциплинског поступка, која нису регулисана овим законом, примењују одредбе закона којим се уређује општи управни поступак. Закон о Војсци Србије, у члану 170. прописује да се дисциплинска одговорност, дисциплински по-

¹² Пресуда Врховног суда Србије У.бр. 3923/08 од 15.01.2009. године и У.бр.902/07 од 06.11.2008. године

ступак, извршавање дисциплинских санкција и месна надлежност организација, састав и рад војних дисциплинских судова и војних дисциплинских тужилаца, уређује правилном којој доноси председник републике на предлог министра одбране, с тим да одредбе правила не могу бити у супротности са одредбама Законика о кривичном поступку. На одредбе Закона о општем управном поступку у вођењу дисциплинског поступка, упућују и одредбе члана 12. Уредбе о дисциплинској одговорности у Министарству унутрашњих послова, у коме се наводи да се на питања вођења дисциплинског поступка у првом степену, која нису уређена овом Уредбом, примењују одредбе закона којим се уређује општи управни поступак, а овај закон примењује и дисциплинска комисија, као другостепена, као и одредба члана 12. Уредбе о дисциплинској одговорности припадника Безбедносне-информативне агенције, која, такође, упућује на примену закона којим се уређује општи управни поступак у примени процесних прописа на питања вођења дисциплинског поступка која нису уређена наведеном Уредбом.

Како већина прописа којима се уређују правила дисциплинског поступка упућују на супсидијарну примену Закона о општем управном поступку, може се рећи да је у нашем законодавству прихваћен немачки модел дисциплинског поступка (*Bundesdisciplinengesetz* из 2001. године). За то постоји низ оправдавајућих разлога. Пре свега, дисциплински органи су првенствено управни органи, а не судови, иако их поједини прописи тако називају, те им је ближа сама природа управног поступка. Осим тога, у односу на кривични поступак, дисциплински поступак је ипак блажа варијанта поступка, те омогућава поједностављивање самог поступка, при чему основна начела управног поступка омогућавају заштиту права и интереса лица против кога се поступак води. Уз све изнето не може се занемарити разлика у степену и врсти друштвеног интереса који се штити у дисциплинским поступком у односу на интересе заштићене кривичним законодавством.

И поред наведених разлога, већина земаља ипак примењује кривично-процесни модел у супсидијарној примени процесних закона у дисциплинским поступцима, правдајући такав приступ строгошћу процесних одредби кривичног законодавства и да тиме пружају већу правну заштиту лицу против кога се поступак води, а нарочито указујући на дисциплинске мере којој се у том поступку могу изрећи и њихове последице на

живот и рад државног службеника. С обзиром на наведено стање у законодавству, а у циљу спречавања да се дисциплински поступак не претвори у скривени кривични поступак, **XVII међународног конгреса кривичног права Међународног удружења за кривично право (АИДП) Пекинг, који је одржан од 12. до 19. септембра 2004. године, разрадио је примену начела кривичног поступка у дисциплинским поступцима и дао одређене препоруке.**

Према делу тих препорука дисциплинске санкције морају бити довољно јасно прописане и предвидиве, битна процесна правила правно прописана, санкције за дисциплинске повреде морају бити разборите и сразмерне тежини повреде, те личним околностима учиниоца и не смеју се користити као прерушено кривично правосуђе. Лицу против кога се води дисциплински поступак, мора се обезбедити непристрасна одлука заснована на прецизним и правно прописаним гаранцијама, органи дисциплинског поступка, који имају овлашћења спровођења истраге, треба да су одвојени од органа који имају овлашћење да спроводе поступак и изричу казне на другој страни, лицу против кога се води дисциплински поступак мора се обезбедити право на жалбу независном и непристрасном органу који мора располагати овлашћењима да одгоди извршење санкције на његов захтев. Током дисциплинског поступка, чак и уз уважавање потребе за његовим поједностављивањем, лице против кога се води поступак мора уживати битна права правичног и брзог поступка укључујући и претпоставку невиности и с њом повезано начело поштовања права одбране укључујући право на ћутање и право да не сарађује ни на који начин у утврђивању своје одговорности, право испитивања сведока, извођена сведока у своју корист и право на образложену одлуку. Лицу мора да се омогући приступ свим доказима на основу којих се утврђује његова одговорност, изузев оних којима приступ није дозвољен из одређеног фундаменталног разлога јавног интереса, али ни у том случају није дозвољено изрицање санкција само на основу доказа који су чувани у тајности од одбране. Право на одбрану мора се омогућити у виду независног адвоката кога службеник сам изабере или алтернативно право да изабере помоћ другог лица за које сматра да му може пружити адекватну помоћ у одбрани, а уколико то захтевају интереси правде, мора му се омогућити и право на бесплатну помоћ. Расправе у дисциплинском поступку у начелу морају бити јавне уз изузетне поступке у којима се изричу блаже санкције или у којима је потребна заштита интереса националне сигурности, али и тада се мора омогућити право на расправу осим ако је то

изричито противно јавном интересу. Начелно не треба изрицати санкције исте врсте, јер је дисциплински поступак специфичан по томе што његове санкције погађају радно-правни статус државног службеника. Забрањене су све методе које имају карактер силе или се њима задире у приватност одређене особе, односно које нису допуштене ни у истрагама у кривичном законодавству.

Супсидијарна примена Законика о кривичном поступку

С обзиром да у нашем законодавству супсидијарну примену Законика о кривичном поступку прописује Закон о Војсци Србије, то се и наведене препоруке највише односе на дисциплински поступак у Војсци. Анализирајући одредбе тог закона, одредбе Правила о војној дисциплини, као и Упутства о примени одредаба Правила о војној дисциплини, може се закључити да ова законодавна регулатива удовољава датим препорукама у смислу поштовања специфичности дисциплинског поступка и пружа гаранцију законитости и правилности вођења тог поступка, утврђивања дисциплинске одговорности и правилног одмеравања дисциплинских санкција. Треба веровати да ће и у пракси војнодисциплинских судова бити удовољено предвиђеним критеријумима. Ваља напоменути да је законитост одлука војнодисциплинских судова до укидања војног правосуђа 31.12.2004. године, ценио Врховни војни суд у управном спору, ада је и тадашња законодавна регулатива предвиђала супсидијарну примену општих правила кривичног поступка и да је у том смислу изграђена обимна и квалитетна дугогодишња судска пракса која свакако може да позитивно допринесе установљавању садашње судске праксе у управним споровима у тој материји.

Супсидијарна примена Закона о општем управном поступку

Да ли и колико супсидијарна примена Закона о општем управном поступку удовољава пеналној природи дисциплинског поступка и законским максимумима с обзиром на ту природу?¹³

¹³ И према судској пракси Европског суда за људска права у Стразбуру дисциплински поступак је пенални поступак, те се у њему мора обезбедити поштовање права из члана 5, 6. и 7. Конвенције о људским правима.

Закон о општем управном поступку је процесни закон са врло разрађеним процесним одредбама који пружа добру супсидијарну процесну основу за дисциплински поступак, јер садржи одредбе које обезбеђују правилно и законито поступање уз уважавање правних максима заштите права и интереса странке у поступку, утврђивања чињеничног стања процесно правилним извођењем доказа као и чињенично-правног закључка, и стварања квалитетне подлоге за правилну примену материјалног прописа.

Међутим, из судске праксе у управном спору, могао би се наметнути закључак да су управни-дисциплински органи супсидијарну примену Закона о општем управном поступку схватили као "комотније" поступање, што је за последицу имало низ повреда правила општег управног поступка, које су биле од битног утицаја на правилност и законитост решавања у конкретној дисциплинског ствари.

У намери презентовања досадашње праксе која би била од практичне користи за дисциплинске органе, аутор износи најчешће повреде правила поступања које су у поступку оцене законитости коначних одлука дисциплинских органа имале за последицу уважавање тужбе и поништавање оспорених одлука.

У поступку по жалби-приговору против одлуке првостепеног дисциплинског органа решавају комисије-колегијални органи. Састав комисије која одлучује мора бити сагласан саставу прописаном одредбама напред наведених законских прописа¹⁴, а доношење одлуке мора бити сагласно одредбама члана 69. Закона о општем управном поступку који прописује начин рада колегијалног органа. Када у списима нема доказа да је колегијални орган био састављен и одлучио на начин прописан законом, јер нема записника о већању и гласању из кога се види да ли и у ком саставу је колегијални орган одлучивао, да ли је постојала потребна већина за одлучивање, да ли је и каква одлука донета, не може се без наведене процесне претпоставке, ценити ни законитост одлуке у материјалноправном смислу¹⁵.

¹⁴ Члан 113. Закона о државним службеницима, члан 2. став 3. Уредбе о дисциплинској одговорности припадника БИА, члан 2. став 2. Уредбе о дисциплинској одговорности у МУП-у, чл. 162. Закона о Војсци Србије

¹⁵ Пресуда врховног суда Србије У.бр.8251/08 од 30.4.2009. године

Диспозитив решења донетог у управном поступку мора бити јасан и одређен.¹⁶ Да ли је диспозитив јасан и одређен цени се у зависности од управне ствари која је предмет поступка. Да би одлука донета у дисциплинском поступку била јасна и одређена, из диспозитива се мора видети ко је учинилац дисциплинске повреде, за коју радњу извршења се води дисциплински поступак са тачним чињеничним описом када и како је та радња извршена, законску одредбу која садржи биће повреде из које произлази да наведена радња извршења за коју се поступак води представља законом прописану повреду радне односно службене обавезе која је законом прописана као дисциплинска повреда и која је том радњом извршена, као и дисциплинску санкцију која се изриче учиниоцу. Разлози су вишеструки: имајући у виду обавезујући карактер диспозитива, на овај начин онемогућава се поновно вођење дисциплинског поступка за исту радњу извршења и против истог службеника, даје се могућност оцене прописа који се има применити с обзиром на временско важење и могућност оцене рокова застарелости покретања и вођења дисциплинског поступка, као и могућност оцене правилности изречене санкције и њеног извршења, а пружа и могућност оцене примене начела легалитета. Са изнетог, управно-судска пракса Врховног суда Србије сматра да диспозитив који није сачињен на напред наведени начин није јасан и одређен у дисциплинском предмету, чиме је учињена повреда члана 198. став 2. Закона о општем управном поступку, која је од битног утицаја на правилност и законитост решавања у тој управној ствари.¹⁷

Полазећи од јединствености првостепеног и другостепеног управног поступка, Врховни суд Србије је нашао да тужени орган није повредио правила поступања када је позивом на одредбу члана 232. став 1. Закона о општем управном поступку, одлучујући у поступку по жалби, повреду члана 198. став 2. Закона, учињену у поступку пред првостепеним органом (на тај начин што диспозитив који није био јасно одређен јер у њему није наведена радња извршења дисциплинске повреде), отклонио тако што је радњу извршења навео у диспозитиву своје одлуке, а жалбу одбио као неосновану. При томе није повређено право странке на учествовање у поступку јер чињенично стање није мењано нити употпуњавано.¹⁸

¹⁶ Члан 198. ст. 2. Закона о општем управном поступку

¹⁷ Пресуда Врховног суда Србије У.бр.6015/07 од 18.03.2009. године

¹⁸ Пресуда Врховног суда Србије У. бр 603/08 од 02.07.2009. године

Дисциплински поступак се покреће закључком у коме се наводе подаци за службеника и радња извршења за коју се поступак има водити. Орган који води дисциплински поступак изводи доказе на те околности и омогућава у току поступка службенику против кога се поступак води да активно учествује како би могао да штити своја права и интересе. Са ових разлога, радња извршења не може се мењати у самој одлуци, јер таква одлука не би била донета у ствари у којој је поступак покренут и вођен и која је предмет тог поступка, а за коју је лицу против кога се води поступак дата могућност учествовања. Са ових разлога повреда члана 192. став 1. Закона о општем управном поступку представља повреду правила поступања која је од битног утицаја на правилност и законитост решавања у дисциплинском поступку.¹⁹ При томе се не спори овлашћење дисциплинског органа да измени правну квалификацију учињене дисциплинске повреде, јер се тиме не мења њен идентитет. Управни органи и иначе, нису везани правном квалификацијом из акта којим се управни поступак покреће, али су одговорни за правилну примену материјалног прописа.

Ваљано образложење у свакој па и дисциплинској одлуци, по природи ствари, представља неопходну претпоставку правилности и законитости одлуке, јер без таквог образложења није могуће ценити правилност утврђеног чињеничног стања нити правилност примене материјалног прописа у жалбеном, а нарочито у управном спору. Недостатак ваљаног образложења не може се отклонити његовим накнадним издавањем, јер би се тиме отворила могућност произвољног решавања ствари и накнадног изналагања разлога да се оправда већ донето решење. Овај недостатак нарочито се не може отклонити у одговору на тужбу, иако тужени органи у пракси то често покушавају.

У дисциплинској одлуци образложење мора да садржи изведене доказе, чињенице утврђене на основу тих доказа као и чињенично-правни закључак да је радњом извршења за коју се поступак води службеник учинио повреду радне односно службене дужности која је као таква прописана законом. Када образложење није састављено сагласно члану 199. Закона о општем управном поступку, нити је другостепеном одлуком отклоњен тај недостатак, а при томе нису оцењени ни жалбени наво-

¹⁹ Пресуда Врховног суда Србије У. бр.7849/08 од 30.04.2009. године

ди сагласно члану 235. истог закона, учињене повреде правила поступања могу бити од битног утицаја на правилност и законитост решавања.²⁰

Посебан део у образложењу одлуке донете у дисциплинском поступку представљају разлози за изрицање дисциплинске санкције. С обзиром на примену Закона о општем управном поступку, појавила се потреба да се у законима материјалноправне природе пропише начин одмеравања казне, јер ЗУП у том смислу нема одредбе. Тако је нпр. чланом 115. Закона о државним службеницима прописано је да се при избору и одмеравању казне води рачуна о степену одговорности државног службеника, тежини последица повреде дужности, субјективним и објективним околностима по којима је повреда дужности извршена као и раније изреченим дисциплинским казнама. Без навођења ових разлога о изреченој казни не може се ценити да ли је она одмерена сагласно закону.²¹

ЗАКЉУЧАК

Различити материјални и процесни позитивноправни прописи у нашем законодавству регулишу дисциплински поступак у државним органима и институцијама. У тим прописима садржан је део процесних одредаба, док за сва питања поступка која нису регулисана тим прописима упућују на супсидијарну примену општих процесних прописа: Закона о општем управном поступку и Законика о кривичном поступку. С обзиром на правну природу дисциплинског поступка, у њему се преплићу елементи управног и кривичног. Због пеналног карактера за овај поступак би се могло рећи да је ближи кривично-правном нивоу, али је с обзиром на вредности које штити и органе који га воде усмеренији ка управном праву. У том контексту наглашених специфичности нужна и незаобилазна је примена начела легалитета, да нико не буде позван на одговорност нити кажњен за повреду радне односно службене обавезе која није као таква предвиђена законом, претпоставке невиности, да нико не може бити сматран одговорним пре него што је његова одговорност утврђена у законом прописаном поступку, као и право на одбрану односно учествовање у поступку у коме зна због чега и на основу чега се терети. Разуман рок за по-

²⁰ Пресуда Врховног суда Србије У. бр. 17/08 од 17.07.2008. године

²¹ Пресуда Врховног суда Србије У. бр. 589/07 од 17.07. 2008. године

Пресуда Врховног суда Србије У. бр. 4175/08 од 29.01.2009. године

кретање и вођење поступка те изрицање казне и њено извршење није само обавеза поштовања Европске конвенције о људским правима. Сврха сваког поступка и његове одлуке постиже се само онда када државни систем благовремено реагује. Свако кашњење у реаговању обрнуто пропорционално утиче и на генералну и специјалну превенцију.

Судска заштита намењена је непристрасној контроли правилности и законитости одлука донетих у дисциплинским предметима, која обухвата законом предвиђене разлоге: законитостведеног поступка и изречене дисциплинске мере и у том циљу истинитост чињеница на којима је одлука заснована. Чињенице од значаја за постојање повреде и дисциплинску одговорност не утврђује суд, јер би тиме преузео улогу дисциплинских органа, већ отклања пропусте које су ти органи учинили. Уколико сматра да су такви пропусти од битног утицаја на правилност решавања, враћањем предмета на поновни поступак, омогућава дисциплинским органима да отклоне учињене повреде и донесу закониту одлуку.

И на крају, уз примену посебних процесних одредаба којима се регулише вођење дисциплинског поступка, оба општа процесна закона на чију супсидијарну примену упућују ти прописи, пружају поуздан правни основ за законито вођење дисциплинског поступка уз поштовање свих принципа изнетих кроз овај рад, а судска пракса би морала да томе даје озбиљан допринос.

III
ОКРУГЛИ СТО

ОКРУГЛИ СТО
ИЗ ГРАЂАНСКЕ МАТЕРИЈЕ
О изменама и допунама
Закона о парничном поступку

Вида Петровић-Шкоро,
судија Врховног суда Србије

НУЖНОСТ ИЗМЕНЕ ЗАКОНА О ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ

Комисија за израду радне верзије Закона о изменама и допунама Закона о парничном поступку одредила је своје предлоге законских решења која би морала да омогуће ефикасније судске поступке. При реформи-сању грађанске процедуре имала је у виду могућности националног правосуђа, водећи рачуна о судским и адвокатским капацитетима. С друге стране Комисија је ценила потребе земље, које се могу ускладити с једне стране са жељама да остваримо делотворнији и ефикаснији судски систем, а са друге стране са могућностима.

Постојећи Закон о парничном поступку¹ мора се реформисати из више разлога:

- нужно је извршити измене важећег Закона о парничном поступку (ЗПП) донетих у време постојања државне заједнице Србија и Црна Гора, због измена државног субјективитета.

- након ступања на снагу важећег ЗПП донет је нов Устав Републике Србије, те је у смислу одредаба Уставног закона нужно извршити његово усаглашавање са Уставом;

- децембра 2008. године усвојен је нови сет закона који регулишу судски систем у Србији, те је нужно извршити и измене ЗПП и усагласити са новом организацијом судова, који ће бити конституисани и започети са радом 01.01.2010. године;

- постоји потреба је да се настави реформисање парничне процедуре имплементацијом препорука Савета Европе број Р(81)7 од маја 1981. године; број Р(84)5 од фебруара 1984. године; број Р(02)10 од септембра 2002. године. Радећи на предлозима измена и допуна Закона имале су се у

¹ Донела је га Народна скупштина Републике Србије 15.11.2004. године

виду дате препоруке и коментар из мишљења експерата Савета Европе за Нацрт ЗПП који могу бити прихваћени у садашњем тренутку;

- део измена уграђених у радну верзију Закона односе се на уочене недостатке постојећег закона, јасније формулисање одредби који су изазвале недоумице у њиховој практичној примени, језичких непрецизности закона који су створили проблеме у његовој примени. Цењени су и закључци са Регионале конференције "Унапређење и спровођење Закона о парничном поступку и пракса у Србији и региону" одржане новембра 2006. године у Београду, као и материјали са јавне дискусије "У сусрет изменама и допунама Закона о парничном поступку" организоване у јуну 2007. године у Београду, Крагујевцу, Нишу и Новом Саду. Размотрене су сугестије трговинских судова, и мишљења са стручних скупова. Посебно су цењени уочени недостатци у примени ЗПП приликом прегледа рада судова које је Врховни суд редовно вршио од ступања на снагу Закона.

Најбитније промене односе се на ванредне правне лекове. Извршена је редукација броја ванредних правних лекова. Предложено је да се укине Захтев за заштиту законитости, ценећи да је парнични поступак диспозиција странака, које слободно располажу правима и обавезама. Мишљење је и експерата Савета Европе да мешање јавног тужиоца у парнични поступак изгледа неоправдано. У давању нових решења, цењена је и пракса Суда у Стразбуру. Сличан правни систем у Румунији, у погледу мешања јавног тужиоца у грађанску процедуру, резултирао је доношењем више одлука Европског суда за људска права, у којима је утврђено да је повређен члан 6. Конвенције². Овлашћења у погледу заштите правног поретка и законитости, јавни тужилац може користити, уколико за то има правни интерес, мешањем током поступка у парницу, сходно својим законским овлашћењима.

Тачно је и да у земљама средњеисточне Европе још увек постоје поступци по захтевима тужиоца, али већ дуже од једне деценије и Европски суд за људска права својим одлукама утврђује кршење права на правично суђење (члана 6. Конвенције) у оваквим случајевима. Ово је евидентно довело у сумњу усклађеност поступка по оваквом правном леку, са Европском конвенцијом о људским правима.

² Брумаресцу против Румуније одлука од 28.10.1999. године по представци број 283042/96.

И држава, ако је учесник у поступку мора имати иста права као и свака друга странка. Државна имовина мора имати једнаку заштиту као и имовина других титулара својине. Поред тога, заштита људских права и слобода, сада се може остваривати и пред Уставним судом. Одлуке Уставног суда, као и одлуке Суда у Стразбуру, основ су за понављање поступка. Суд је једини властан да одлучи о основаности предлога за понављање поступка, што му даје обавезу и да спречи злоупотребе у коришћењу овог правног лека. У овој фази реформе, већ раније смањена улога тужиоца у грађанским стварима у потпуности је искључена. Четворогодишња пракса проистекла у суженој делатности јавног тужиоца по одредбама важећег ЗПП, указује да је његово мешање било занемарљиво, с обзиром на веома мали број поднетих захтева за заштиту законитости од стране тужиоца. Тако је и пракса показала да више нема потребе за овим правним леком. Европски суд је у пракси исказао своје правно становиште,³ утврђујући да је право странке на суд илузорно ако правни систем државе дозвољава могућност да судска одлука која је постала правноснажна и обавезујућа буде поништена од стране вишег суда на основу захтева који поднесе представник државе.

Поштујући начело извесности и принцип делотворности правних лекова предложена је и промена правне природе "ревизије". Предложено је, да овај до сада ванредни правни лек, постане изузетан и рестриктивни редовни правни лек. Жељени циљ је да се постигне разумни рок у одлучивању по овоме леку, који ће сада по правилу одлагати извршење, али ће на овај начин обезбедити правну извесност.

Суд у Стразбуру је изградио стандард "да начело правне извесности" подразумева да од суда донета коначна (правноснажна) одлука, никада не би смела да се доводи у питање. У експертизи ЗПП дато је мишљење да одлуке Врховног суда Србије којима се укидају правноснажне одлуке нижестепених судова по иницијативи тужиоца, повређују начело правне извесности, па самим тим и право на правично суђење.

Првостепени суд, коме се ревизија упућује, доставиће је са списима у року од три од дана жалбеном суду, који ће по придруживању својих списа, доставити предмет у року од три дана Врховном касационом суду. Трочлано веће Врховног касационог суда ће у року до 15 дана од пријема

³ Пресуда "RYAPYKH против Русије" од 24.7.2003. године, која је постала правноснажна 03.12.2003. године.

предмета одлучити о благовремености и дозвољености ревизије и потом благовремену, потпуну и дозвољену ревизију доставити противној странци у року од осам дана. Поштујући једнакост странака у поступку страна којој је достављена ревизија, има право на одговор, у року од 30 дана. Предвиђени рокови треба да обезбеде ефикасност суда. О основаности ревизије одлучиваће петочлано веће Врховног касационог суда. Због сада другачије правне природе овог сада редовног правног лека, поштравају се и разлози због којих се ревизија може изјавити.

Реформа има циљ да се заштита људских права оствари пред националним судовима. Одређен је субјективни рок за подношење предлога за понављање поступка у случају кад је Европски суд за људска права донео одлуку о повреди људског права у истом или сличном правном односу против Републике Србије. Уставом дато право грађанима на уставну жалбу довело је до потребе да се уведе још један разлог за понављање поступка. Одлука Уставног суда Србије којом се утврђује кршење права, може представљати основ за понављање поступка. Предлогом измена редигују се ранији разлози за понављање поступка, сада сврстани у једну тачку, и то ако странци незаконитим поступањем није била дата могућност да расправља пред судом.

Предложено је да се сви новчани износи у ЗПП, који се односе на одређивање вредности спора због надлежности судова, одређивање вредности спора која обезбеђују право странака на одговарајућу врсту спора или новчану вредност која обезбеђује право на изјављивање ревизије, те новчане казне, изражавају у динарској противвредности еура, као опште прихваћене новчане јединице у земљама Европске уније. Ово би с једне стране обезбедило сигурност у надлежности судова, без обзира на промене вредности националне валуте, а с друге стране пружило правну сигурност свим учесницима у поступцима пред националним судовима и дало гаранције за једнаку правну заштиту. Ово није новина у нашем правном систему. Оваквом решењу већ се прибегло у одређеном броју закона, што представља још један корак у остваривању услова за већу правну и економску извесност.

Одредбе које регулишу јавно суђење (члан 307. став 2) допуњене су и измењене у смислу посебних закона (нпр. Породичног закона). Имплементирани су стандарди из праксе Европског суда у Стразбуру, у погледу јавности, као битног сегмента права на правично суђење. На жалост, и даље ни једним посебним законом није дефинисана службена и

државна тајна. Судије ће у пракси да примењују као критеријум стандард "легитимног циља", који произилази из судске праксе за члан 6, Европске конвенције о људским правима, да би у маргини процене обезбедили јавност у суђењу као основно начело, у односу на извођење доказа који су проглашени тајном.

Промене у погледу права употребе језика у складу су важећих закона и новог Устава, уз обавезу обезбеђења странкама коришћења матерњег језика. Овакво уставно и законско решење превазилази европски стандард, произашао из права на правично суђење, а да је потребно обезбедити коришћење језика који странка разуме. Изменама је разграничено место судског тумача и преводиоца у судском поступку.

Пракса је показала да је могућност злоупотребе процесних овлашћења по садашњим одредбама које регулишу институт искључења и изузећа као и делегације судова и даље велика, и омогућава одуговлачење поступка. Предлог допуне закона би требало да спречи злоупотребе, али да омогући остваривање заштите права пред непристрасним судијама, у суду који је на закону заснован. Првостепени суд је добио овлашћења да може да одбаци необразложен предлог за делегацију којим се захтева искључење свих судија (члан 62. став 2. ЗПП). Овлашћења да се одбаци захтев за изузеће и искључење, у складу са законом предвиђеним разлозима, добио је судија, односно инстанциони суд пред којим се води поступак. Предложена су решења која воде скраћивању, а где је потребно продужењу рокова, да би се остварили стандарди који указују на једнакост странака у поступку и омогућавају делотворну, а не илузорну могућност коришћења правних лекова. Ово је разлог продужења рокова за изјављивање одговора на жалбу и одговора на ревизију. Са истих разлога уређено је и конкретизовано начело помоћи неурој странци, у вези начела социјалног поступања (члан 166. ЗПП). Регулисано је и питање рокова за предузимање радњи од стране постављеног бесплатног заступника (члан 164. став 2), ради остваривања да утврђено право на правну помоћ не би било "илузорно".

Одредбе о судском поравнању измењене су и допуњене (члан 322. ЗПП) па се предложи да странке могу до правноснажног окончања поступка да закључе судско поравнање. Ако је закључено после доношења првостепене одлуке, суд ће донети решење којим ће утврдити да је првостепена пресуда без дејства и обуставити поступак.

Судска пракса је понекад била у супротности са теоријским тумачењем правног дејства правноснажне одлуке кривичног суда (члан 347). Стога се предлаже да правноснажна одлука кривичног суда не производи правно дејство према лицу које није имало могућност или право да учествује у кривичном поступку, у коме је та одлука донета.

Предложеним изменама и допунама ЗПП прецизније је регулисано рочиште пред другостепеним судом и ближе уређен поступак после укидања првостепене одлуке. У циљу остваривања принципа двостепености у суђењу, регулисане су и последице које настају у случају одржавања расправе пред другостепеним судом када је донета пресуда заснована на новим чињеницама и доказима. Другостепени суд је сада овлашћен да донесе све одлуке из члана 373. ЗПП (да одбаци жалбу као неблаговремену, непотпуну и недозвољену, да одбије жалбу као неосновану и потврди првостепену пресуду, да укине пресуду и упути предмет првостепеном суду на поновно суђење, да укине првостепену пресуду и одбаци тужбу, да преиначи првостепену пресуду и одлучи о захтевима странака и да усвоји жалбу, отклони повреде, утврди да је првостепена пресуда без дејства и одлучи о захтевима странака и то без обзира да ли је одржана расправа пред другостепеним судом).

У циљу обезбеђења права на правично суђење странкама, али с друге стране са жељом да се онемогући злоупотреба процесних овлашћења правило "beneficium provocum" ограничено је када се поново расправља о истом захтеву после укидања првостепене пресуде. Прописује се да се нови докази могу предложити само ако странка учини вероватним да их без своје кривице није могла изнети, односно предложити до укидања, осим ако законом није другачије предвиђено. Са истих разлога члан 384. ЗПП допуњен је, па странка нема право да на новој главној расправи преиначи тужбу тако што ће променити истоветност захтева, или истакнути други захтев уз постојећи који не произилази из истог чињеничног основа.

Допуне разлога изјављивања директне ревизије указују да правни лек добија ширу правну примену и зависи од диспозиције странака, у много већој мери него што је било са досадашњим решењем.

Предложене су и промене института решавања спорног правног питања пред Врховним касационим судом. Установљена је прецизнија процедура. Институт би био применљив на делотворнији начин, без могу-

ћих злоупотреба које су уместо да побољшају процедуру у смислу коришћења права, давали могућност не ретко злоупотреби овлашћења.

Посебни поступци, и даље регулисани посебним главама, превасходно трпе реформе због уочених проблема у примени постојећих норми. Оне се често нису тумачиле у складу начела закона. У поступцима у парницама из радних односа, у парницама због сметања државине и споровима мале вредности предложено је да ако тужени не дође на рочиште за главну расправу, а уредно је позван, суд може донети одлуку на основу до тада утврђеног чињеничног стања и чињеничног стања утврђеног на рочишту са кога је тужени изостао. У парницама поводом колективних уговора суд пресудом изриче како гласи правна норма у колективном уговору код послодавца којим се уређује спорно питање из колективног уговора, и изрека пресуде тада представља саставни део колективног уговора све док он важи.

Правно политичко питање је на који начин ће овлашћени предлагач закона, Министарство правде, или Скупштина која доноси закон, одлучити о алтернативно предложеном решењу прелазних одредби. Према опште прихваћеном правном правилу забране ретроактивности закона, на све започете поступке, који нису окончани до дана ступања на снагу Закона о изменама и допунама ЗПП примењује се нови закон. Ако је донета првостепена пресуда пре ступања на снагу новела примењивао би се стари закон, што би било од битног утицаја на цензус утврђен за право на ревизију у време подношења тужбе. Овакво решење би довело до тога да Врховни касациони суд има веома велики број ревизијских предмета. Предложена алтернатива даје могућност да се у случају да је пре ступања на снагу новела, ако је била донета првостепена пресуда да се о жалби одлучје по ранијим прописима, али да ће се о ревизији одлучивати по новом закону као редовном правном леку са новим цензусом.

Имајући у виду да се ради о две могућности од којих једна више може омогућити остварење жељеног разумног рока и ефикасности, а друга даје могућност делотворности правног лека и постојање правне стабилности, евидентно је да ће од усвојеног предлога зависити и будућа оптерећеност, односно ефикасност у раду највишег суда у Србији.

Постојећим одредбама о међународној правној помоћи је дата основа у начину функционисања судова, а ове одредбе су у потпуности у

сагласности са одредбама посебног Закона о међународној правној помоћи у грађанским стварима, који се такође налази у законској процедури.

Планирани реформски корак још у време доношења ЗПП доноси промене да се у што већем степену оствари право на правично суђење, а посебно омогући учесницима у поступку ефикасан и делотворни правни лек. Међутим, ни нове промене које воде реализацији жеље за остварењем разумног рока, неће представљати гаранцију за остварење оваквих циљева. Законске могућности су повећане, системска решења поново усклађена, али никада само одредбе законског текста, нису могле представљати основ за квалитетну реформу судског поступка. И даље ће ефекат измена зависити од тога како поступак буде примењиван, тумачене норме од стране судија који имају задатак да на адекватан начин имплементирају законске норме у праксу.

Надаље, остварење права на правично суђење захтева свеобухватну реформу. Још увек, девет година од кад је почео да се реформише правосудни систем, није дошло до преношења појединих судских послова на друге органе или професије, нпр. нотаре, нити је дошло до растерећења судова у складу са препорукама Савета Европе. И даље нису спроведени свеобухватни, системски потези ради остварења услова да се спорови решавају алтернативним путем, нарочито медијацијом или путем арбитража. Предвиђена реорганизација судства, коју мора да прати и реорганизација судске управе са пратећом променом логистике и аналитике треба да започне 01. јануара 2009. године и тек треба да да одговор да ли ће представљати адекватан начин за остварење жељеног циља, да се обезбеди ефикасније и квалитетније правосуђе. Стога бих закључила да су допуне и измене ЗПП и даље само један од корака у реформисању парничне процедуре која мора да обезбеди грађанима квалитетну заштиту права.

Снежана Андрејевић,
судија Врховног суда Србије

ИЗМЕНЕ И ДОПУНЕ ЗАКОНА О ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ

Странке имају право на закониту, једнаку и правичну заштиту својих права

Странка има право да суд одлучи о њеним захтевима и предлозима у разумном року¹

Начела грађанског поступка за унапређење остваривања правде из Препоруке бр. Р (84) 5 Комитета министара земљама чланицама Савета Европе² прокламују да:

- поступак по редовном току ствари не би требало да траје дуже од два рочишта, од којих прво може да буде припремног карактера, а друго да служи прикупљању доказа, изношењу аргумената странака и, ако је могуће, доношењу пресуде. Суд треба да обезбеди да се на време предузму сви кораци потребни за друго рочиште и, у начелу, не треба дозволити никакво одлагање, осим у случају појаве нових чињеница или у другим ванредним и важним околностима;

- тужбени захтеви странака, њихова одбрана и, у начелу, њихови докази, треба да се представе у најранијој фази поступка, осим у случајевима где закон налаже другачије;

¹ Чл. 2 став 1. и 10. став 1. Закона о парничном поступку (објављен је 22. новембра 2004. године у "Службеном гласнику Републике Србије" 125/2004, а ступио на снагу по протеклу три месеца од дана објављивања – 23. фебруара 2005. године)

² Збирка одабраних Препорука Савета Европе – Канцеларија у Београду, Београд 2004, стр. 52, 54

Према члану 40. став 1. Пословника Владе ("Службени гласник Републике Србије" 100/05, 51/06, 61/06, 69/08) као прилог уз нацрт закона предлагач доставља изјаву да је нацрт закона усклађен с прописима Европске уније, у облику који је усвојила Влада, или изјаву да о питању које нацрт закона уређује не постоје прописи Европске уније.

- у жалбеном поступку суд не треба да прихвати нове чињенице које нису биле изнете у првом степену осим ако: ове нису биле познате за време првостепеног поступка; лице које их износи није било странка у првостепеном поступку; постоји посебан разлог за њихово прихватање;

- треба предузети мере за спречавање злоупотребе правних лекова.

У начелу, спорна питања у предмету треба дефинисати у првом степену. Сви могући захтеви, чињенице и докази треба да се поднесу првостепеном суду, а у циљу омогућавања странкама да процене да ли да користе право на жалбу, као и у циљу смањења броја жалбених поступака, првостепени суд треба обавезати законом да даје јасна и исцрпна образложења својих одлука на лако разумљивом језику.

Увођење нових захтева, чињеница или доказа у другостепени поступак треба ограничити, осим у случају настанка нових околности или других разлога који су изричито прописани законом и расправу ограничити на образложене наводе жалбе³.

Кад су у питању достигнути стандарди из члана 6 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (ЕК)⁴ о праву на правично суђење, они морају бити саставни део судске процедуре ради остварења једнаке, законите и правичне заштите пред судом у разумном року и правила домаће процедуре се морају примењивати сагласно овим стандардима⁵.

Имплементација ових начела, која је у функцији спречавања злоупотребе процесних овлашћења (у циљу одуговлачења поступка) и ефика-

³ Препорука бр. Р (95) 5 Комитета министара земљама чланицама Савета Европе о увођењу и унапређивању жалбених поступака у грађанским и привредним предметима, Збирка одабраних Препорука Савета Европе – Канцеларија у Београду, Београд 2004, стр. 60, 61, 62

⁴ Закон о ратификацији ове Конвенције објављен је у "Службеном листу Србије и Црне Горе – Међународни уговори" 9/2003, измене и допуне ове конвенције објављене су у "Службеном листу Србије и Црне Горе – Међународни уговори" 5/2005, а Закон о ратификацији Протокола 14. уз Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода објављен је у "Службеном листу Србије и Црне Горе – Међународни уговори" 5/2005

⁵ Европски суд за људска права се нарочито у предмету *В.А.М. против Србије* изјаснио о овлашћењима која суд има по новом Закону о парничном поступку и која није користио у овом поступку

снијег вођења поступка, који треба да се оконча у разумном року⁶, и конкретизација ових начела извршена је и делимичним реформисањем правила парничне процедуре у новом Закону о парничном поступку (ЗПП).

Међутим, у примени новог Закона о парничном поступку појавила су се бројна спорна питања која су захтевала циљно тумачење да би се остварио основни реформски захтев у погледу унапређења и ефикасности овог сегмента грађанскоправне заштите, обзиром да нова решења у грађанскопроцесној процедури нису била праћена новим организационим прописима у погледу мреже судова јер је примена тих прописа више пута одлагана. Од 2001. године чекамо нову мрежу судова и примену нових организационих прописа па ће, по свој прилици, прави ефекти нове грађанскопроцесне процедуре моћи да се сагледају тек после 1.1.2010. године.

Унапређење парничне процедуре захтева доследну примену **начела диспозиције**, осим у случајевима прописаним законом, као изузетак од овог начела, уз интервенцију инстанционог суда само кад се ради о таквим кршењима процедуре који цео поступак чине неправичним.

У овом раду, за потребе Округлог стола и стручне расправе о предложеним Новелама ЗПП указујемо само на неке од измењених или нових института грађанске парничне процедуре, усаглашене са важећим конституционалним актима, који су од значаја за имплементацију нових

⁶ Члан 6 став 1 Европске 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, 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, који је донела Скупштина Србије и Црне Горе (Закон о ратификацији ове Конвенције објављен је у "Службеном листу Србије и Црне Горе – Међународни уговори" 9/2003

"Свако, током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама или о кривичној оптужби против њега, има право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона. ..."

организационих прописа или за унапређење парничне процедуре која треба да омогући ефикаснију грађанскоправну заштиту.

Рокови

Обзиром на наглашену диспозицију странака у реформисаној парничној процедури, рок за жалбу требало би у предстојећем новелирању Закона о парничном поступку, продужити, тако да против пресуде донете у првом степену рок за жалбу буде 30 дана, уместо 15 дана а у меничним и чековним споровима 15 дана, уместо осам дана, како је то било прописано свим законима којима је била уређена парнична процедура до сада. По истом принципу требало би продужити и рок за одговор на жалбу на 15, односно осам дана.

И временски рокови и периоди застаревања када су превише кратки, да је практично немогуће деловати у оквиру њих, могу довести до лишавања појединаца приступу суду⁷.

Вредност предмета спора

Усаглашавање одредаба Закона о парничном поступку са одредбама новоусвојених закона о судству, захтевало је, пре свега, корекцију одредаба члана 34 ЗПП о утврђивању вредности предмета спора када се тужбени захтев не односи на новчани износ, тако да ова парнична радња практично постаје обавезна и претходи оцени стварне надлежности у смислу члана 17. став 1. у вези члана 187. став 2. ЗПП, а предузима се по приговору туженог на вредност предмета спора коју је у тужби означио тужилац. Решење о вредности предмета спора, у овом случају, суд ће објавити на припремном рочишту, односно на главној расправи пре почетка расправљања о главној ствари, а против тог решења није дозвољена посебна жалба.

⁷ Наравно да су ограничења временских рокова за подношење појединих тужби или жалби прихватљива јер су у интересу доброг спровођења правде и управљања судством, за постизање легитимних циљева обезбеђивања правне сигурности и спречавања тужби поводом прастарих догађаја, али не смеју бити ни прекратки да не би угрозили оставрење права на приступ суду.

Састав већа

Како је предложено брисање става 5. члана 37. ЗПП, за суђење ауторских спорова, спорова који се односе на заштиту или употребу проналазака, узорака, модела, жигова или географских ознака порекла, права на употребу фирме или назива, у првом степену није више прописан обавезан зборни састав већа. Измена је усвојена на примедбу Вишег трговинског суда и усаглашене одредбе о зборности у суђењу из општих правила поступка са посебним поступком који се односи на поступање у привредним споровима.

Одбачај предлога за делегацију и захтева за искључење и изузеће

Допуњени су и разлози за одбачај предлога за делегацију месне надлежности (члан 62. став 2. ЗПП), па ће суд у првом степену моћи да одбаци не само необразложен предлог за делегацију већ и кад се делегацијом захтева искључење, односно изузеће једног или свих судија у суду.

У погледу одлучивања о одбачају захтева за изузеће и искључење допуњени су разлози и овлашћења инстанционих судова у чл. 69, 371. и 411. ЗПП, а одлуку доноси судија, односно инстанциони суд пред којим се води поступак.

Странке у поступку и отклањање процесних недостатака

Допуном одредаба члана 73. ЗПП признато је и јавном тужиоцу - својство странке у парничном поступку у случајевима прописаним посебним законом.

Кад суд утврди да лице које се појављује као странка не може бити странка у поступку, а тај се недостатак може отклонити или кад суд утврди да странка нема законског заступника или да законски заступник нема посебно овлашћење кад је оно потребно, поред мера предвиђених важећим одредбама члана 78. ст. 1. и 2. ЗПП, позваће тужиоца да изврши и потребне исправке у тужби. Одређивање рокова ради отклањања овог процесног недостатка – исправком тужбе, вршило би се, према предложеним Новелама, под условима предвиђеним одредбама члана 103. ЗПП.

Језик и писмо

Према члану 10. Устава Републике Србије из 2006. године, о језику и писму, у Републици Србији у службеној употреби су српски језик и ћирилично писмо, а службена употреба других језика и писама уређује се

законом. Кад је у питању језик поступка, свако има право да користи свој језик у поступку пред судом, другим државним органом или организацијом која врши јавна овлашћења, када се решава о његовом праву или обавези. Незнање језика на коме се поступак води не сме бити сметња за остваривање и заштиту људских и мањинских права. (члан 199. Устава).

Усаглашавајући Закон о парничним поступку са новим уставним одредбама, предложено је да се члан 96. ЗПП мења тако да:

- странке и други учесници у поступку имају право да на рочишћима и приликом усменог предузимања процесних радњи пред судом употребе свој језик. Ако се поступак не води на језику странке односно других учесника у поступку, обезбедиће им се, ако то захтеју, усмено превођење на њихов језик онога што се износи на рочишту, као и усмено превођење исправа које се на рочишту користе ради доказивања. Ако се поступак не води на језику странке односно других учесника у поступку, а они не говоре или не разумеју језик који је у службеној употреби у суду, странке и други учесници у поступку имају право на бесплатног преводиоца. Странке и други учесници у поступку поучиће се о праву да усмени поступак пред судом прате на свом језику посредством бесплатног преводиоца. У записнику ће се забележити да им је дата поука, као и изјаве странака, односно учесника. Странке и други учесници у поступку који су слепи, глуви или неми имају право на бесплатног тумача у поступку пред судом.

Правна природа решења о кажњавању

У члану 104. предложено је да се дода нови став 3. који гласи:

- "решење о кажњавању из става 1. овог члана представља **извршну исправу** коју суд доставља извршном суду, а извршава се по службеној дужности". Тако је отклоњено неједнако поступање извршних судова који су различито тумачили правну природу ових одлука. Допуна је извршена и у члану 181. став 1. ЗПП.

Бесплатни заступник

Право на приступ суду није изричито садржано у члану 6. ЕК, али је Европски суд за људска права у бројним одлукама утврдио да право на приступ суду представља нераздвојни део члана 6. ЕК (*Golder v. UK*), јер члан 6.

став 1. може да захтева да појединац има приступ суду како би оспорио радње, одлуке или друге мере које утичу на грађанска права и да не буде спречен да предузме радњу услед недостатка новца или правног заступника у случајевима у којима је ово практично неопходно (*Airey v. Ireland*).

Ради остварења права на правично суђење, без обзира што до сада није приписима уређено уставно право грађана на бесплатно заступање, предложена је измена одредаба члана 166. ЗПП тако да ће:

- суд ће у току читавог поступка признати странци право на бесплатног заступника кад је странка потпуно ослобођена од плаћања трошкова поступка (члан 164. став 2) и ако је то нужно ради заштите права странке. Суд је дужан да одлучи о праву на бесплатног заступника у року од осам дана од дана подношења предлога, односно у року од осам дана од достављања жалбе другостепеном суду. У случају из става 2. овог члана рок за предузимање радње од које зависи заштита права странке тече од дана достављања решења којим је одлучено о захтеву странке. За заступника се поставља адвокат, са списка адвоката који суду доставља адвокатска комора. Заступника поставља и разрешава председник суда. Постављени заступник има право да захтева да буде разрешен из оправданих разлога. Против одлуке суда којом се заступник разрешава није дозвољена жалба. Против решења суда којим се усваја захтев странке о постављању заступника није дозвољена жалба.

Међународна правна помоћ

Одредбе од чл. 172. – 175. ЗПП о међународној правној помоћи уређене су у складу са стандардима прекограничне сарадње која треба да доведе до ефикасне међународне правне помоћи и непосредне комуникације између судова и других органа, а у потпуности ће бити компатибилне са одредбама посебног Закона о међународној правној помоћи у грађанским стварима који се такође предлаже ради усвајања.

Тужба за утврђење

Тужба за утврђење може се, према предложеним Новелама, подићи кад тужилац има правни интерес да суд утврди постојање, односно непостојање неког спорног права или правног односа, пре доспелости захтева за чи-

нидбу из истог односа или истинитост односно неистинитост неке исправе, или кад тужилац има неки други правни интерес (члан 188. став 2. ЗПП).

Допуном предложеном као нови став 3. члана 188. ЗПП, омогућено је странкама да тужбу за утврђење поднесу и када је посебним прописом предвиђено да се парнични поступак може покренути ради утврђења постојања односно непостојања чињенице од које зависи остварење неког права по посебном пропису.

Умешачи

У члану 211. став 2. ЗПП предложена је измена тако да умешач с положајем јединственог супарничара има право да изјави све правне лекове и у парници у којој није учествовао.

Допуна садржине одговора на тужбу

У члану 284. ЗПП предлаже се допуна новим ставом 3. који би гласио:

- "тужени који има пребивалиште или боравиште, односно седиште у иностранству, дужан је да у одговору на тужбу **означи пуномоћника за пријем писмена**", обзиром да такву обавезу има и тужилац који је дужан да пуномоћника за пријем писмена означи у тужби ако има пребивалиште односно боравиште у иностранству.

Стране у спору су сада изједначене у обавезама, јер су обе дужне да означе пуномоћника за пријем писмена ако имају пребивалиште, боравиште, односно седиште у иностранству.

Расправљање у одсуству једне од страна

Законска презумпција о повлачењу тужбе

Због погрешне граматичке стипулације предложена је измена члана 296. ЗПП тако да гласи:

- ако са рочишта за главну расправу изостане тужилац или тужени, а уредно су позвани, расправа ће се одржати са присутном странком.

Допуњене су и одредбе става 2. овог члана тако да се ако са рочишта за главну расправу неоправдано изостану и тужилац и тужени или **одбију да расправљају**, тужба сматра повученом. "

Допуном је решена спорна ситуација из праксе кад на рочиште не дође само тужилац а тужени предлаже доношење одлуке о повлачењу тужбе или ако само тражи трошкове за то рочиште - а неће да расправља.

Судско поравнање

Измењене су и допуњене одредбе **о судском поравнању** (члан 322. став 1) тако да странке могу пред парничним судом у току целог поступка до његовог правоснажног окончања да закључе судско поравнање, а предложено је и да се после става 1. дода нови став 2. тако да ће:

- ако је судско поравнање закључено после доношења првостепене одлуке, суд донети решење којим ће утврдити да је првостепена пресуда без дејства и обуставити поступак.

Правноснажност

Одредбе о правоснажности су измењене сагласно новој правној природи ревизије. Пресуда постаје правоснажна кад се више не може побијати правним леком па је зато у члану 346. став 1. реч "жалбом" замењена се речима: "редовним правним леком" . А у члану 387. додат је став 2. који гласи: "Решење које се више не може побијати жалбом постаје правоснажно".

У члану 347. додаје се став 4. који гласи: "Правноснажна одлука кривичног суда из става 1. овог члана у парничном поступку не производи правно дејство према лицу које није имало могућност или право да учествује у кривичном поступку у коме је та одлука донета."

Расправа пред другостепеним судом и овлашћења другостепеног суда

Одредбе о расправи пред другостепеним судом су измењене. У члану 369. став 2. иза речи: "нађе да" додате су речи: "су у поступку пред првостепеним судом учињене битне повреде одредаба парничног поступка или да", тако да се због битне повреде која се може отклонити у поступку пред другостепеним судом расправа може одмах "отворити" – и кад се у предмету први пут одлучује о жалби против пресуде.

Додат је и нови став 4. који гласи: "Одредба става 3. овог члана примењује се и кад је у поновљеном поступку тужба преиначена повећањем постојећег захтева или истицањем другог захтева уз постојећи из истог чиње-

ничног основа", да би се спречило различито тумачење да ли се ради о истим или различитим парницама и избегло обавезно одржавање расправе пред другостепеним судом - када се у истом предмету други пут одлучује.

Проширена су овлашћења другостепеног суда из члана 371. ЗПП тако да и другостепени суд може да примењује одредбе: "из чл. 66, 69, 196, 336. и 337. ЗПП". Другостепени суд би, према предложеном решењу, био овлашћен да, на расправи или ван ње, примењује одредбе о недопуштености захтева за искључење и изузеће, повлачењу тужбе, пресуди на основу признања и пресуди на основу одрицања.

У члану 373. став 1. иза речи: "расправе" додате су речи: "(чл. 369. став 2. и 3)", тако да је другостепени суд овлашћен да донесе све одлуке из члана 373. ЗПП, без обзира да ли је одржана расправа пред другостепеним судом или не.

Посебно треба указати да је сада изричито прописано да другостепени суд може после расправе усвојити жалбу, отклонити повреде, утврдити да је првостепена пресуда без дејства и одлучити о захтевима странака, иако је овакво одлучивање било могуће и по садашњим одредбама, али је у јавној расправи која је вођена пре него што је радна група почела са изразом Новела указивано да има тешкоћа у тумачењу ових норми.

Предложена је и допуна новим ставом 3. у члану 373. ЗПП који гласи: **"Другостепени суд ће утврдити да је првостепена пресуда без дејства и обуставити поступак уколико су се странке у поступку по жалби одрекле тужбеног захтева, признале тужбени захтев или закључиле судско поравнање."** Тако је омогућено странкама да и после доношења првостепене пресуде могу да реше спор медијацијом или на други начин, а другостепени суд има посебна овлашћења да адекватно процесно реагује у оваквој ситуацији.

Требало би ове одредбе допунити и могућношћу да странка после доношења првостепене пресуде повуче тужбу уз пристанак туженог.

Границе испитивања пресуде

Важно је напоменути да, обзиром на предложене измене чл. 377. став 2. и 407. став 2. ЗПП ни другостепени ни ревизијски суд немају више овлашћење да укину нижестепене пресуде због погрешне примене материјалног права због које је чињенично стање остало непотпуно утврђено, осим када је то прописано посебним законом.

У члану 384. став 3. ЗПП који регулише поступак после укидања пресуде - ограничено је правило *beneficiarum novorum* тако да се када се поново расправља о истом захтеву нови докази се могу предложити само ако странка учини вероватним да их без своје кривице није могла изнети, односно предложити, до укидања, осим ако законом није друкчије предвиђено. Додат је, зато, нови став 4. који гласи: "**Странка нема право да на новој главној расправи преиначи тужбу тако што ће променити истоветност захтева или истакнути други захтев уз постојећи који не произилази из истог чињеничног основа**".

Директна ревизија

Кад је у питању директна ревизија она се може изјавити због битне повреде из члана 361. став 2. тач. 2, 3. и 5, а раније је то било могуће само због тачке 5, с тим што Врховни касациони суд неће моћи да одбије одлучивање зато што сматра да нема потребе за уједначавањем судске праксе, будући да је став 3. члана 390. брисан. Овај правни лек тако добија ширу правну примену и зависи од диспозиције странака а не од дискреционог овлашћења Врховног касационог суда.

Врховни касациони суд одлучиваће о овом правном леку сходном применом члана 373. став 1. и 3. ЗПП

Ревизија

У члану 394. ЗПП предложено је брисање речи: "правноснажне" јер се ревизија изјављује против другостепене пресуде, као редован правни лек. Важно је да се у расправи изјаснимо и о цензусу за ревизију и у редовном и у привредном спору.

Ревизија би увек била дозвољена у парницама о праву на издржавање или о праву на укидање права на издржавање. Била би дозвољена **и у случају да је другостепени суд на основу расправе изменио чињенично стање утврђено у поступку пред првостепеним судом**. Овом изменом била би обезбеђена инстанциона контрола начела о контрадикторности поступка и начела о праву расправљања, као суштине права на правично суђење.

Према новелираном члану 395. ЗПП ревизија би изузетно била дозвољена - због погрешне примене материјалног права и против другостепене пресуде која се, иначе, не би могла побијати ревизијом по одредбама

члана 394. овог закона, кад је по оцени Врховног касационог суда потребно да се размотре правна питања од општег интереса, уједначи судска пракса или је потребно ново тумачење права .

У члану 398. став 1. тачка 1. речи: "осим тачке 4;" замениле би се речима: "осим тачке 4, 6, 7, 10;" **што значи да би се због ових битних повреда ревизија могла изјавити само ако је на њих указивано жалбом па их другостепени суд није санкционисао.**

Поступак по ревизији

Предложено је да се члан 396. мења тако да гласи:

- о допуштености ревизије (чл. 395, 401.) одлучује Врховни касациони суд у већу од три члана, у року до 15 дана од пријема предмета. Ако је ревизија допуштена Врховни касациони суд ће примерак благовремене потпуне и дозвољене ревизије доставити противној странци у року од 8 дана. У року од 30 дана од дана достављања ревизије противна странка може поднети Врховном касационом суду одговор на ревизију. О основаности ревизије одлучује Врховни касациони суд, у већу од пет чланова.

О допуштености ревизије (чл. 395, 401) одлучивао би увек Врховни касациони суд у већу од три члана, у року до 15 дана од пријема предмета. Ако је ревизија допуштена Врховни касациони суд би примерак благовремене потпуне и дозвољене ревизије доставио противној странци у року од 8 дана. У року од 30 дана од дана достављања ревизије противна странка би могла поднети Врховном касационом суду одговор на ревизију. То значи да првостепени суд не би више имао овлашћење да одлучује о благовремености или дозвољености ревизије. Имао би обавезу да спис достави у року од три дана другостепеном суду, а другостепени суд - да уложи "Гж" спис који се налази код њега и предмет достави Врховном касационом суду..

Неблаговремену, непотпуну или недозвољену ревизију одбацило би веће из члана 396. ст. 3. ако то у границама својих овлашћење није учинило веће из члана 396. став 1.

О основаности ревизије одлучивао би Врховни Касациони суд - у већу од пет чланова.

Допуњене су и одредбе члана 411. ЗПП па ако у чл. 394. - 410. овог закона није што друго одређено, у поступку поводом ревизије сходно ће се примењивати одредбе овог закона из чл. 66, 69, 342, 356. ст. 2. и 3, чл. 357, 358. и

363, члана 366. ст. 2. и 3, члана 367. став 2, чл. 368, 371, 373, 378. и чл. 381-384. овог закона., тако да су проширена овлашћења Врховног касационог суда као што су проширена и овлашћења другостепеног суда у члану 371. ЗПП.

Посебни поступци

Кад су у питању посебни поступци важно је указати да је:

- у члану 437. додат став 1 који гласи: **"Ако тужени не дође на рочиште за главну расправу, а уредно је позван, суд може донети одлуку на основу до тада утврђеног чињеничног стања и чињеничног стања утврђеног на овом рочишту"**.

- у поступку у парницама поводом колективних уговора суд **пресудом изриче како гласи правна норма у колективном уговору** код послодавца којом се уређује спорно питање из колективног уговора и да изрека пресуде представља саставни део колективног уговора све док он важи

- у члану 446. додат став 2. који гласи: **"У поступку у парницама због сметања државине не примењују се одредбе члана 281. и не заказује се и одржава припремно рочиште"**, а у члану 448. додат је став 2. који гласи: **"Ако тужени не дође на рочиште за главну расправу, а уредно је позван суд ће одлучити на основу до тада утврђеног чињеничног стања и чињеничног стања утврђеног на овом рочишту."** То би требало да омогући брже решавање ових спорова.

У спорове мале вредности зависно од цензуса убудуће треба рачунати и новчана потраживања из радног односа, јер су у члану 468. иза речи: "непокретностима" брисане речи: "спорови из радних односа". У члану 476. став 1. речи: "пресуда због изостанка" су брисане. Додат је и нови став 2. који гласи: **"Суд ће (на рочишту, на које тужени не дође а уредно је позван) одлучити на основу до тада утврђеног чињеничног стања и чињеничног стања утврђеног на овом рочишту"**. Допуњене су о одредбе о пресуди коју може да донесе суд у спору мале вредности па ће захтев бити одбијен ако из чињеница на којима је заснован тужбени захтев не произилази основаност тужбеног захтева или се ради о захтеву којим странке не могу располагати (члан 3. став 3)

У **привредним споровима** - судиће судија појединац ако закон не прописује друкчије, а повећани су и цензуси за ревизију и спор мале вредности.

Прелазне и завршне одредбе

Кад су у питању прелазне и завршне одредбе **забрана ретроактивности** као конституционално правило налаже да се задрже досадшње одредбе и уобичајена правила темпоралног права. То би значило да се на све започете поступке који нису окончани до дана ступања на снагу Новела примењује нови закон. Ако је донета првостепена пресуда пре ступања на снагу Новела – примењивао би се стари закон, па би се по старом закону одлучивало и о ревизији као ванредном правном леку са цензусом за ревизију у време подношења тужбе (15.000,00 динара, 300.000,00 динара, 500.000,00 динара). А то даље значи да би следеће три године Врховни касациони суд имао по 10.000,00 ревизијских предмета не рачунајући нову надлежност по Закону о дискриминацији и по другим посебним прописима (Породични закон и др.)

Алтернатива овом правилу је да прелазне и завршне одредбе изричито пропишу да ће се у случају да је пре ступања на снагу Новела донета првостепена пресуда о жалби одлучивати по ранијим прописима, али да ће се о ревизији одлучивати по новом закону, као редовном правном леку, са новим цензусом. Једино би се о ревизији изјављеној против правоснажне другостепене пресуде донете пре ступања на снагу овог закона одлучивало по досадашњим прописима, као и о захтеву за заштиту законитости који је подигнут до дана ступања на снагу овог закона по досадашњим прописима.

Како би се предложене Новеле могле допунити ?

Кад је у питању **прегледање и преписивање списка** - садашње решење не омогућава прегледање писмена из предмета (тужбе, жалбе, пресуде ...) електронским путем (Интернет) као што је то према мрежи за трговинске судове сада могуће, али се не може у потпуности користити та могућност због законских ограничења.

Можда би се овај члан могао формулисати тако да свако има право да прегледа и преписује судске списе осим ако је јавност искључена и ако је то унапред искључено одлуком судије (да се не учини доступним неки поднесак, неки доказ или неки акт који је пословна или службена тајна, кад је јавност искључена). То није добро решење ни због објављивања судских пресуда на Интернет страницама судова.

Кад је у питању **жалба против решења** (члан 388. ЗПП) било би корисно предложити да се брише тачка на крају и додају речи: "уколико законом није друкчије одређено". Усвајање оваквог предлога спречило би вишеструко укидање тзв. мериторних решења у стечајном поступку, као што је на пример решење о деоби, а која су то решења било би одређено посебним законима..

У новом члану 484–а ЗПП, ради убрзања процедуре пред привредним судовима, било би значајно прописати:

"Странке су, у привредном спору, дужне да доставе све писане доказе на којима заснивају своје захтеве и предложе извођење осталих доказа најкасније до окончања припремног рочишта, а ако оно није одржано до окончања првог рочишта за главну расправу.

Странке могу износити нове чињенице и предлагати нове доказе до закључења главне расправе пред првостепеним судом само ако учине вероватним да их без своје кривице нису могле доставити или предложити на начин предвиђен ставом 1. овог члана.

У том контексту би било неопходно изменити и члан 485. став 1. ЗПП тако да гласи:

"Пресуда или решење којим се окончава парница у привредним споровима може се жалбом побијати због:

1. битне повреде одредаба парничног поступка из члана 361. став 2. овог закона

2. погрешно и непотпуно утврђеног чињеничног стања ако је првостепени суд одбио извођење достављених писаних доказа или извођење осталих предложених доказа

3. због погрешне примене материјалног права".

Чини се да је овакво ограничење новота следећи реформски корак не само за овај посебан поступак, већ и за општа правила парничне процедуре.

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

34

**БИЛТЕН судске праксе Врховног суда
Србије** / главни и одговорни уредник Снежана
Андрејевић. - 1993, бр. 1- . - Београд:
Intermex, 1993- (Београд: Радуних). -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