

ISSN 0353-9644



# БРАНИЧ

Часопис за правну теорију и праксу  
Адвокатске коморе Србије

Година СХХV • Нова серија • Број 1–2

Београд

---

2012

**Власник и издавач:**

**АДВОКАТСКА КОМОРА СРБИЈЕ**

11000 Београд, Дечанска бр. 13/II

Телефон: +381 11/32 39 875 – Факс: 32 37 082

www.advokatska-komora.rs

**Досадашњи главни и одговорни уредници:**

Милан Ст. МАРКОВИЋ (1887. и 1897–1901); Ђорђе НЕНАДОВИЋ (1888–1890);  
Добривоје–Добра ПЕТКОВИЋ (1902–1906. и 1925–1926); Љубомир СТЕФАНОВИЋ  
(1927–1930); Др Обрад БЛАГОЈЕВИЋ (1931–1933); Др Видан БЛАГОЈЕВИЋ (1934);  
Др Радоје ВУКЧЕВИЋ (1935–1937); Владимир СИМИЋ (1938–1941); Др Александар  
МИКУЛИЋ (Адвокатура, 1976–1981); Горазд ОГУРЕК (Адвокатура, 1982–1984);  
Михаило МЛАДЕНОВИЋ (Адвокатура, 1985–1990); Мирослав ДИНЧИЋ (1991–1995);  
Живојин ШЕСТИЋ (1995–2002)

Главни и одговорни уредник

— \* —

**др Недељко ЈОВАНЧЕВИЋ**

адвокат у Београду

*Уређивачки одбор*

— \* —

**Рајна АНДРИЋ**, адвокат у Београду, **проф. др Момчило ГРУБАЧ**, из Новог Сада,  
**др Радоња ДУБЉЕВИЋ**, адвокат у Београду, **доцент др Марко ЂУРЂЕВИЋ**, Правни  
факултет у Београду, **Раде ЈАНКОВИЋ**, адвокат у Бољевцу, **мр Станиша ПАУНОВИЋ**,  
адвокат из Кучева, **проф. др Ђорђе ЛАЗИЋ**, Правни факултет у Београду, **Борислав**  
**РАШОВИЋ**, адвокат из Подгорице, **др Име РОКСИН (Imme Roxin)**, адвокат из Минхена,  
**др Слободан СТОЈАНОВИЋ**, адвокат у Београду, **Мирко ТРИПКОВИЋ**, адвокат у Београду,  
**Милинко ТРИФКОВИЋ**, адвокат у Земуну, **Ненад ЦЕЛЕБИЋ**, адвокат у Београду

*Припрема за штампу: Душан Ђасић*

*Адреса редакције*

— \* —

**АДВОКАТСКА КОМОРА СРБИЈЕ**

11000 БЕОГРАД, Дечанска 13/II – Тел.: +381 11/32 39 875 – Факс: 32 37 082

**БРАНИЧ** излази тромесечно. Годишња претплата износи 800 динара, а појединачни број је  
250 динара. Рукописи се не враћају. Сарадња у часопису се не хонорише.

*Прејилајт:* **АДВОКАТСКА КОМОРА СРБИЈЕ** – 11000 БЕОГРАД, Дечанска 13/II,  
са назнаком: за *Бранич*. Жиро-рачун број: 205-12358-68

На основу мишљења Републичког министарства за културу, број 413-00-1737/2001-04,  
од 21. децембра 2001. године, часопис је ослобођен од обавеза плаћања пореза на промет.

Штампано у 2000 примерака

Штампа ЈП „СЛУЖБЕНИ ГЛАСНИК”, Београд

ISSN 0353-9644



Stamp  
Bar Association of Serbia

# BRANIČ

Journal of Legal Theory and Practice  
of the Bar Association of Serbia

Year CXXV • New series • Number 1–2

Belgrade

---

2012

**Owner and publisher:**

**BAR ASSOCIATION OF SERBIA**

11000 Beograd, Dečanska 13/11  
Telephone: +381 11/32 39 875 – Fax: 32 37 082  
www.advokatska-komora.rs

**Previous editors-in-chief:**

Milan St. MARKOVIĆ (1887 and 1897-1901); Đorđe NENADOVIĆ (1888-1890);  
Dobrivoje – Dobra PETKOVIĆ (1902-1906 and 1925-1926); Ljubomir STEFANOVIĆ  
(1927-1930); Obrad BLAGOJEVIĆ, PhD (1931-1933); Vidan BLAGOJEVIĆ, PhD (1934);  
Radoje VUKČEVIĆ, PhD (1935-1937); Vladimir SIMIĆ (1938-1941); Aleksandar MIKULIĆ,  
PhD (Advocacy; 1976-1981); Gorazd OGUREK (Advocacy; 1982-1984); Mihailo  
MLADENOVIĆ (Advocacy, 1985-1990); Miroslav DINČIĆ (1991-1995);  
Živojin ŠESTIĆ (1995-2002)

*Editor-in-chief*

— \* —

**Nedeljko JOVANČEVIĆ, PhD**

Lawyer in Belgrade

*Editorial Board:*

— \* —

**Rajna ANDRIĆ**, a lawyer in Belgrade, **prof. Momčilo GRUBAČ, PhD**, from Novi Sad,  
**Radonja DUBLJEVIĆ, PhD**, a lawyer in Belgrade, **Docent Marko ĐURĐEVIĆ, PhD**, Faculty  
of Law in Belgrade, **Rade JANKOVIĆ**, lawyer in Boljevac, **Staniša PAUNOVIĆ, M.A.**, a  
lawyer from Kučevo, **prof. Đorđe LAZIN, PhD**, Faculty of Law in Belgrade, **Borislav  
RAŠOVIĆ**, a lawyer from Podgorica, **Imme ROXIN, PhD**, a lawyer from Munich, **Slobodan  
STOJANOVIĆ, PhD**, lawyer in Belgrade, **Mirko TRIPKOVIĆ**, a lawyer in Belgrade, **Milinko  
TRIFKOVIĆ**, a lawyer in Zemun, **Nenad DŽELEBDŽIĆ**, lawyer in Belgrade

*Prepress: Dušan Časić*

*Address of the Redaction*

— \* —

**ADVOKATSKA KOMORA SRBIJE**

11000 Beograd, Dečanska 13/II – Tel.: +381 11/32 39 875 – Fax: 32 37 082

*Branich* is published quarterly. Annual subscription is 800 dinars, and a single issue is 250 dinars.

Manuscripts are withheld. Contributions to the journal are not paid.

*Subscription: ADVOKATSKA KOMORA SRBIJE* – 11000 Beograd, Dečanska 13/II, attention:  
*for Branič*. Drawing account number: 205-12358-68

According to the opinion of the Ministry of Culture of the Republic of Serbia, number  
413-00-1737/2001-04, of December 21st 2001, the journal is exempt from paying sales tax.

Circulation: 2000 copies

Printed by public company „SLUŽBENI GLASNIK”, Belgrade

## САДРЖАЈ

<i>Недељко Јованчевић</i>	
Поводом 150 година адвокатуре у Србији – „Дани адвокатуре Србије, 2012” .....	9
Anlässlich des 150. Jahrestages der Rechtsanwaltschaft in Serbien „Tage der Anwaltschaft Serbiens – 2012“ .....	13
<b>ЧЛАНЦИ</b>	
<i>Живојин Алексић</i>	
Вештачење рукописа .....	19
<i>Милан Шкулић</i>	
Критичка анализа новог Законика о кривичном поступку Србије (I) .....	29
<i>Мирослав Врховшек и Владимир Козар</i>	
Обезбеђење потраживања банкарском гаранцијом у Републици Србији и земљама у региону .....	67
<i>Срђан Радуловић</i>	
Субјекти застарелости у грађанском праву .....	83
<b>ОСВРТИ</b>	
<i>Вељко Губерина</i>	
Живот и рад Велимира Цветића (1924–2001) .....	97
<b>ПРИКАЗИ</b>	
<i>Недељко Јованчевић</i>	
О тротомној књизи <i>Процес КП 5/03 – Убиство Зорана Ђинђића</i> ....	107
<i>Недељко Јованчевић</i>	
Књига др Јелене Ђ. Лопичић <i>Сшаишус рањеника и болесника у међународнои кривичном йраву</i> .....	111



## TABLE OF CONTENTS OF BRANIČ, Vol. 1–2/2012

*Nedeljko Jovančević*

On the occasion of 150 years of Barrister´s profession in Serbia „Days of Barrister´s profession in Serbia, 2012“ .....	9
Anlässlich des 150. Jahrestages der Rechtsanwaltschaft in Serbien „Tage der Anwaltschaft Serbiens – 2012“ .....	13

### ARTICLES

*Živojin Aleksić*

Signature expertise .....	19
---------------------------	----

*Milan Škulić*

Critical analysis of the new Serbian Criminal Procedure Code (I) .....	29
--	----

*Miroslav Vrhovšek and Vladimir Kozar*

Securing Claims through Bank Guarantee in the Republic of Serbia and the Countries in the Region“ .....	67
--	----

*Srđan Radulović*

The Subjects of obsolescence in Civil Law .....	83
---	----

### REVIEWS

*Veljko Guberina*

Life and Work of Velimir Cvetć (1924–2001) .....	97
--	----

### OVERVIEWS

*Nedeljko Jovančević*

About the Book in three volums <i>Procedure KP 5/03 – Murder</i> <i>of Zoran Đinđić</i> .....	107
--	-----

*Nedeljko Jovančević*

The Book of Jelena Đ. Lopičić, Phd, <i>Position of wounded persons</i> <i>and patients in International Criminal law</i> .....	111
---	-----





## ПОВОДОМ 150 ГОДИНА АДВОКАТУРЕ У СРБИЈИ

„Дани адвокатури Србије, 2012“

**Адвокатура** прати и учествује у суђењу од његовог настанка, стара је колико и само правосуђе. Научно се може пратити од старог Рима и Грчке где се веома ценило беседништво па се чак учило вештини беседништва. Стари извори указују да се адвокатура појавила много раније (у Месопотамији...). У савремено доба она се враћа тој вештини и изучава се као редован предмет на правним факултетима. Познате су старе али непревазиђене одбране и судско беседништво: Исеја, Исократа, Демостена, Цицерона и др. О адвокатури, су писци и филозофи, који су у историји оставили неизбрисив траг, изрицали најпозитивније мисли. Тако је Робеспјер адвокатуру сматрао „бедемом невиности и бичем злочина“, Волтер, да је то „најлепши позив на свету“, док је Платон, у својим радovima постављао високе захтеве за адвокате, сматрајући да није довољно да адвокати добро знају право, већ је потребно да буду: морално здрави, истинољубиви и праведни, а и Солон је прописивао да „адвокат не може бити ко не поштује своје родитеље и који није ишао да брани отаџбину“. Наравно, да је било и негативних ставова према свему што долази од адвокатури о чему у овој прилици и не желимо говорити. Подсећамо да реч „Адвокат“ потиче из старог Рима, lat. „*Ad auhilium vokatus*“ – позван у помоћ(!). У старом Риму на вратима собе за адвокате у судовима је писало: „*Правдољубље, човечности, знање, врлина*“. Овоме не треба ништа додати<sup>1</sup>. Адвокатуру карактерише то што је чине независни, слободни адвокати, те је и сама тиме независна и слободна.

**Адвокатура у Србији има дугу традицију.** Она се помиње још у Законику цара Душана 1349 године, који је допуњен 1354. Савремена адвокатура установљена је у Србији Законом о правозаступницима од 28. фебруара 1862. године<sup>2</sup>. Доношењем тог закона правна помоћ је повере-

<sup>1</sup> О историји адвокатури, види опширно „Историја југословенске адвокатури, I књига, Београд, 1998, стр. 59–64. Надаље, види књиге, II, III и IV, о историји српске и југословенске адвокатури, које су посебно вредне за адвокатски ред.

<sup>2</sup> Закон о правозаступницима, од 1862. године донесен је на предлог Владе Илије Гарашанина, а за време владавине Кнеза Михаила Обреновића ступио је на снагу 1. маја 1862. Овај закон замењен је новим Законом о правозаступницима од 15. јула 1865. године, после ступања на снагу Законика о поступку судском у кривичним делима од 10. априла 1865. године. О овом види опширније, *Т. Живановић*, „Законски извори кривичног права Србије и историјски развој његов и њеног кривичног правосуђа од 1804 до 1865“, Српска академија наука и уметности, Београд, 1967. стр. 376, и др.

на само школованим правницима, „који су добро испит положили” (чл. 15) које у ово звање упише „Попечителство правосудија”.

Своје прво Удружење јавни правозаступници су основали 1886. године, а већ 1. јануара 1887. године покренули су први часопис у Србији под именом „Бранич“ бр. 1. „Лист за правне и државне науке”. Бранич, као „Орган удружења јавних правозаступника у Србији”, излази са краћим прекидима од оснивања 1887. до данас, а у њему су објављивани радови најпознатијих правних теоретичара и практичара са простора бивше Југославије и света.

Савремени коморски систем уведен је у Србији Законом о адвокатури 1929. године када је и основана Адвокатска комора Београда, као обавезна асоцијација адвоката, која аутономно одлучује о упису нових чланова, води њихов Именик, прописује норме професионалног понашања и изриче санкције за њихово непоштовање, као и да води бригу о едукацији будућих адвоката. Актуелни Закон о адвокатури<sup>3</sup>, донет је 2011. године. Овај закон доноси бројне новине међу којима су одредбе о Адвокатској академији и адвокатском испиту, што подразумева континуирану обуку и едукацију адвоката.

Саставни део адвокатског реда су Кодекс професионалне етике адвоката, 1999 год., Статут Адвокатске коморе Србије, од 2011. и бројни Међународни документи, као што су Универзална декларација о првима човека, из 1948. године, Кодекс професионалне етике адвоката Европске уније од 1988, са изменама од 1998. и 2002. Адвокатура утемељена на новим основама и у оквиру нових друштвено-политички прилика треба да одигра значајнију улогу у друштвеним кретањима а нарочито да се више чује њен глас у законодавној делатности. *Communis opinio* адвокатуре су сва етичка правила која нису обухваћена наведеним изворима.

Српска адвокатура је, такође, веома активна на међународном плану и била је 1928. једна од земаља суоснивача UNION INTERNATIONAL DES AVOCATES, а први потпредседник те организације је био београдски адвокат Љуба Стефановић. 2006 постајемо земља чланица посматрач у ССВЕ, а 2010. г. и чланица INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. Потписани су уговори о сарадњи са Адвокатском комором Париза и Адвокатском комором Франкфурта.

На свечаности поводом овог великог адвокатског јубилеја, а која је одржана 25. фебруара 2012. године на *Великој сцени Народној позоришта* у Београду, у присуству бројних угледних страних и домаћих гостију,

<sup>3</sup> Службени гласник РС бр. 31/2011.

председник АК Србије Драгољуб Ђорђевић је истакао да је; од оснивања 1862. године, кроз период од 150 година, дакле, од времена Књаза Михаила Обреновића и Совјета, који су донели и обзнанили Закон о правозаступницима, и за време Књаза и за време краљевања Карађорђевића и за време социјалистичке, Титове владавине, па до 1990. године када се држава уређује на новим демократским основама – српска адвокатура опстала и бивала све јача, као независна и саморегулирајућа професија, скуп слободних и независних адвоката у Србији, и да ће као таква опстати и остати за сва времена.

Истина, било је тешких времена, падова и успона, покушаја државног администрирања професијом, али виталност српске адвокатуре никада није била доведена у питање. Српска адвокатура се може поносити начином на који је све време уређена професија. Наши Закони о адвокатури, Кодекс и друга акта Коморе увек су били пример добре равнотеже између јавног интереса и независности професије, истакао је Ђорђевић.

Заиста редак јубилеј. Мало је адвокатура у свету које се својом независношћу и традицијом могу похвалити овако дугим временским периодом свога трајања.

Адвокатура у Србији је била и доиста треба да буде глас критике савременог правног живота, неоптерећена центрима финансијске, политичке или било којег другог центра моћи. Правила адвокатског реда су скуп правила која произилазе из моралних обавеза и само адвокат може да буде тај који би себи могао да зада било каква ограничења. Он увек мора да буде спреман за излагање опасности и храбар за праведну ствар, како је записано у једном анонимном делу из 1713. г. *Похвала и дужносци адвокатској поезији*: „Адвокату не приличи да из сујете тражи само велике предмете, да из лењости избегава тешке, да из гордости презире прљаве и нема право да из кукавичлука одбија оне у којима величина и углед уливају страх. Судијама одважност адвокатске одбране треба да покаже каква треба да буде неприкосновеност њихове одлуке. Снага наше речи треба да замени сумњичаво поверење наших клијената. Све то скупа чини углед адвоката и говори о његовој величини и успешности.“ И као што рече један наш старији колега о адвокатском позиву: „И када Вас напусте сви због каквог оптужења, и жена и деца и родитељи и брат и сестра и пријатељи... чак и љубавница, остаје Вам, на крају, само АДВОКАТ – и СВЕШТЕНИК”.

Још једном хвала свима који су данас са нама и који су својим присуством Академији увеличали овај јединствени догађај у српској адвокатури.

Зато је ово слово о обележавању 150. година адвокатури Србије, које је било више свечано и церемонијално, најбоље завршти речима председника Ђорђевића, који је на самом отварању свечаности, обраћајући се присутним драгим гостима, домаћим и страним – у свечано уређеној „Великој сцени Народног позоришта“ у Београду, рекао: драги наши гости и пријатељи, драги адвокати, Ваше екселенције,

Живело адвокатско братство!

Живела владавина права!

Живела независност, живела саморегулирајућа професија,  
живела слобода говора и људска права!

Нека живи српска адвокатура!

Након овог свечаног говора, председник је доделио „Повеље“ и „Плакете“ АК Србије, адвокатским коморама и појединцима, као знак признања за дугогодишњи успешан и частан рад, те развој и афирмацију адвокатури у Србији и иностранству.

Главни и одговорни уредник

*Др Недељко Јованчевић*

ANLÄSSLICH DES 150. JAHRESTAGES  
DER RECHTSANWALTSCHAFT IN SERBIEN  
„Tage der Anwaltschaft Serbiens – 2012“

**Die Anwaltschaft** begleitet das Gerichtsverfahren und beteiligt sich seit seiner Entstehung daran; sie ist genau so alt wie das Justizwesen selbst. Wissenschaftlich nachweisbar ist sie seit dem alten Rom und dem alten Griechenland, wo Rhetorik hoch geschätzt und sogar als Fertigkeit vermittelt wurde. Alte Quellen weisen darauf hin, dass die Anwaltschaft viel früher entstanden sein muß (in Mesopotamien). In der Gegenwart kommt sie auf diese Fertigkeit zurück und wird als Pflichtfach an juristischen Fakultäten gelehrt. Die alten und zugleich auch unübertroffenen Verteidigungsreden und gerichtliche Rhetorik kennt man von Isei, Isokrates, Demosthenes, Cicero u.a. Über die Anwaltschaft sagten die Schriftsteller und Philosophen, die in der Geschichte ihre bleibende Spuren hinterließen, positivste Gedanken aus. So hielt zum Beispiel Robespierre die Anwaltschaft für „eine Mauer der Unschuld und Peitsche für die Straftaten“; Voltaire für den „schönsten Beruf auf der Welt“, während Platon noch in seinen frühen Werken hohe Anforderungen an Rechtsanwälte stellte, indem er der Ansicht war, dass es nicht ausreichte, dass die Rechtsanwälte das Recht gut kennen, sondern darüber hinaus auch: moralisch gesund, wahrheitsliebend und gerecht sein müssten. Solon schrieb vor, dass „keiner Rechtsanwalt sein kann, der seine Eltern missachtet und sein Vaterland nicht verteidigt hat“. Selbstverständlich gab es auch negative Einstellungen gegenüber allem, was von Seiten der Anwaltschaft kommt, was wir bei dieser Gelegenheit nicht ansprechen möchten. Wir möchten daran erinnern, dass das Wort „Rechtsanwalt (Advocat)“ aus dem Alten Rom stammt: lat. „*Ad Auhilium Vokatus*“ – zu Hilfe gerufen(!). Im Alten Rom stand an der Tür des Rechtsanwaltszimmers in Gerichten Folgendes geschrieben: „*Gerechtigkeitsliebe, Menschlichkeit, Kenntnisse und Tugend*“. Dem ist nichts hinzuzufügen.<sup>1</sup> Die An-

---

<sup>1</sup> Das Gesetz über die Rechtsvertreter aus dem Jahre 1862 wurde auf Vorschlag der Regierung von Ilija Garasanin während der Herrschaft des Fürsten Mihailo Obrenovic verabschiedet und trat am 1. Mai 1862 in Kraft. Dieses Gesetz wurde durch das neue „Gesetz über Rechtsvertreter vom 15. Juli 1865“ ersetzt, nachdem das Gesetzbuch über das Gerichtsverfahren bei Straftaten vom 10. April 1865 in Kraft getreten war. Ausführlicher hierzu in: T. Zivanovic: „Rechtsquellen des Strafrechts Serbiens und seine historische Entwicklung, sowie die Entwicklung des strafrechtlichen Justizwesens Serbiens von 1804 bis 1865“, Serbische Akademie für Wissenschaft und Kunst, Belgrad, 1967, S.376 u.a. (Т. Живановић, „Законски извори кривичног права Србије и историјски развој његов и њеног кривичног правосуђа од 1804 до 1865“, Српска академија наука и уметности, Београд, 1967. стр. 376, и др.)

waltschaft zeichnet sich auch dadurch aus, dass sie sich aus unabhängigen und freien Rechtsanwältinnen zusammensetzt, wodurch sie auch an sich unabhängig und frei ist.

**Die Anwaltschaft hat in Serbien eine lange Tradition.** Sie wurde noch im Gesetzbuch von Kaisers Dusan im Jahre 1349 erwähnt, welches 1354 ergänzt wurde. Die moderne Anwaltschaft wurde in Serbien durch das „Gesetz über die Rechtsvertreter vom 28. Februar 1862“ begründet<sup>2</sup>. Durch die Verabschiedung dieses Gesetzes wurde die Rechtshilfe nur ausgebildeten Juristen anvertraut, die „ihr Examen gut bestanden haben“ (Art.15) und die zu diesem Beruf von der „Justizverwaltung“ („Попечителство правосудија“) ernannt werden.

Die Rechtsvertreter hatten ihren ersten Verband im Jahre 1886 gegründet. Schon am 1. Januar 1887 gaben sie ihre erste Zeitschrift in Serbien heraus unter dem Titel „Branic“ Nr. 1, „Das Blatt für juristische und staatsverwaltende Wissenschaft“ als „Organ des Verbandes der öffentlichen Rechtsvertreter in Serbien“, welche mit kürzeren Unterbrechungen seit ihrer Gründung 1887 bis heute erscheint. Darin wurden auch Schriften und Arbeiten der bekanntesten Rechtstheoretiker und –praktiker aus dem Gebiet des ehemaligen Jugoslawiens sowie aus der ganzen Welt veröffentlicht.

Das moderne Kammernsystem wurde in Serbien durch das „Gesetz über die Anwaltschaft“ im Jahre 1929 eingeführt. Damals wurde auch die Rechtsanwaltskammer von Belgrad als Pflichtvereinigung der Rechtsanwältinnen gegründet, welche autonom über die Eintragung neuer Mitglieder entscheidet, deren Namensverzeichnis führt und berufliche Verhaltensnormen vorgibt sowie Sanktionen für deren Nichteinhaltung verhängt und sich um die Ausbildung künftiger Rechtsanwältinnen kümmert. Das gültige Gesetz über die Anwaltschaft<sup>3</sup> wurde im Jahre 2011 verabschiedet. Dieses Gesetz brachte auch zahlreiche Neuerungen, darunter die Bestimmungen über die An-

---

<sup>2</sup> Das Gesetz über die Rechtsvertreter aus dem Jahre 1862 wurde auf Vorschlag der Regierung von Ilija Garasanin während der Herrschaft des Fürsten Mihailo Obrenovic verabschiedet und trat am 1. Mai 1862 in Kraft. Dieses Gesetz wurde durch das neue „Gesetz über Rechtsvertreter vom 15. Juli 1865“ ersetzt, nachdem das Gesetzbuch über das Gerichtsverfahren bei Straftaten vom 10. April 1865 in Kraft getreten war. Ausführlicher hierzu in: T. Zivanovic: „Rechtsquellen des Strafrechts Serbiens und seine historische Entwicklung, sowie die Entwicklung des strafrechtlichen Justizwesens Serbiens von 1804 bis 1865“, Serbische Akademie für Wissenschaft und Kunst, Belgrad, 1967, S.376 u.a. (T. Живановић, „Законски извори кривичног права Србије и историјски развој његов и њеног кривичног правосудија од 1804 до 1865“, Српска академија наука и уметности, Београд, 1967. стр. 376, и др.)

<sup>3</sup> Das Amtsblatt der RS Nr. 31/2011.

waltsakademie und Rechtsanwaltprüfung, welche eine kontinuierliche Fort- und Weiterbildung der Rechtsanwälte voraussetzt.

Zum Bestandteil des Berufsstands der Rechtsanwälte gehören auch der „Kodex der Berufsethik der Rechtsanwälte“ von 1999, die „Satzung der Rechtsanwaltskammer Serbiens“ aus dem Jahre 2011 und zahlreiche internationale Dokumente wie z.B. die „Allgemeine Erklärung über die Menschenrechte“ aus dem Jahre 1948 und der „Ethikkodex für Rechtsanwälte der EU“ von 1988 mit Änderungen in den Jahren 1998 und 2002. Die auf den neuen Grundlagen begründete Anwaltschaft soll unter den neuen sozial-politischen Umständen eine wichtigere Rolle bei den gesellschaftlichen Entwicklungen übernehmen. Vor allem soll ihre Stimme bei der Gesetzgebung stärker vertreten sein. Der „*Communis opinio*“ der Anwaltschaft umfasst alle ethischen Regeln, die in den genannten Quellen nicht enthalten sind.

Die serbische Anwaltschaft ist darüber hinaus auch international sehr aktiv und war im Jahre 1928 eine der Mitbegründerinnen der „UNION INTERNATIONALE DES AVOCATES“. Der erste stellvertretende Vorsitzende dieser Organisation war der Belgrader Rechtsanwalt Ljuba Stefanovic. Im Jahre 2006 wurde Serbien zum Beobachter-Mitgliedstaat in der SSWE und 2010 Mitglied in der „INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION“. Kooperationsverträge wurden mit der Rechtsanwaltskammer von Paris und der Rechtsanwaltskammer von Frankfurt am Main unterschrieben.

Bei den Feierlichkeiten anlässlich dieses großen rechtsanwaltlichen Jubiläums, die am 25. Februar 2012 auf der „Großen Bühne des Nationaltheaters“ in Belgrad veranstaltet wurden, hob der Vorsitzende der Rechtsanwaltskammer Serbiens Dragoljub Djordjevic in Anwesenheit zahlreicher inländischer und ausländischer Gäste hervor, dass die serbische Anwaltschaft seit ihrer Gründung im Jahr 1862 über den Zeitraum von 150 Jahren – also seit der Zeit des Fürsten Mihailo Obrenovic und Sowjeten, die das Gesetz über die Rechtsvertreter eingebracht und veröffentlicht hätten sowie während des Fürstentums und des Königsreichs von Karadjordjevic als auch der sozialistischen Herrschaft von Tito bis hin zum Jahr 1990, als der Staat auf neuen demokratischen Grundlagen geordnet worden sei – erhalten geblieben und – als ein unabhängiger und selbstregelnder Berufsstand und eine Vereinigung der freien und unabhängigen Rechtsanwälte in Serbien - immer stärker geworden sei und als solche bis in alle Ewigkeit erhalten bleiben würde.

Es habe wohl auch schwierige Zeiten, Höhen und Tiefen, Versuche der staatlichen Verwaltung dieses Berufsstands gegeben, aber trotzdem sei die



Vitalität der serbischen Anwaltschaft niemals in Frage gestellt worden. Die serbische Anwaltschaft könne auf die Art und Weise, wie der Beruf die ganze Zeit geordnet war, stolz sein. Unsere Gesetze über die Anwaltschaft, der Kodex und sonstige Akte der Kammer seien schon immer ein Beispiel für das gute Gleichgewicht zwischen dem öffentlichen Interesse und der Unabhängigkeit des Berufes gewesen, hob Djordjevic hervor.

Tatsächlich ein außerordentliches Jubiläum. Denn es gibt weltweit wenig Anwaltschaften, die mit ihrer Unabhängigkeit und Tradition in einer so langen Zeit ihrer Dauer prahlen können.

Die Anwaltschaft in Serbien war und soll tatsächlich eine Stimme der Kritik des modernen Rechtslebens sein, unbelastet von Zentren der finanziellen und politischen Macht sowie jeglichen anderen Machzentren. Die Regeln des Berufsstands der Rechtsanwälte stellen einen Satz von Vorschriften dar, die von moralischen Pflichten abgeleitet werden, und Rechtsanwalt kann nur sein, wer sich selber Einschränkungen auferlegt. Er muss immer bereit sein, sich Gefahr auszusetzen und für die richtige Sache Mut zu zeigen, so wie es in einem anonymen Werk aus dem Jahre 1713 „*Lob und Pflichten des Rechtsanwaltsberufs*“ verankert ist: „Es gehört sich für einen Rechtsanwalt nicht, dass er aus Eitelkeit nur große Sachen anfordert, aus Faulheit schwierige vermeidet und aus Stolz schmutzige verachtet. Er hat keinen Anspruch darauf, aus Feigheit diejenigen abzulehnen, in denen Größe und Ansehen furchterregend sind. Den Richtern soll er die Kühnheit einer rechtsanwaltlichen Verteidigung zeigen und wie absolut ihre Entscheidung sein soll. Die Kraft unseres Wortes soll das fragwürdige Vertrauen unserer Mandanten ersetzen. All das zusammen macht das Ansehen des Rechtsanwaltes aus und bildet seine Größe und seinen Erfolg ab.“ So wie ein älterer Kollege von uns über den Rechtsanwaltsberuf sagte: „Selbst wenn Sie von allen wegen einer Anklage verlassen werden, also sowohl von Ihrer Frau als auch von Ihren Kindern und Eltern, dem Bruder, der Schwester, den Freunden ... sogar von Ihrer Geliebten, bleiben Ihnen am Ende noch der RECHTSANWALT und PRIESTER übrig“.

Noch einmal Danke all diejenigen, die heute mit uns sind und durch ihre Anwesenheit an der Akademie diesem einmaligen Ereignis in der serbischen Anwaltschaft den gebührenden Rahmen verliehen haben.

Es wäre daher am besten, diesen Aufsatz über die Feier des 150. Jahrestags der Anwaltschaft Serbiens, die eher festlich und zeremoniell war, mit den Worten des Präsidenten Djordjevic abzuschließen, der bei der Eröffnung der Feierlichkeit in seiner Ansprache den anwesenden lieben inländischen und ausländischen Gäste auf der festlich gestalteten „Großen



Bühne des Nationaltheaters" in Belgrad sagte: Unsere lieben Gäste und Freunde, liebe Rechtsanwälte, Ihre Exzellenzen,

Es lebe die rechtsanwaltliche Brüderschaft!

Es lebe die Rechtsherrschaft!

Es lebe die Unabhängigkeit, es lebe der selbstregelnde Beruf,  
es leben die Redefreiheit und Menschenrechte!

Es lebe die serbische Anwaltschaft!

Nach dieser feierlichen Rede hat der Vorsitzende der Rechtsanwaltskammer und Einzelpersonen die „Chartas“ und „Plaketten“ der Rechtsanwaltskammer Serbiens als Zeichen der Anerkennung für die langjährige erfolgreiche und ehrenhafte Arbeit sowie die Weiterentwicklung und Bestätigung der Anwaltschaft in Serbien und im Ausland verliehen.

Der Chefredakteur  
*Dr. Nedeljko Jovancevic,*



UDK BROJEVI: 343.982.4

*Др Живојин Алексић\**

редовни професор Правног факултета у Београду,  
члан Српског научног друштва

*Сумњајући долазимо до истине.*

Цицерон<sup>1</sup>

## ВЕШТАЧЕЊЕ РУКОПИСА

### Сажетак

Чињеница да живимо у свету у којем се свакодневно намеће потреба за употребом писмених исправа, које имају велики значај у различитим областима друштвеног живота, опредељује аутора да се у овом раду бави питањем њихове аутентичности.

Такође је приметан и сталан пораст криминалних активности у вези са фалсификовањем исправа и њиховим коришћењем ради извршења широког спектра кривичних дела.

---

\* Нажалост, професор Алексић је у међувремену преминуо пошто је овај рад достављен за објављивање.

<sup>1</sup> Римски државник и оратор (106–43 пре н. е.)

Аутор посебно истиче проблем и неопходност провере ваљаности рукописа и потписа, као изазов који се нужно намеће приликом провере аутентичности писмених исправа.

*Кључне речи:* рукопис, потпис, вештачење рукописа.

## Увод

Писање је вид свесне активности човека. У почетним фазама учења свесном контролом обухваћени су садржина и поступак писања, док на нивоу графичке зрелости свест о начину писања бива замењена аутоматским реаговањем. Безбројна понављања стварају посебан вид условног рефлекса, који формалну свест о писању претвара у спонтану реакцију. Ова реакција показује тенденцију сопственог репродуковања аутора писања, обезбеђујући тако постојаност карактеристика његовог рукописа. Идентификовањем рукописа утврђује се посебан динамички склоп, који индивидуално одређује појединца.

Рукопис је плод деловања разноликих фактора, који утичу на његову форму, стил и специфичности. Ови фактори могу се одредити као:

- процес учења писања,
- услови писања,
- психофизичко стање,
- професија,
- ниво образовања,
- општа интелигенција,

Испољени као превасходна обележја и квалитет рукописа, наведени фактори у конкретном случају доприносе идентификацији аутора.

## Обележја рукописа

Кључни део у изучавању идентификационог значаја рукописа односи се на испитивање његових обележја. Под њима се подразумевају оне карактеристике рукописа, које омогућавају да се њиховим анализирањем изведе закључак о идентитету скриптора.

Ова обележја могу се поделити на општа и посебна, при чему би у прву групу спадали:

- рукописни систем
- исписаност рукописа
- брзина писања
- распоред текста
- однос према основној линији

- угао или нагнутоост писања
- облик слова
- величина слова
- пропорција слова
- притисак на подлогу
- размак између слова и речи
- повезаност слова
- почетни и завршни потези
- цртице, тачке и дијакритички знаци
- исправљање грешака
- грешке у писању појединих слова
- украшавање

Значај проучавања општих карактеристика рукописа може бити дво-струк. Најпре, на основу њих могуће је утврдити да ли рукопис има индивидуална обележја. Предуслов за овакву врсту испитивања јесте да узорак рукописа није сувише мали и да нису опонашана школска правила писања, што се манифестује намерним искривљавањем слова приликом писања. Напослетку, општа обележја рукописа омогућавају утврђивање сличности и разлика између спорног и неспорног рукописа. Поновљено присуство и најмање уочљивих разлика указује да се не ради о рукопису исте особе односно њихово одсуство потврђује истоветност аутора. Ово ће даље бити потврђено или одбачено испитивањем посебних обележја рукописа, али се може закључити да опште карактеристике свакако имају елиминаторну улогу, која помаже одређивање групне припадности упоређиваних рукописа.

Под посебним обележјима рукописа подразумевају се његови значајни детаљи диференцијалног квалитета, којима се изражава одступање од наученог школског модела писања. Већи степен тог одступања указује на значајнију вредност ових посебних обележја. Ипак, ниједна посебна карактеристика нема појединачно снагу индивидуалног обележја, због постојања могућности да је присутна на исти начин и у рукопису другог аутора. Само читав низ оваквих карактеристика, повезаних у јединствену целину, може указивати на рукописну индивидуалност.

Посебна обележја рукописа не могу се побројати попут општих, јер се њихово присуство и значај утврђују изнова у сваком конкретном случају. Неопходно је прво установити која се од слова најчешће појављују у спорном рукопису, а потом анализирати на почетку, у средини и на крају речи. На исти начин се испитују и остала слова, узевши у обзир учесталост њихове присутности и степен одступања од школског модела писања. По завршеној аналитичкој обради рукописа, важно је успоставити

хијерархијски однос према значају свих посебних и општих обележја рукописа, имајући у виду превасходно њихову идентификациону вредност. Оваква листа морала би да представља темељ за вештачење неспорних рукописа и њихово поређење са онима који су спорни.

### Узроци грешака у вештачењу рукописа

Појава разноликих налаза и мишљења вештака за рукописе у конкретним кривичним поступцима, карактеристичним због обављања поновљених вештачења, указује недвосмислено да повремено долази до грешака у поступању судских графолога, због којих долази до презентовања нетачних експертских мишљења. Притом се мора имати у виду чињеница да вештачење рукописа спада у ред најкомплекснијих криминалистичких експертиза.

Превелико посвећивање пажње сличности рукописа и трагање искључиво за подударним елементима рукописа, уз занемаривање важности разлике, доводи до погрешака у раду вештака. Кључно питање судске графологије, свакако, је у којем обиму су два рукописа слична, а у којој мери се разликују. У тражењу одговора на ово питање неопходно је водити рачуна о постојању општих сличности у великом броју рукописа, што се нарочито читава у штампаним рукописима, слабо исписаним рукописима и бројевима. Због тога вештак мора да установи стварне подударности и случајне сличности, односно које су то разлике случајне, а које друге недвосмислено откривају различитости рукописа.

Посебно су могуће грешке у вештачењу рукописа полуписмених лица, младих особа са неизраженим карактеристикама рукописа, рукописа блиских сродника, кратких спорних рукописа и код графолошке експертизе лажних потписа. Управо зато, изузетно значајну фазу вештачења рукописа чини констатовање вредности појединих карактеристика ради проналажења појединих особености, на основу чега би било могуће установити битне разлике рукописа, које су од пресудне важности за доношење експертског закључка.

Кључне одлике распореда рукописа, на које би ваљало обратити пажњу, могле би се класификовати на следећи начин:

- општи смештај садржаја на једној страници и равномерно распоређивање његових делова или његова појавна несиметричност;
- широк, узак, променљив или уједначен размак између редова, речи, слова, одвојених великих слова, великих и малих слова у једној речи;
- положај речи у односу на замишљену и или стварну линију писања;

- постојање или одсуство празног простора на угловима странице и његова једнообразност;
- позиција потписа у односу на текст испод кога се налази;
- правац потписа у односу на линију писања, који се може посматрати као хоризонталан навише или наниже односно променљив или личан;
- паралелизам у ширини размака редова рукописа на чистој хартији, на омоту или у адреси;
- распоред у заглављу, уводном делу и закључку писма, те њихов међусобни однос, то јест однос према осталом тексту;
- пасуси и њихова фреквентност, односно њихово изостављање, те средња дубина празног простора остављеног на почетку пасуса;
- распоред бројева, скраћеница и ознака за главну и секундарну валуту у односу на линију писања или у односу на речи постављене испред или иза њих;
- умеци између редова, њихова обележја и учесталост;
- адресе на коверти, њихова величина, распоред, положај и стил;
- спојне линије односно континуирани потези између речи;
- број речи у једном телеграму;
- положај знакова интерпункције према основној линији и у односу на речи постављене испред ових знакова;
- потцртавање, његов положај, наглашавање и учесталост.

Свака индивидуа има своје стечене навике у погледу наведених карактеристика рукописа, које се правилно понављају. Овакве карактеристике се највише огледају у:

- величини рукописа;
- размацима између појединих слова и речи;
- нагибу рукописа;
- облицима слова.

Да би судски графолог у својој експертизи са извесношћу избегао могућност погрешке, потребно је да детаљно испита следеће особености испитиваног рукописа:

- сталне и природне варијације у оригиналним облицима под различитим условима, посебно у погледу: нацрта, величине, као и скраћених односно целовитих облика;
- несталне, неприродне и нагле промене у нагибу, величини, расподели рукописног трага, ширини потеза и у брзини рукописа;
- размак редова и речи, начин распоређености садржаја текста, те празан простор у угловима странице;

- присуство цртаних или писаних украсних потеза у односу на написана слова;
- застоји у средини слова или рукописног потеза;
- дрхтање у потезима, које може бити прекомерно и нескладно, посебно код завршних потеза у писању слова;
- изглед и квалитет потеза, променљив притисак приликом исписивања слова, присуство мрља и неравномерних потеза;
- сличност или истоветност у поновљеним речима или комбинацији слова, што представља знак употребе једног модела писања;
- ређање речи и правац редова, водоравност у исписивању речи и редова;
- деликатна и делимична поправљања, сенчења и подебљавања слова, која у првом тренутку исписивања нису била подебљана;

Уз наведено, вештак мора да обрати пажњу на: употребљену хартију, оловку, стил, језичке особине, граматичке грешке, познавање правописа, употребу великих слова, начин бележења интерпункције, растављање речи, садржину текста и чињенице, наслове, унете цифре или описне речи којима се означавају бројеви, преправке, избрисана места, уметнуте речи, скраћенице, места где је хартија савијена, наборе, оштећене делова хартије, изгужваност документа, старост документа, упрљана места, величину и облик хартије, водене знаке, те да ли је хартија резана машинским путем или је цепана руком

Да би се откриле карактеристике које указују на фалсификат рукописа, потребно је спорни документ фотографисати са директним и продорним осветљењем, а потом изградити неколико фотографија различитог степена увећања. Од значаја је и психофизичко стање аутора рукописа, како би се омогућило искључивање могућих заблуда у погледу ваљаности предметног документа.

### Идентификација рукописа

Код вештачења рукописа постављају се два проблема. Први се односи на дилему да ли је потпис односно краћи или дужи текст написан руком оног лица које је означено као аутор спорног потписа или текста. Други проблем се обично поставља приликом вештачења рукописа и састоји се у одређивању да ли је извесно лице написало једно анонимно писмо или текст неког другог документа.

Иако у појединостима слични, наведени проблеми нису истоветни. Тако, фалсификовани рукопис или потпис углавном јесу имитација не-



ког другог рукописа или потписа. Међутим, анонимна достава може бити написана измењеним или природним рукописом неког непознатог аутора.

Ови проблеми могу се решити проучавањем одговарајућих особина у самим рукописима, те упоређивањем особина, делова и карактеристика спорног рукописа са особинама, деловима и карактеристикама узорка рукописа за упоређивање.

Приликом поређења рукописа морају се анализирати психичка подлога и материјални елементи рукописа, као и покрети којима су они формирани. Систем, нагиб, размак, брзина, подебљавање и величина потеза су само део особина рукописа. Тек после проучавања свих досада наведених детаља конкретног рукописа може се отпочети са његовим вештачењем. Да би се могло закључити да су два рукописа написана од стране истог скриптора неопходно је да садрже не само исте одлике система и стила рукописа, већ и довољан број истих или врло сличних појединачних обележја довољно јасно изражених, која се понављају. Важно је одбацити случајну сличност. Важно је да се упоређивани рукописи разликују у већем броју индивидуалних карактеристика, при чему разлике не смеју бити само површне и уобичајене, односно онакве које се могу појавити и код разних рукописа једног истог аутора. Овакве разлике не могу бити случајне и нису исход различитих услова писања. У сваком другом случају, оне не могу бити релевантне за вештачење рукописа.

Анализа, тумачење и одређивање релативне вредности и доказне снаге свих наведених разноврсних одлика једног рукописа, као темељ његове веродостојности или подударности, представља кључни проблем који је неопходно решити. Није могуће приказати и разјаснити све стварне и вероватне индивидуалне карактеристике рукописа и проценити његове релативне вредности. Зато је илузорно формирати збирку правила, према којима би се оцењивали релативна вредност и доказни значај свих особености рукописа, али се ипак могу навести неки општи принципи који се примењују у већини случајева вештачења рукописа.

*Први* од оваквих принципа јесте да од истоветних и различитих карактеристика највећу доказну снагу имају оне које показују најзнатнију разлику у погледу система или неких других националних одлика испитиваног рукописа.

*Други* принцип, можда и значајнији од претходног, јесте да се оне једва приметне карактеристике рукописа које се понављају, морају најпре испитивати, те да им се мора дати највећи доказни значај, јер су оне савним могуће несвесно формиране и не могу бити намерно изостављане

у случају намерне измене рукописа. Оне се исто тако могу успешно подражавати када се један рукопис или потпис жели фалсификовати имитирањем туђега рукописа.

Према *шрећем* принципу, обичне одлике и елементи система или националности нису довољни као основа за закључивање о идентичности испитиваних рукописа, јер се индивидуалност сваког рукописа састоји од општих и посебних карактеристика и навика. Тако, извесна индивидуална карактеристика у рукопису може бити исход остатка погрешке, коју учитељ није приметио када је нека особа учила писање. Такође, свесни или несвесни утицај других особа, чије рукописе често гледамо, представља један од снажних извора појединачних одлика. Дивљење необичном облику неких слова може представљати узрок јединствених особина рукописа, као и необјашњиве навике у погледу нагиба или величине исписаних слова. Честа употреба рукописа доприноси његовом разликовању од школске форме, док се код особа које ретко пишу рукопис одликује школским моделом обликовања слова. Украшавање почетних слова у реченици може бити једна од индивидуалних одлика рукописа, баш као и скраћивање појединих слова.

На овај начин, рукопис, под дејством наведених различитих услова, постаје једна комплексна целина која је настала деловањем свих спољашњих утицаја. Ови утицаји су под рефлексијом унутрашњих психичких покретача односно личних тенденција, или су усавршени, преиначени или искривљени. По природи ствари, ове разне особености имаће различиту доказну снагу приликом вештачења да ли је споран рукопис написан руком одређеног скриптора.

Напоследку, особине и индивидуалне одлике сваког рукописа могле би се посматрати као:

- трајне или устаљене,
- уобичајене или опште,
- повремене или случајне,
- изузетне.

Идентичност рукописа је доказана уколико спорни и несумњиви рукопис у себи садржи довољан број сличних карактеристика, елемената и особина, тако да није логично сматрати да се све уочене сличности случајно подударају.

Насупрот овоме, идентичност рукописа није доказана када између упоређиваних рукописа постоји сличност само у неколико општих и обичних облика слова или ако су спорни и несумњиви рукопис слични само у погледу особина и одлика система или народности. Исто тако,

сличност само у погледу неколико општих скраћених или развијених облика слова или особина рукописа, не доводи до доказивања идентичности рукописа.

### Закључак

Број елемената графичке структуре и физиолошка основа динамике настанка рукописа чине поље са неограниченом ширином за позиционирање свачије индивидуалности. У томе се огледа доказна снага рукописа, а његов квалитет неспорно омогућује овакву врсту вештачења. Подудараност спорног и неспорног рукописа, у свим напред наведеним карактеристикама, обезбеђује услове да се са сигурношћу може закључити да анализирани рукопис припада истом аутору.

Резултати до којих вештак долази морају бити јасно, уверљиво и детаљно образложени. Поред приказа и оцене свих испитиваних карактеристика спорног и неспорног рукописа, неопходно је истаћи оцену материјала за вештачење и објашњење метода примењених у раду. Мишљење вештака ваљало би да садржи и одговор на сва важна питања, која се у вези са вештачењем могу поставити. Суштински, оно може бити изражено у форми потпуно сигурног одговора, али и на нивоу једног од степена вероватноће.

Околности које доводе у питање поузданост идентификационе експертизе, на овом плану, тичу се пре свега самог поступка вештачења односно стручности и способности вештака да изведе правилан закључак и представи суду тако заснован налаз и мишљење. Могућност грешке у експертизи се на суду мора узети у обзир приликом оцене доказа на основу вештачења рукописа у сваком конкретном случају.

### Summary

The fact of living in the world with daily imposed need for usage of written documents, having great importance in different areas of social life, causes the author to deal with the matter of the documents' authenticity in the article.

The constant increase of criminal activities regarding forgery of documents and misusing of them considering committing of wide range of criminal offences is noticeable, also.

Especially, the author stresses out the problem and the necessity of check up on validity of handwritings and signatures, as the challenge being assessed necessarily considering the verification of written documents' regularity.

*Key words:* handwriting, signature, handwriting expertise.

## Литература

1. Алексић, Ж.: *Утврђивање чињеница и вештачења у грађанском и кривичном поседујуку*, ИП „Глосаријум” д.о. о., Београд, 2000.
2. Bauer H.: *Veštačenje pismenih isprava*, Beograd, 1940.
3. Buquet, A.: Handwriting Examination Background and Current Trends, *International Criminal Police Review*, No. 352, Paris, 1981, 242–246 pp.
4. Ellen, D. M.: The Expression of Conclusions in Handwriting Examination, *Journal of Canadian Society of Forensic Sciences*, No. 3, Ottawa, 1979, 117–120 pp.
5. Harrison, W.: *Suspect Documents*, Chicago, 1981
6. Mc Alexander, T.: The Meaning of Handwriting Opinions, *Journal of Police Science and Administration*, No. 1, Gaitsherburg, 1979, 43–47 pp.
7. Osborn A. S.: *Questioned Documents*, London, 1929
8. Pfanne H.: *Handschriftenverstellung*, Bonn, 1971

UDK BROJEVI: 343.13(497.11)

*Др Милан Шкулић*

редовни професор Правног факултета  
Универзитета у Београду

## КРИТИЧКА АНАЛИЗА НОВОГ ЗАКОНИКА О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ СРБИЈЕ (I)<sup>1</sup>

### Сажетак

У раду се критички анализира низ одредби новог Законика о кривичном поступку Србије. У раду се износи став да су основне концептуалне грешке новог Законика: 1) потпуна девалвација начела истине у кривичном поступку, уз истовремено „празну” могућност да се пресуда као и до сада може побијати и због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања, 2) увођење елемената тзв. паралелне истраге у оквиру јавно-тужилачке истраге, што у пракси само донекле може користити малом броју екстремно финансијски моћних окривљених, те 3) потпуно адверзијална конструкција главног претреса, уз форсирање изразите доказне пасивности суда, захваљујући којој ће наш будући, тј. нови кривични поступак постати веома сличан класичном парничном поступку.

Осим ових, Законик обилује и читавим низом других правно-техничких аномалија, као и неких суштинских грешака, попут следећих омашки и пропуста: погрешно дефинисање предмета доказивања; лоше уређено основно и унакрсно испитивање у оквиру давања пресудне улоге странкама у доказном поступку на главном претресу; неадекватно уређено питање терета доказивања; погрешно степеновање сумње (основ сумње, основана сумње и оправдана сумња), уз имплицитно кршење претпоставке невиности; читав низ пропуста који се односе на споразум о признању кривичног дела, који је, као и иначе, прилично споран институт, неослобађање саокривљеног или осуђеног од дужности полагања заклетве када се испитују као сведоци, немогућност одбране да захтева давање ста-

<sup>1</sup> Због обимности и актуелности теме овај рад ће бити објављен у два дела.

туса заштићеног сведока; прешироко дефинисање могућности претресања без сведока због „недоступности” држаоца стана, низа одредби које погоршавају положај одбране, попут правила да једна странка (јавни тужилац), може другој странци (окривљеном) постављати браниоца, па до омогућавања да се бранилац саслуша као сведок, те успостављања обавезе браниоца да преда предмет који може послужити као доказ; пропуштање да се непостојање предлога оштећеног за кривично гоњење сврста у битне повреде одредаба кривичног поступка; немогућност саслушања у поновљеном поступку саучесника окривљеног који је већ осуђен; индиректно коришћење несудских доказа на главном претресу и могућност заснивања пресуде на таквим доказима, итд.; озбиљне пренормираности новог ЗКП-а, при чему су неке дефиниције које су у њему дате обично понављање оних из КЗ-а, или се ради о потпуно непотребном, односно погрешном дефинисању;

*Кључне речи:* Zakonik o krivičnom postupku, krivično procesno pravo, kritika reforme srpskog krivičnog postupka.

## 1. Уводна разматрања

Овај критички осврт се примарно тиче новог Законика о кривичном поступку из 2011<sup>2</sup>. године, који се, уз фокусирање на његове основне карактеристике, попут новог концепта истраге, нове конструкције главног претреса, одустајања од неких класичних кривично-процесних начела, као што је то случај са принципом истине итд., у тексту пажљиво критички анализира, те се указује на основне мане, очигледно лоше одредбе, или неке мање упадљиве „слабе тачке” нових законских решења, због чега добар део овог текста има значај и одговарајућих предлога у *de lege ferenda* смислу, па се надамо да ће у том смислу бити од користи и нашем законодавцу.

Код реформисања кривичног поступка Србије поставља се питање циља – да ли се тежи само и искључиво бржем кривичном поступку или је циљ *правичан* кривични поступак. У пракси се, када су у питању актуелна законска решења или када се ради о конкретним случајевима, погрешно оцењује или чак поистовећује ефикасност и брзина кривичног поступка, а понекад и са његовим коначним исходом (да у недовољној мери резултира правноснажним осуђујућим пресудама). Ова питања су везана за потребу реформе кривичног поступка и правац у којем треба да иде. Наравно да кривични поступак не сме да траје предуго, али се брзина сама по себи не сме ни априорно, механички и крајње упрошћено поистовећивати са ефикасним кривичним поступком. Нису исто *брз* и *ефикасан* кривични поступак.

Брзина поступка је релативна категорија. Важно је да кривични поступак не траје више него што је то објективно потребно, а фактичка је ствар о којем се времену ради у сваком конкретном случају. Колико ће

<sup>2</sup> „Службени гласник РС”, бр. 72 од 28. септембра 2011.

конкретни поступак трајати зависи од низа фактора, попут сложености доказног материјала, број оптужених, евентуалних промена у саставу судског већа (које су некада неизбежне) и читавог низа других елемената који одређени случај чине мање или више сложеним или напротив, релативно једноставним итд.

Нови Законик по свом радикалном „реформском подухвату”, је одступио од традиционалног европског савременог типа кривичног поступка, тако да је извршено својеврсно концепцијско постављање кривичног поступка „са ногу на главу”. Радикални захвати који често делују примамљиво, нарочито младим људима жељним доказивањима, па и оним који се само „осећају младима”, доноси велику опасност и могућност тешких промашаја, од чега није далеко случај и са новим Закоником. У целини овог разматрања ће се имати не само ЗКП/11, већ и Предговор посвећен Законнику о кривичном поступку,<sup>3</sup> који је објавио „Службени гласник” који је „брзометно” достављен правосудним институцијама ради припрема за примену новог типа кривичне процедуре. У Предговору Законика, аутори, износе идеју о потреби адекватне промене „крвне слике” нашег правосуђа, и о потреби „стварања” нових „кадрова” који ће примењивати нови Законик, те ће и то бити у фокусу критичног разматрања<sup>4</sup>.

Наговештавајући одређене тешкоће у сналажењу у новом нормативном амбијенту, те практично оправдавајући „квалитет” свог рада, тврде да је текст Законика разговетан и добро структурисан (додуше, то чине на помало необичан начин, тако што наводе да тешкоћа неће бити због неразговетности и структуре новог Законика), али да ће, ипак, основни проблем у Србији настати због извесног „социопсихолошког феномена”, па тако најављују „унапред припремљени алиби”, за евентуално неуспешан пројекат.

---

<sup>3</sup> Главни аутор овог Предговора је, судећи по редоследу аутора на корицама текста и насловној страници, био др Слободан Бељански, адвокат из Новог Сада, а његови сарадници у писању предговора су били проф. др Горан П. Илић и др Миодраг Мајић, судија Апелационог суда у Београду.

<sup>4</sup> Аутори споменутог Предговора износе следећу *веома инјересанјну констатацију*: „Примена новог Законика неће бити лака, и то не због његове структуре или неразговетности његовог садржаја, већ због врсте правног образовања, стечених навика, недостатка кадрова, а понајпре због социопсихолошког феномена који бисмо могли назвати недостатком културе непристрасности. Улога Правосудне академије и Адвокатске академије биће пресудна у настојању да се надокнади недостатак потребних знања и вештина. Одговарајуће иновације треба очекивати и у стручној литератури и у програмима правних факултета и правосудних испита.” Види: С. Бељански, Г. П. Илић и М. Мајић, Законик о кривичном поступку (предговор), „Службени гласник”, Београд, 2011, стр. 63.

Слажемо се да примена новог Законика о кривичном поступку неће бити лака, што је по нашем мишљењу нужна последица како некавалитетног текста и читавог низа поприлично неуобичајених, компликованих, конфузних и често веома нејасних процесних решења, тако и у њему присутних нормативних решења и механизма којима се радикално и начелно раскида са нашом до сада доминантном кривичнопроцесном традицијом, која се јасно огледала у досадашњем припадању нашег кривичнопроцесног система европско-континенталној правној култури.

Додуше, можда аутори Предговора сматрају да су за стицање нових драгоцених знања, довољни кратки пригодни курсеви иновације знања за већ постојеће носиоце правосудних функција, које би организовала већ постојећа Правосудна академија, као и Адвокатска академија, која ће тек бити основана, али зашто онда истовремено, тј. у истом контексту спомињу још и програме правних факултета, те садржај правосудног испита, у погледу чега се по дефиницији ради о вишегодишњем стицању одговарајућих знања, а што онда такође подразумева да се тек за неколико деценија може створити потребан број „нових врлих кадрова”.

У Предговору<sup>5</sup> Законика, говори се о својеврсном „доприносу” новог „модерног” Законика о кривичном поступку, приближавању Србије Европској унији, а не каже се да су адверзијално конструисани кривични поступци још увек (што је наравно, по нашем мишљењу веома добро), сасвим ретки у Европској Унији, тј. практично их нема у државама тзв. старе Европе, попут Немачке, Аустрије, Француске итд., а типични су за „младе ЕУ државе”, као што је то на пример Румунија, односно ускоро и Хрватска, а исто важи и за „дугогодишњег ЕУ кандидата” – Македонију, као и за БиХ, која још увек није ни „официјелни ЕУ кандидат”. Једина држава која спада у релативно развијенији део ЕУ, а која има изразито адверзијално конструисан кривични поступак је Италија, али као што ћемо то, између осталог, објашњавати у даљем тексту, италијанско кривично правосуђе у оквирима ЕУ ни у ком случају не спада у некакав „врх” у погледу квалитета, а нарочито ефикасности, па и брзине, док је, с друге стране, сам италијански кривични поступак у целини знатно

<sup>5</sup> С. Бељански, Г. П. Илић и М. Мајић, *op. cit.*, стр. 9. „Као чланици Савета Европе и држави која очекује кандидатуру за чланство у Европској Унији, Републици Србији је био потребан модеран кривичнопроцесни законик који би осигурао делотворно учешће окривљеног, расправну структуру поступка, једнакост оружја на главном претресу и, по могућности, у ранијим фазама поступка и посебан положај оштећеног.” Невероватно је да се тако важан закон, као што је то Законик о кривичном поступку, повезује са „очекивањем кандидатуре за чланство у ЕУ”.



боље уређен него што је то постигнуто са новим Закоником о кривичном поступку Србије.

Републици Србији је био потребан *модеран* кривичнопроцесни законик, кажу аутори Предговора. То је једна невероватно „бледа” констатација, јер реч „модеран” заиста ништа не значи када се ради о Законнику о кривичном поступку, а већ сама тако рутинска и бесмислена употреба те речи очигледно указује на поприличну збрку у мислима оних који су одиграли кључну улогу у настанку новог Законика. Наиме, лако је учити да је све то на далеко адекватнији начин, него у новом Законнику о кривичном поступку из 2011. године, постојало како и у нашем ЗКП-у из 2001. године, тако и у другим нашим знатно „старијим” закон(иц)има о кривичном поступку.

Тзв. расправна структура поступка, односно остваривање начела контрадикторности на главном претресу, ни у ком случају не подразумева да главни претрес треба да буде потпуно адверзијално конструисан уз максимално пасивизирање суда, као што је то учињено у новом Законнику, а по узору на амерички кривични поступак, наравно, без пороте која постоји у том поступку, те уз омогућавање да се на таквом главном претресу сасвим широко користе докази које су у претходним фазама поступка прикупили несудски органи, тј. јавни тужилац и полиција, а што све апсолутно није могуће ни у САД. Дакле, форсира се на погрешан начин начело расправности, а истовремено се поприлично деградира начело непосредности.

Аутори предговора говоре о неком „посебном положају оштећеног” у новом Законнику о кривичном поступку. Положај оштећеног је у том Законнику „посебан” само утолико што он сада има знатно мање права него што их је имао раније, у складу са Закоником о кривичном поступку из 2001. године. То се, између осталог, огледа и у редукованим могућностима оштећеног да стекне својство супсидијарног тужиоца, као и у томе што више не може својом жалбом да побија споразум о признању кривице који су закључили јавни тужилац и окривљени, као што је то оштећени могао према 2009. године новелираним одредбама Законика из 2001. године.

## 2. Основне концепцијске грешке новог Законика о кривичном поступку

Две су основне концепцијске грешке новог Законика о кривичном поступку: 1) девалвација начела истине и 2) потпуно адверзијална кон-

струкција главног претреса уз драстично минимизирање улоге кривичног суда.<sup>6</sup>

Основна питања реформе кривичног поступка Србије су сведена на проблематику типа истраге и конструкције главног претреса, посебно у вези улоге суда у доказном поступку, те проблематике примарно страначког или судског извођења доказа, али и на веома важно питање (не)постојања начела истине у кривичном поступку.

### 2.1. Дејалвација начела истине у новом Законику о кривичном поступку

Истина у новом Законику није приоритет кривичног поступка, јер се не само утврђивање истине, већ чак ни тежња ка њој од стране службених актера кривичне процедуре уопште не означава као циљ кривичног поступка.

Новим Законом о кривичном поступку промовисана је доказна *пасивност суда*. Доказе би изводиле странке, а улога суда би се свела на контролу исправности доказног поступка. Странке су формално равноправне. Дакле, насупрот јавном тужиоцу, који може рачунати на комплетну логистичку подршку државног апарата чији је део, биће окривљени коме може помагати бранилац. Наравно, ако окривљени има финансијска средства да плати његове услуге, или уколико се ради о случајевима обавезне стручне одбране, када окривљеном који нема браниоца, њега поставља јавни тужилац или суд (чл. 76 ст. 1). Обавезна одбрана је прописана само за тежа кривична дела, тако да већина окривљених може, али не мора имати браниоца. Међутим, богате окривљене, на пример, попут оних који се терете да су „нарко-босови”, браниће „адвокатске звезде”. Они ће моћи да имају правне тимове, те ангажују приватне детективе за прикупљање доказа.

Иначе, у кључној начелној одредби Закона о кривичном поступку из 2011. године, која се тиче извођења доказа и терета доказивања, направљена је озбиљна грешка. Наиме, у члану 15 став 3 утврђено је да суд **изводи доказе на предлој странака**, из чега би произишло да доказе не изводе странке, већ то чини суд, али само по њиховом предлогу, као што је то било слично и у ЗКП-у из 2001. године, односно у нашем претходном традиционалном кривичнопроцесном систему.

Међутим, читавим низом одредби Закона промовисана је изрази-та доказна пасивност суда, а извођење доказа је не само примарно, већ

<sup>6</sup> Више о томе: М. Шкулић, Начело правичног вођења кривичног поступка и начело истине у кривичном поступку, *Правни животи*, број 9, Том I, Београд, 2010, стр. 587–611.

скоро искључиво поверено странкама, што је у потпуној контрадикторности са одредбом члана 15 став 3. У истом члану Законика, тј. већ у наредном ставу члана 15, наводи се да суд може дати налог странци да предложи допунске доказе или **изузетно сам одреди**ти да се **шакви докази изведу**, ако оцени да су изведени докази противречни или нејасни и да је то неопходно да би се предмет доказивања свестрано расправио. Дакле, чак се ни у овој одредби суду не даје могућност да сам изведе доказе, већ само да изда налог да се докази изведу. Очигледна је интенција да се суд што је више могуће и по сваку цену – доказно пасивизира. Иако у Законику није сасвим јасно речено, ово подразумева да би такве доказе морала извести одређена странка, односно лице које потпомаже остваривање страначке функције, попут браниоца када је реч о окривљеном. Одредба члана 15 став 4 је стога директно и очигледно супротстављена одредби члана 15 став 3 Законика, што ни у ком случају не представља усамљен пример постојања међусобно противречних одредби у новом Законику о кривичном поступку Србије. Код оваковог законског решења ипак ће у пракси, односно у једном великом броју случајева, неке странке бити мало равноправније од других.

Типичан адверзијални кривични поступак какав постоји у САД, *иодразумева иоротиу*, састављену од обичних грађана, која одлучује ко је победник доказног двобоја.<sup>7</sup> Тек када порота састављена од обичних грађана, оптуженог огласи кривим, судија га кажњава. Ако га порота ослободи, посао судије је завршен. Али оптужени у том поступку увек има право да му, ако сам нема средства, држава о свом трошку обезбеди браниоца. То у Србији није случај.

С друге стране, ни у САД није спорно да квалитет одбране коју реализују браниоци постављени по службеној дужности, често није на високом нивоу. Обрнуто, веома богати окривљени „купују” врхунске адвокат-

---

<sup>7</sup> Кривични поступак је у САД устројен као једна врста „доказног страначког двобоја”. Тужилац и окривљени, односно његов бранилац, јер је екстремно ретко да окривљени нема браниоца, се сопственим аргументима „туку” пред поротом састављеном од обичних грађана, која цени ко је био убедљивији. Сам судија је релативно пасиван. Тек ако порота одлучи да је окривљени крив, судија ступа на сцену изрицањем одговарајуће казне. Ако порота одлучи да нема кривице, посао судије је завршен. Ово је и правним лицима познато из белетристике и филмова. Оно што многи не знају јесте да је овакво „школско” суђење у САД *de facto* прави *изузетак*. Одвија се у мање од 10% свих случајева. Скоро 90% случајева се окончава на темељу признања окривљеног, када изостаје поротно суђење, а суд само изриче казну, узимајући признање као озбиљну олакшавајућу околност и руководећи се споразумом тужиоца и окривљеног, али без формалне обавезе да изрекне казну коју су странке предложиле. Када би било нешто више суђења пред поротом, правосудни систем САД би свакако доживео колапс.

ске услуге. Сетимо се случаја О`Џеј Симпсона, који је скоро „крвавих” руку оптужен за убиство супруге и њеног љубавника,<sup>8</sup> али је вештим адвокатским маневрисањем избегао осуду, да би недавно објавио књигу под насловом „Шта ако сам убио”, којом фактички признаје кривицу.<sup>9</sup> Поред тога, поротно суђење у САД је прави изузетак, јер се више од 90 % случајева сумарно решава признањем кривице, које је у највећем броју случајева „погођено”, тј. формално испреговарано између државног тужиоца и одбране.

У континенталној Европи, суд је по правилу, суверени и неприкосновени „господар” доказног поступка, без обзира што странке располажу одговарајућом доказном иницијативом, те у одређеној мери могу учествовати и у извођењу доказа. То је најтипичније у Немачкој и у другим државама чији су нам правни системи традиционално служили као узор. Слично је и у Аустрији која је типична и интересантна и по томе, што је такође, од недавно увела систем државно-тужилачке истраге, али наравно, није прихватила и потпуно адверзијалну конструкцију главног претреса, нити је у свом новом Законику о кривичном поступку, елиминисала начело истине.<sup>10</sup> Адверзијални кривични поступци (за које се понекад наводи и да су пример својеврсне „американизације” кривичних поступака неких европских држава), сада постоје и у неким континенталним европским државама, као на пример, у Републици Српској и уопште, у нама суседној БиХ, мада тамо и поред тога, постоји начело истине у кривичном поступку.<sup>11</sup> Такав систем постоји и у Италији, али тамо окривљени увек мора имати адвоката, што онда начелно омогућава какву такву формалну једнакост оптужбе и одбране на главном претресу који је адверзијално устројен, тј. своди се на доказни двобој две странке пред у доказном смислу пасивним судом, као својеврсним „посматрачем”, чија је активност током суђења сведена на минимум.

Претварање судија у „стручни жири” који ће „бодовати” успешност у доказивању тужиоца и одбране суштински представља потенцијално ве-

---

<sup>8</sup> Z.Erzincioğlu, *Forensic – the Crime Scene Investigations*, „Barnes&Nobles”, New York, 2004, стр. 19.

<sup>9</sup> Он је чак касније у парничном поступку (што је у САД формално могуће), оглашен кривим за убиство своје бивше супруге и њеног љубавника, те му је изречена пресуда којом се обавезује да плати висок новчани износ накнаде штете сродницима својих жртава, што је О`Џеј Симпсон, захваљујући вештим правним „дриблинзима” својих адвоката у поступку извршења, до сада успео да избегне.

<sup>10</sup> Више о томе: S.Seiler, *Strafprozessrecht*, 10, überarbeitete Auflage, „Facultas.wuv”, Wien, 2009, стр. 31–34.

<sup>11</sup> Више о томе: З.Јекић и М.Шкулић, *Кривично процесно право*, Правни факултет у Источном Сарајеву, Источно Сарајево, 2005, стр. 291.

ома незгодан експеримент. Можда се неке судије томе радују, резонујући по систему „муко моја пређи на другога”. Они сада себе виде као „неутралне посматраче” страначке „утакмице. Али суђење није утакмица, или бар то не би требало да буде. Судије не треба да буду ни гледаоци, нити навијачи.

Пасивизација суда може бити и веома скупо решење. Ако би суд био тако драстично растерећен, јер се и истрага поверава јавном тужиоцу, онда се може појавити проблем вишка судија, а мањка јавних тужилаца и све то непосредно након спроведеног општег избора, тј. реизбора, који је и иначе, оптерећен низом тешких проблема, а цео „хаотични” поступак „преиспитивања већ преиспитаног” се отегао у недоглед уз веома озбиљне проблеме не само по правосуђе, већ и по стабилност целокупног правног система Републике Србије.

Истина, сходно новом Законику о кривичном поступку Србије, више није циљ будућег кривичног поступка, већ би у том поступку, као и у свакој класичној грађанској парници, „побеђивала” странка која је успешнија у доказном „дуелу”.<sup>12</sup>

Но, истина ни иначе није некаква „света крава” у савременом кривичном поступку. Њој се у типичном европском кривичном поступку тежи, али не по сваку цену. Онда када се истина не може утврдити, доноси се одлука у корист окривљеног. Сада се истини неће чак ни тежити. Суд ће једноставно „вагати” да ли су вероватнији наводи оптужбе или аргументи одбране, а да ли је права истина на једној или другој страни; „пако ће га знати”.

## *2.2. Елиминисање суштинских разлика између парничној и кривичној поступка*

У већини земаља континенталне Европе, нарочито када се ради о класичним правним системима држава тзв. старе Европе, односно оних земаља које представљају својеврсно „језгро” Европске уније и чији су правни системи традиционално важили као узор за низ других европских земаља, међу којима је и некадашња Југославија, па самим тим и државе настале на њеном тлу, постоје веома значајне разлике између

<sup>12</sup> Ако би неко, користећи *ctrl + find* функцију на рачунару, односно помоћу аутоматског претраживања одређене *кључне речи* у тексту, покушао да пронађе реч **истина** у иначе прилично обимном тексту новог Законика о кривичном поступку Србије – он у томе не би успео. Творци овог Законика су систематски и скоро острашћено из законског текста избацили истину или чак било коју реч која би се могла сматрати синонимом за истину.

парничног и кривичног поступка. Те се разлике првенствено огледају у правилима доказивања и утврђивања чињеничног стања, односно примарно се односе на домет и дејство одређених доказних начела, то јест начела која се односе на циљ и сврху процедуре. Та процесна начела су суштински различита у поступку чији је предмет одређено грађанско-правно питање спорног карактера, као што је то у парничном поступку и процедуре чији је предмет тзв. *causa criminalis*, односно кривично дело, односно дело које је противправно и законом прописано као кривично дело, а што се решава у кривичном поступку.

На пример, у немачкој кривичнопроцесној теорији се традиционално истиче да у „цивилном”, тј. парничном поступку, у којем се, пре свега, одлучује о „приватним интересима”, важи принцип диспозиције, што се огледа у томе да парничне странке саме носе одговорност за утврђивање чињеница које би биле подлога за одлуку суда. То се своди и на постојање одговарајућег терета доказивања, па тако суд, сходно принципима парничног поступка, своју пресуду може засновати само на ономе што су странке тврдиле, подвеле под одређене доказе, односно доказале, при чему оно што је за странке неспорно обавезује и самог судију, у вези с чим се истиче да генерално у парничном поступку важи *начело формалне истине*.<sup>13</sup>

Обрнуто, у немачкој теорији кривичног процесног права се наглашава да супротно парничном поступку, у кривичном поступку важи *начело материјалне истине*, као и принцип истраживања од стране суда, што означава да сам суд истражује садржински аспект предмета кривичног поступка („сам од себе инструисан”), те притом, у остварењу тог задатка и у односу на разјашњење ствари, није везан активностима процесних странака,<sup>14</sup> а што се посебно огледа у томе да суд „истражује истину извођењем по службеној дужности свих доказа који су од значаја за одлучивање суда”.<sup>15</sup>

За разлику од овог претходно описаног класичног континентално-европског погледа на циљ кривичног поступка и правила извођења доказа, односно официјелног судског утврђивања чињеничног стања у кривичном поступку, у САД се на ово питање гледа сасвим другачије, тако да

<sup>13</sup> C. Roxin und B. Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, 26. Auflage, „Verlag C. H. Beck”, München, 2009, стр. 78.

<sup>14</sup> Ово се посебно илуструје карактеристичним примером *немогућности доношења пресуде због изостанка у кривичном поступку*, тј. правилом по којем за разлику од парничног поступка, где недолазак једне уредно позване странке на суђење доводи до пресуде због изостанка, односно ако се ради о тужиоцу сматра се да је, самим недоласком на главну расправу, он прећутно одустао од оптужбе, таквих правила нема у класичном континентално-европском кривичном поступку.

<sup>15</sup> C. Roxin und B. Schünemann, *op. cit.*, стр. 78.



је амерички кривични поступак веома сличан парничном поступку, што се своди на конструисање „адверзијалног поступка”, чија је основна особеност да свака странка сноси терет доказивања својих тврдњи, а одлуку о томе „ко је био бољи у доказивању”, доноси порота.<sup>16</sup>

За класичне континентално-европске кривичне поступке је типично да суд тежи утврђивању истине, која је декларисани циљ кривичне процедуре, али притом, узима у обзир и одговарајућу доказну иницијативу странака, што се не чини безусловно, већ само када суд оцени да се ради о адекватним доказним предлозима странака. Тако на пример, у немачком кривичном поступку суд у циљу утврђивања истине по службеној дужности изводи доказе у погледу свих чињеница и доказних средстава, који имају значаја за доношење одлуке (§ 244 Abs. 2 StPO).<sup>17</sup>

Потпуно супротно претходно наведеном примеру, односно цитираном законском правилу из једног класичног европског кривичнопроцесног система, које јасно осликава „класичну континентално-европску концепцију”, нови Законик о кривичном поступку Србије из 2011. године веома консеквентно елиминише дејство начела истине у кривичном поступку, те нову српску кривичну процедуру чини изразито сличном класичном парничном поступку слично као што је то у САД. Овде треба имати у виду да је ова концепција у Србији још и додатно изузетно парадоксална, када се узме у обзир да у неким типовима парничних поступака, супротно општем правилу тог типа судске процедуре, важи начело истине, тј. од суда се на темељу стриктних законских прописа захтева да и мимо процесне иницијативе странака, односно невезан страначким доказним предлозима, по службеној дужности утврђује истину, као што је то на пример случај у парничним поступцима у којима се решава о правима деце, односно онда када су предмет парничног поступка брачни и породични односи.

### *2.3 Питање истраге као „питање над питањима” у реформи кривичног поступка Србије*

Питање истраге се, с правом или не, наметнуло као централно питање реформе нашег кривичног поступка и оно се углавном своди на дилему судска или тужилачка истрага, односно „судска истрага против тужилачке истраге”. Иако аутор овог рада суштински и начелно даје предност

<sup>16</sup> *Ibid.*, стр. 79–80.

<sup>17</sup> Више о томе: L. Meyer-Goßner und J. Cierniak, *Strafprozessordnung – Kommentar*, „Verlag C. H. Beck”, München, 2009, стр. 958–959.

јавно-тужилачкој истрази у односу на судску, није могуће не приметити да је проблем карактера истраге ипак значајно пренаглашен у концепту реформе кривичног поступка Србије.

Наиме, пре започињања рада на реформисању типа кривичне процедуре, у оквиру чега би се променила и надлежност за вођење истраге, било би целисходно истражити постојећу праксу, те утврдити која је фаза кривичног поступка заиста „најспорнија”, односно шта је то што евентуално у конструкцији наше позитивне кривичне процедуре (уз анализу и свих осталих релевантних законских механизма) доприноси да поступак буде релативно спор или недовољно „ефикасан” и сл.<sup>18</sup>

Законик о кривичном поступку из 2011. године уводи јавно-тужилачку истрагу, али то чини на један веома чудан начин, уз увођење елемената тзв. страначке истраге, што не само да је суштински нелогично и неправично, већ је у садашњем облику изразито неефикасно, што ће се подробније објаснити у даљим излагањима.

Чини се да су творци ЗКП-а из 2011. били суочени са проблемом који су сами себи непотребно створили, а који се своди на неразумевање да, с једне стране, питање типа истраге уопште није повезано са проблематиком организовања главног претреса, тако да кривични поступак који се одликује тужилачком истрагом уопште не мора да има адверзијалну конструкцију главног претреса,<sup>19</sup> док, с друге стране, када је главни претрес организован адверзијално, то не подразумева да елементи адверзијаторности морају постојати и у истрази, а нарочито не на начин на који су они садржани у Законнику.

#### *2.4 Елементи „паралелне истраге” и доказна активност одбране током јавно-тужилачке истраге*

Ако „тврдокорним европским континенталцима”, или бар свима коју макар мало верују у устаљену правну традицију континенталне Европе,

<sup>18</sup> Морало би се имати у виду и да је „ефикасност” кривичног поступка суштински ипак у великој мери релативног карактера, тако да није ни сасвим извесно који би то били основни параметри за оцењивање да је одређена конкретна кривична процедура (не)ефикасна, што смо објаснили у претходном тексту.

<sup>19</sup> Обрнуто, у најтипичнијим адверзијалним кривичнопроцесним системима, истрага је *полицијска*, а већина радњи које се у њој предузму нема никакав посебан доказни значај, већ су истоветне радњама које се код нас сматрају оперативним активностима полиције у преткривичном поступку. Изузетак је саслушање осумњиченог, када његова изјава, ако је узета под строгим законским условима, има доказни значај, а такође, то важи и за претресање када се оно врши по наредби суда, односно под одређеним условима и без наредбе, што је све веома слично ономе што је у садашњем кривичном поступку Србије карактеристично не за истрагу већ за преткривични поступак.



без обзира што није спорно да треба прихватати и одређене прикладне моделе који потичу из англосаксонског права (попут одређене варијанте споразума о признању кривице, неких елемената организације главног претреса итд.), могућа будућа адверзијална конструкција главног претреса делује не само прилично непривлачно већ и веома егзотично или помало „екстравагантно”, а онда степен „егзотике”, достиже свој врхунац са пласираном идејом о могућој будућој „паралелној” истрази. Небитно је што се формално у Законику о кривичном поступку не користи израз „паралелна истрага”, нити се уопште одбрани даје формална могућност да „спроводи истрагу”, довољно је што се одбрани омогућава *истраживање* током истраге коју води јавни тужилац, па да се констатује да ту фактички представља тзв. паралелну истрагу.<sup>20</sup> Шта би ту и чему било и могло бити паралелно?

Истрази коју би водио јавни тужилац била би паралелна „истрага” окривљеног, односно његовог браниоца. Понекад се наводи да тзв. паралелна истрага постоји у САД и у другим државама англосаксонског правног подручја, али то једноставно није тачно. Тамо конкретно уопште нема било какве званичне, односно формалне истраге, већ истрагу, сличну ономе што је код нас преткривични поступак, сасвим неформално води полиција, а окривљеном – ако уопште и сазна да је под истрагом (јер истрага тамо није јавна) и када сазна (а то ће, по правилу, бити случај тек када га саслушају као осумњиченог) – нико не брани да ако то може и уме, или има финансијских средстава за ангажовање приватног детектива, сам води неку сопствену „истрагу”. Међутим, ништа из те „истраге” не може да се користи као доказ на суђењу, исто као што, уосталом, ни било шта друго из полицијске истраге, осим материјалних доказа, као и исказа осумњиченог, може да се користи на поротном суђењу. И сад код нас нема никаквих законских препрека да се ангажује приватни детектив, али све што он учини нема никакву формалну вредност.

У нашим би условима оваква концепција истраге, односно формализовање тзв. паралелне истраге, захтевало врло компликовану процесну регулативу. На пример, било би веома тешко решити питање јавности у истрази, а како лица у функцији одбране могу водити своју („паралелну”) истрагу, када не знају да се истрага уопште и води од стране јавног

---

<sup>20</sup> Израз „паралелна истрага” ни иначе, није законског карактера, већ се он претежно користи у теоријско-концептуалном смислу, онда када се појединим законима (што је у Европи веома ретко, а типичан пример је Италија, мада је и она мењала своја законска решења, која се у пракси, иначе показују као веома неефикасна), омогућава одбрани да током државно-тужилачке истраге, у одређеном формалном или „полуформалном” облику прибавља доказе који иду њој у прилог.

тужиоца или ако то већ знају, не знају које радње врши јавни тужилац. Каквим би се механизмима могло обезбедити да окривљени може саслушавати сведоке и каквим би их мерама он могао „принудити“ да испуне своје процесне дужности?

У новом Законику о кривичном поступку, додуше, није сада уведен потпуни формални „паралелизам“ у истрази, па тако окривљени не може формално и заиста истоветно као што то може супротна странка, односно јавни тужилац, „да испитује своје сведоке“ током истраге коју против њега води јавни тужилац, али може да на одговарајући начин прикупља њихове изјаве. То је суштински слично као и када би окривљени испитивао сведоке, али притом те изјаве ни не представљају формалне доказе (слично као када су у питању изјаве које грађани током тзв. информативних разговора дају полицији), па и то указује на бесмислен *ratio legis* давања таквих „права“ окривљеном, а што ће у пракси, на шта ће бити детаљније указано у даљем тексту, бити оствариво само екстремно малом броју окривљених, односно онима који спадају у веома богате људе као што су то, примера ради, „сумњиви тајкуни“ обогаћени у процесу приватизације, или када се ради о неким специфичним категоријама окривљених који поседују одговарајућу фактичку моћ, рецимо, попут окривљених за кривична дела организованог криминала, а нарочито лидерима криминалних организација и сл.

Када би окривљени имао и формално право да испитује сведоке, током своје „паралелне истраге“ (што би иначе била још екстремнија варијанта него што је то садашње решење у ЗКП-у из 2011. године, а споминјала се чак и од стране неких чланова радне групе као могућност), теоријски би се могао конструисати механизам посредне судске принуде, где би се окривљени обраћао суду, који би сведоку упућивао позив и евентуално предузимао потребне мере процесне принуде. Међутим, уопште није тешко замислити колико би то било неефикасно, а често би такав начин предузимања радњи, тј. прикупљања „доказа“ у „истрази“ био сасвим апсурдан. Такав тип „истраге“ би, поред тога, тешко могао да буде допринос ефикаснијем кривичном поступку, он би вероватно веома брзо довео до потпуног колапса наше кривичне процедуре, а то ваљда ни коме није циљ. Таква би истрага била у пракси и изразито неправична јер би само једна изразита мањина, веома богатих окривљених, била у стању да води „истрагу“ ангажовањем приватних истражитеља, а остали би имали само „голо право“.

Иако, као што смо претходно објаснили, не може бити говора о било каквој званичној паралелној истрази у САД и у другим државама англосаксонског правног система, одређени елементи такве истраге по-

стоје у Италији, али то не би требало да буде узор нашем предлагачу и законодавцу, јер је такав систем у тој земљи изразито неефикасан, препун озбиљних контрадикција.<sup>21</sup>

Јавни тужилац је странка у кривичном поступку и уколико се он, сходно новом ЗКП-у из 2011. године, као државни орган више не усмерава на официјелно утврђивање истине (садашњи члан 17 ЗКП/01),<sup>22</sup> нема никаквих гаранција да ће истрага коју он води бити ни иоле непристрасна, јер зашто би јавни тужилац у пракси обраћао било какву пажњу на доказе који иду у прилог одбрани, без обзира што га формално Законик на то обавезује. То значи да онда када истина више није циљ кривичног поступка одредба члана 6 став 4 ЗКП/11, по којој су јавни тужилац и полиција дужни да непристрасно разјасне сумњу о кривичном делу за које спроводе службене радње и да с једнаком пажњом испитују чињенице које терете окривљеног и оне које му иду корист, постаје проста фраза која ће у пракси веома тешко бити поштована.

У новом Законику о кривичном поступку прописано је да осумњичени и његов бранилац (ако га има), могу током истраге коју води јавни тужилац самостално прикупљати доказе. Реално је да ово „могу” у пракси буде схваћено као „требају” или чак „морају”, а то ће, свакако, довести до огромних проблема и изразитих неправичности, те се тиме на изванредан начин потенцијално може повредити и претпоставка невиности. Наиме, „истрага” коју би окривљени водио „паралелно” са истрагом јавног тужиоца би се практично свела на „истраживање” у корист одбране, тј. није јасно против кога би се она усмерила. То би се могло схватити и као својеврсна „дужност” окривљеног да докажује, односно „истражује” сопствену невиност.

### *2.5 Прикупљање доказа од стране одбране током истраге*

Осумњичени и његов бранилац могу самостално прикупљати доказе у корист одбране (члан 301). Ради се о нормативној разради теоријске

---

<sup>21</sup> Просечан кривични поступак у Италији спада међу најдуже кривичне поступке у свету, а Италија је и иначе, често лоше пролазила у поступку пред Европским судом за људска права, када је реч о праву на суђење у разумном року.

<sup>22</sup> Различито је у другим европским континенталним кривичним поступцима, где је истрага такође сврстана у надлежност државног тужиоца, али је државни тужилац (дакле, не ни само суд), дужан да утврђује истину и да с једнаком пажњом прикупља како доказе који иду у прилог оптужби, тако и оне који користе одбрани. То је и разлог (што је објашњено у претходном тексту, када је цитиран и угледни немачки аутор *prof. Dr. Claus Roxin*), да се државни тужилац у немачком кривичном поступку (слично као и у другим типичним европско-континенталним кривичним процедурама), уопште и не сматра класичном процесном странком.

концепције о тзв. паралелној истрази, без обзира што се сам израз „паралелна истрага” стриктно не спомиње у Законику о кривичном поступку. Не само што је та правно-техничка нормативна реализација такве дубиозне концепције (што ће бити посебно објашњено у даљем тексту), сама по себи поприлично неквалитетна, неконзистентна, те заснована на не-реалном почетном приступу, већ је и сама концепција паралелне истраге веома сумњива и суштински противна основној процесној логици, по којој је примарна сврха истраге прикупљање доказа који ће неки почетни степен сумње (сада је то „основ сумње”) појачати у потребној мери, да би се могло ући у наредну процесну фазу, тј. у процесни стадијум оптужења, или да би се, супротно, могло констатовати да је потребно обуставити кривични поступак. Само у судској истрази, сврха истраге може бити и битно проширена, као што је то случај са истрагом коју води истражни судија, што ће се детаљније објаснити у даљем тексту.

Какве су шансе осумњиченог без браниоца, па и онда када има браниоца да самостално обезбеђује доказе? Како би, на пример, осумњичени саслушавао сведоке? Ради се о потпуно нереалној и поприлично бесмисленој норми. Коначно, шта то окривљени уопште и истражује, тј. према коме је усмерена таква паралелна истрага, када за окривљеног важи претпоставка невиности?

Овде треба посебно имати у виду и случај са окривљеним који се налази у притвору. Наиме и он би у складу са чланом 301, имао *право да прикупиља доказе*. Како притворени окривљени то своје право може остварити, не само да се налази у притвору већ се одређени број разлога за притвор баш и тиче опасности од *доказне оисџрукције услед деловања окривљеног* који би био на слободи, као када је у питању одређивање притвора због колузионе опасности или када се ради о постојању околности које указују да ће уништити, сакрити, изменити или фалсификовати доказе. Овом питању ћемо још поклонити пажњу када будемо коментари-сали страначко испитивање сведока, те наговештену могућност припреме сведока кога као сведока предлаже конкретна странка (директно испитивање) а што је, између осталог, у одређеној контракцији са постојањем једног од „класичних” разлога за притвор, а то је постојање особитих околности које указују да ће окривљени ометати поступак утицањем на сведоке, саучеснике или прикриваче.

По тој концепцији практично само богати окривљени могу да прикупљају доказе у прилог своје одбране, док је то право значајно отежано или чак неоствариво за сиромашне, каквих је навише у Србији. Давање формалне могућности одбрани да самостално прикупља доказе повезано је и са другим потенцијално веома озбиљним проблемима, који у пер-

спективи могу врло тешко да компромитују не само органе кривичног правосуђа, већ и саму државу и њен правни систем.

Замислимо само како би се осећао просечан грађанин да од њега окривљени за кривично дело организованог криминала – а медијски већ експониран као „опасан човек” (можда вишеструки повратник и сл.), или што би било типичније приватни „детектив”, односно бранилац таквог окривљеног – затраже изјаву или „замоле” да уђу у приватне просторије, односно да преузимају предмет и исправе које могу користити као „помоћни” материјал у току испитивања сведока или провере веродостојности исказа сведока... Зар не би то многи грађани доживели као својеврсну непријатност или чак за себе као опасност, те да се супротставе таквом поступку. Није овде само у питању својеврсна „приватизација” кривичног поступка, односно уношење елемента „приватне иницијативе” у истрагу, већ је таква могућност, потенцијални извор врло озбиљних проблема.

Даље се концепт „паралелне истраге” детаљније разрађује у Законику о кривичном поступку тако што је прописано да ако осумњичени, или његов бранилац, сматра да је потребно предузети одређену доказну радњу, предложиће јавном тужиоцу да је предузме (члан 302 став 1). Дакле, странка се обраћа противној странци која би требало да у њену корист предузме одређене доказне радње. Не звучи баш реално и остварљиво, а да не говоримо о правичности.

Ако јавни тужилац одбије предлог осумњиченог, односно његовог браниоца или о таквом предлогу не одлучи у року од осам дана од дана подношења предлога, осумњичени, или његов бранилац, може поднети предлог судији за претходни поступак који одлуку о томе доноси у року од осам дана. Ако судија за претходни поступак усвоји такав предлог наложиће јавном тужиоцу да предузме доказну радњу и одредити му за то рок.<sup>23</sup> И овде се промовише пасивност суда, уместо да сам судија за прет-

---

<sup>23</sup> У последњој верзији Нацрта новог ЗКП-а било је још неколико крајње бесмислених одредби. Тако је било прописано да ако јавни тужилац и поред налога судије за претходни поступак не предузме доказну радњу у остављеном року, ту радњу би, на предлог осумњиченог или његовог браниоца, предузео судија за претходни поступак или би наложио органу полиције да то уради.

Дакле, у Нацрту ЗКП-а је постојала и једна крајње екстремна варијанта, када се јавни тужилац оглуши о захтев судије за претходни поступак, тј. онда када у року који му је судија одредио за предузимање доказне радње у корист одбране такву радњу не предузме, судија за претходни поступак може алтернативно, такву радњу: 1) сам предузети, или 2) издати налог полицији да она такву радњу предузме у корист одбране. Ово је било заиста *неверовашно решење*, јер би оно значило да ће *полиција, која је поднела кривичну пријаву, вршити радње у корист одбране у истрази* чије је вођење она сама иницирала својом кривичном пријавом!!!

ходни поступак изведе тај доказ што би било много логичније, брже и једноставније.

Какве су шансе да јавни тужилац кога судија за претходни поступак практично „приморава” на спровођење доказне радње, коју он претходно није желео да изведе, те је и формално одбио предлог одбране да се таква радња предузме, приликом њеног вршења поступа на квалитетан начин? То ће наравно у пракси зависити и од личности конкретног јавног тужиоца, његове савесности и других претежно субјективних фактора, али се и из тог разлога начелно ради о веома лошем решењу, јер не може законодавац такво питање решавати по „систему лепих жеља”, тј. надати се да ће сваки конкретан јавни тужилац добронамерно прихватити налог судије за претходни поступак и „дати све од себе” да најквалитетније могуће спроведе доказну радњу, коју претходно није сматрао потребном, а на шта га затим, издавањем налога, „приморава” судија за претходни поступак.

Поред тога, законодавац није решио ни питање *могуће олушења јавног тужиоца* о налог судије за претходни поступак односно о рок који му је дат за предузимање конкретне доказне радње у смислу члана 302 став 3. Ради се о инструктивном року, исто као што не постоји ни конкретан процесни механизам којим би судија за претходни поступак ефективно „приморао” јавног тужиоца да поступи по његовом „доказном налогу”, онда када јавни тужилац не поступи по њему, или драстично прекорачује рок који му је за то дат у смислу члана 302 став 3. Дакле, очигледно је у питању сасвим нереална норма, чији *ratio legis* притом уопште није јасан, осим што се и овде може јасно уочити скоро невероватна упорност твораца новог Законика о кривичном поступку да никако не допусте ни минималну самосталну доказну активност суда.

Осумњичени који је саслушан и његов бранилац су дужни да одмах, по свом самосталном прибављању доказа, обавесте јавног тужиоца о томе, те да му пре завршетка истраге омогуће разматрање списка и разгледање предмета који служе као доказ (члан 303 став 3 ЗКП/11). Ово значи да осумњичени (који може бити и неписмен) односно његов бранилац (који уопште не мора бити адвокат-кривичар) морају, односно могу водити неку врсту своје „истраге”, у виду прикупљања доказа у прилог одбране, те о њеним резултатима обавестити противну странку, тј. јавног тужиоца. Овим се у форми наводне потпуне страначке равноправности, те уз покушај да се и сама истрага, противно њеној процесној логици, адверзијално тј. страначки устроји, практично уводи категорија одговарајуће „кооперативности” одбране у односу на јавног тужиоца током истраге коју он формално води. Ипак је у питању празна норма, јер какве



би консеквенце сносила одбрана, ако не би у истрази на овакав начин *сарађивала* са јавним тужиоцем, тј. показала кооперативност у односу на супротну странку.

Став 3 чл. 302 ЗКП/2011. би се врло лако могао донекле поправити, тако што би се модификовао на следећи начин: *Када судија за претходни поступак усвоји предлој из става 2 овој члана, он ће предузети предложу доказну радњу и о томе, уз достављање записника и других материјала о сprovedеној доказној радњи, обавестијати јавној тужиоца.*

### 3. Неравноправан положај одбране у истрази и „примораване” одбране на сарадњу са јавним тужиоцем током истраге

Као што је претходно већ објашњено, у Законику се дају одређене могућности за прикупљање доказа и материјала у корист одбране (члан 301 ЗКП/2011), што не само да је лоше формулисано у правно-техничком смислу (каква је, на пример, разлика између „**доказа**” и „материјала” у корист одбране) већ је и поприлично нереално и евентуално може користити само малом слоју веома богатих окривљених. Међутим, иако је наводна интенција законодавца да се у свим фазама поступка, па и у истрази, уводи максимална „расправност”, већ се у члану 303 ЗКП/2011. може уочити коме законодавац практично „држи страну”.

Према члану 303 став 1 ЗКП/2011. јавни тужилац је дужан да осумњиченом који је саслушан и његовом браниоцу омогући да у року који је довољан за припремање одбране размотре списе и разгледају предмете који служе као доказ, а након тога (члан 303 став 2) јавни тужилац позива осумњиченог и његовог браниоца да у *одређеном року* ставе предлог за предузимање одређених доказних радњи. Потпуно је препуштено слободној вољи јавног тужиоца да одреди *примерени рок*, како онај за припремање одбране (што је посебно осетљиво) тако и рок за давање доказних предлога. На такво одређивање рока од стране јавног тужиоца одбрана нема могућност улагања жалбе, нити формално може захтевати продужење рока, што је све супротно суштинским аспектима начела правичног вођења кривичног поступка и представља очигледан пример неравноправног положаја субјеката који врше супротстављене страначке функције.

Посебно је за одбрану неугодна, па и потенцијално опасна одредба члана 303 став 3 ЗКП/2011, по којој су осумњичени који је саслушан и његов бранилац дужни да по прикупљању доказа и материјала у корист одбране обавесте јавног тужиоца о томе и да му пре завршетка истраге

омогуће разматрање списка и разгледање предмета који служе као доказ. Дакле, од одбране, односно од самог осумњиченог и његовог браниоца, се *официјелно захтева* да сарађују са јавним тужиоцем током истраге. Ради се о потпуно бесмисленој норми, која додуше неће имати већег практичног значаја јер није предвиђена нека посебна процесна санкција за оглушавања одбране о своју „дужност” сарадње са јавним тужиоцем. Међутим, ипак се не ради о „бенигној” одредби, јер се може претпоставити да ће јавни тужилац одбијање „сарадње”, евентуално, фактички санкционисати сопственом нефлексибилношћу у погледу претходно објашњених рокова за припремање одбране и стављање доказних предлога одбране током истраге (члан 303 ст. 1 и 2 ЗКП/2011).

#### 4. Сврха истраге у новом Законнику о кривичном поступку

Сврха јавно-тужилачке истраге одређена је у чл. 295 ст. 2 новог Законика о кривичном поступку из 2011. године. Да би ово важно питање било боље разјашњено, мора се поћи од сумарне анализе нормативно уређене сврхе типичне судске истраге.

Сврха судске истраге, тј. оне која се води у складу са Закоником о кривичном поступку из 2001. године (а тако је код нас било већ деценијама), је *функционалној карактера* у односу на одређене *релевантне доказе* и има три аспекта: 1) аспект *доказивости оптужбе* – прикупљање доказа и података који су потребни да би се могло одлучити да ли ће се подићи оптужница или обуставити поступак, 2) аспект омогућавања евентуалног деловања *изузетка у односу на начело непосредности* – прикупљање доказа за које постоји опасност да се неће моћи поновити на главном претресу или би њихово извођење било отежано, те 3) аспект *сврхосходној деловања* – прикупљање других доказа који могу бити од користи за поступак, а чије се извођење, с обзиром на околности случаја, показује целисходним.<sup>24</sup>

Када је истрага јавно-тужилачка нема никакве сврхе, односно то би било *и нелоично и нејравично*, да се као њен циљ, осим прикупљања доказа који су потребни за одлучивање да ли ће се подићи оптужница или обуставити поступак, утврђују и *докази за које постоји опасност да неће моћи да се понове на главном претресу*, односно то би се могло радити и у јавно-тужилачкој истрази, а ми мислимо да би то и требало да се чини,

<sup>24</sup> Више о томе: М. Шкулић, *Кривично процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду и „Службени гласник”, Београд, 2011, стр. 369.



али не од стране јавног тужиоца, који иначе истрагу води, већ би такве радње требало да предузима судија (било да се он означи као судија за претходни поступак, као што је то учињено у ЗКП-у Србије из 2011. или као судија за истрагу, као што је то, на пример, у Црној Гори или у Немачкој).<sup>25</sup>

Потпуно супротно једноставној процесној логици да јавни тужилац не би требало да у истрази коју сам води, непосредно прикупља доказе за које је извесно или веома вероватно да касније неће моћи да се понове на главном претресу или би то било скопчано са великим тешкоћама, већ да би то, онда када таква ситуација настане, требало поверити одређеном облику судске функционалне надлежности, наш законодавац, ово питање решава на један изузетно лош начин. Он, с једне стране, сврху нове јавно-тужилачке истраге дефинише веома слично као што је то учињено и у ЗКП-у из 2001. године, тј. када се ради о судској истрази, а потом уопште не прописује могућност да такве доказне радње, уместо јавног тужиоца, односно по његовом захтеву (ту би наравно, дошао у обзир и захтев одбране), предузме одговарајући функционални облик суда, а то би у смислу новог Законика, пре свега, могао бити судија за претходни поступак.

Према одредби члана 295 став 2 Законика о кривичном поступку из 2011. године, у истрази се прикупљају докази и подаци који су потребни да би се могло одлучити да ли ће се подићи оптужница или обуставити поступак, докази који су потребни да се утврди идентитет учиниоца, докази за које постоји опасност да се неће моћи поновити на главном претресу или би њихово извођење било отежано, као и други докази који могу бити од користи за поступак, а чије се извођење, с обзиром на околности случаја, показује целисходним.

Сврха истраге је у Законнику о кривичном поступку из 2011. године дефинисана веома широко, чак донекле и шире него у ЗКП из 2001. године,

---

<sup>25</sup> Немачки израз „Ermittlungsrichter“ би се најадекватније могао превести на наш језик као „судија за истрагу“, или евентуално као „судија истраге“. Као што смо то већ објашњавали и у претходном тексту, у Немачкој постоји разлика између таквог судије (*Ermittlungsrichter*) и типичног, односно класичног *исстражног судије* (*Untersuchungsrichter*), који иначе и сада (што је у пракси веома ретко) може водити истрагу, када се ради о неким специфичним кривичним делима против државе, у погледу којих се води посебан кривични поступак пред немачким Савезним судом. Дакле, такав судија истрагу не води, већ само потенцијално спроводи одређене тзв. хитне судске радње у државно-тужилачкој истрази. Поред тога, овај облик судске функционалне надлежности у немачком кривичном поступку одлучује о одређеним мерама процесне принуде, као што је то притвор или о предузимању одређених специјалних истражних радњи у погледу кривичних дела организованог криминалитета итд.

што је потпуно супротно природи јавно-туžilачке истраге, односно и тако би се могао формулисати циљ истраге, без обзира што је води јавни тужилац, али само ако би се омогућило да доказне радње чија сврха није одлучивање о подизању оптужнице или обустави поступка, а пре свега оне доказне радње које су усмерене на доказе за које постоји опасност да се неће моћи поновити на главном претресу или би њихово извођење било отежано, уместо јавног тужиоца, примарно изводи судија. Такво логично решење је и иначе типично за многе друге државе у Европи, које иначе имају државно-туžilачку истрагу, попут Немачке, Аустрије, а у нашем окружењу тако је у Републици Српској, односно у БиХ.

Који је *ratio legis* за овакав концепт, могло би се дати више објашњења. Сасвим другачија природа јавно-туžilачке и судске функције, уз битно различити уставни и законски положај суда и јавног тужилаштва, онемогућавају да сада јавни тужилац сасвим једноставно „супституише” истражног судију и води истрагу потпуно исто или веома слично, као што је то чинио и истражни судија и уз истоветни доказни кредибилитет доказних радњи спроведених у истрази. То је начелно тако, без обзира што ми иначе, принципијелно не негирамо неопходност да јавни тужилац у пракси делује самостално, односно функционално независно и што се он (што је претходно објашњено) у типичним европско-континенталним кривичним процедурама ни не сматра класичном кривичнопроцесном странком, већ се због тога што је државни (јавни) тужилац примарно државни орган, закључује да он начелно може водити истрагу на непристрасан начин, те у својој истрази поклањати једнаку пажњу како доказима који терете окривљеног, тако и онима који иду у прилог одбрани. Међутим, и поред тога, ни у једном европском систему државно-туžilачке истраге, доказне (истражне) радње које је у истрази спровео државни (јавни) тужилац начелно немају исти степен доказног кредибилитета у односу на оне доказне радње које је спровео суд, нити је могуће да се у даљем току кривичног поступка сасвим једноставно „користе” доказни резултати радњи државног (јавног тужиоца), попут читања записника о претходно спроведеним радњама.

Као што ћемо то детаљније објашњавати у даљем тексту и као што је претходно већ истакнуто, у државама које имају најтипичније адверзијално конструисане кривичне поступке, попут Сједињених Америчких Држава (а где је истрага претежно полицијска и сасвим неформална, те суштински веома слична нашем садашњем или можда „некадашњем” преткривичном поступку), уопште није ни могуће да се као доказ у формалном кривичном поступку, односно на самом суђењу, користи било који доказ до којег је дошао несудски орган, без обзира да ли се ради о

државном тужиоцу или полицији, осим када се *ради о несјорним материјалним доказима, појош тѣраова и предмета кривичној дела.*

Искази, као тзв. *лични докази* у типичним адверзијално конструисаним кривичним процедурама, као што је то, на пример, у САД, једноставно нису допуштени као докази на суђењу, уколико немају „судски карактер”, па тако на пример, ако је изјаву у својству „сведока” полицији или самом државном тужиоцу дао грађанин, који је потом преминуо пре почетка суђења, такав „доказ” тада дефинитивно пропада, односно није могуће да читање изјаве тог лица (он формално и није сведок) замени његов „живи” исказ. Исказ дат полицији, односно државном тужиоцу, или било којем другом субјекту, односно органу који нема карактер суда, једноставно уопште, по правилу, и није доказ.

Законска концепција којом се замењује истрага коју је водио „истражни судија” са истрагом коју води јавни тужилац је у функцији свођења улоге суда на „најнужнији минимум”. То се огледа и у томе што законодавац није оставио могућност (која би била сасвим логична, као што је то објашњено у претходном тексту) да онда када судија за претходни поступак, након што није успео да „принуди” јавног тужиоца на предузимање доказне радње у корист одбране (члан 302), такву радњу сам предузме. Тиме не само да би конкретна доказна радња начелно остваривала виши степен доказног кредибилитета у кривичном поступку, већ би то било и једино логично решење. Наиме, не само што „приморавање” јавног тужиоца на радњу коју он претходно није сматрао потребном није ефикасно из простог разлога што је тада, по логици ствари, веома тешко, тј. нереално очекивати неки велики ентузијазам и посвећеност код јавног тужиоца, као ни ефикасност и квалитет у вршењу такве радње, већ и стога што су како рок за јавног тужиоца у смислу члана 302 став 3, а тако и сама дужност предузимања доказне радње наложене од стране судије за претходни поступак, у основи инструктивног карактера.

Коначно, могуће је да се и овде – тј. у погледу идеје да се без неких посебних иоле озбиљних услова, сви несудски докази који потичу из истраге, па и из предистражног поступка, могу сасвим једноставно увести у сам кривични поступак, односно суђење, уз могућност да се пресуда заснива на њима – ради о промовисању идеје о „потреби над потребама”, а то је да кривични поступак буде што је могуће ефикаснији. Притом се ефикасност примарно и наглашено поистовећује са *брзином кривичној пошуйка*, иако неспорно – *брзина и ефикасности нису синоними*, а у конкретном примеру, нормативно решење које овде анализирамо, ни у ком случају неће допринети ни брзини, нити ефикасности будућег кривичног поступка.

Могуће је да су творци новог Законика о кривичном поступку Србије сасвим упрошћено резоновали да би обраћање јавног тужиоца судији за претходни поступак у погледу извођења доказа, за које постоји опасност да неће моћи да се понове на главном претресу, одуговлачило истрагу, а самим тим и цео кривични поступак. При чему су можда сматрали и да за тим нема неке посебне потребе, јер се (што је такође поприлично лоше) у Законнику омогућава да се сви докази које је јавни тужилац извео у истрази могу, практично без посебних проблема и услова, користити и на главном претресу, те се и пресуда на њима може засновати. Ради се о потпуно погрешној логици, која је произвела једно веома неправично законско решење.

#### *4.1. Поверавање појединих доказних радњи током истраге коју води јавни тужилац*

У току истраге јавни тужилац може поверити предузимање појединих доказних радњи јавном тужиоцу који поступа пред судом на чијем подручју треба предузети те радње, а ако је за подручја више судова одређен један суд за пружање правне помоћи – јавном тужиоцу који поступа пред тим судом (члан 299 став 1). Јавни тужилац коме је поверено предузимање појединих доказних радњи предузеће по потреби и друге доказне радње које са овим стоје у вези или из њих проистичу (члан 299 став 2). Ако јавни тужилац коме је поверено предузимање појединих доказних радњи није за то надлежан, доставиће предмет надлежном јавном тужиоцу и о томе ће обавестити јавног тужиоца који му је предмет доставио (члан 299 став 3).

Јавни тужилац може поверити полицији извршење појединих доказних радњи у складу са одредбама Законика о кривичном поступку (члан 299 став 4).

Дакле, у члану 299, који се односи на поверавање доказних радњи у току јавно-тужилачке истраге, јавни тужилац може такве радње поверити другом јавном тужиоцу или полицији, а није прописана и могућност да се такве радње повере судији за претходни поступак, уколико је вероватно да оне неће моћи да се понове на главном претресу.

Практично сви закони(ци) о кривичном поступку у којима је истрага тужилачка, омогућавају да неке радње врши суд (тзв. хитне судске радње), онда када постоји опасност да оне неће моћи да се понове на главном претресу.

*Ratio legis* таквих законских решења у већини држава континенталне Европе у којима је истрага државно-тужилачка (на пример, у Немачкој

и Аустрији, па и у нама суседној Црној Гори и БиХ), је веома рационалан и своди се на логичан принципијелан став да су начелно радње које је спровео суд увек нешто вишег степена доказног кредибилитета, него оне које је спровео јавни (државни) тужилац.

Дакле, иако и радње јавног (државног) тужиоца могу под одређеним условима остваривати одговарајућу доказну веродостојност и на главном претресу (на пример, читање записника о исказу сведока који је умро), то треба да буде *крајње изузетна могућност*, због чега се и прописује да се одређени облик судске функционалне надлежности може зарад обезбеђења доказа у погледу којих постоји опасност да се неће моћи поновити на главном претресу, може ангажовати у државно (јавно)-тужилачкој истрази. Таква рационална решења нажалост нису прихваћена у новом Законику о кривичном поступку Србије.

Претходно објашњени недостаци члана 299 новог Законика о кривичном поступку Србије могли би се исправити инкорпорисањем у тај члан Законика три нова става, којима би се, као што је то и иначе својствено већини континентално-европских закон(ик)а о кривичном поступку сходно којима је истрага државно/јавно тужилачка, да у одређеним ситуацијама конкретне доказне радње спроводи судија.

То значи да би се и у члану 299 ЗКП/2011, на следећи начин могла додати нова три става:

*Свиранке и бранилац могу предложити судији за претходни поступак да он испита одређеног сведока, ако је вероватно да сведок због болести, старости или других важних разлога неће моћи да буде испитан на главном претресу.*

*Ако судија за претходни поступак усвоји предлог из става 5 овог члана, он ће омогућити да испитивању сведока присуствују свиранке и бранилац, којима судија за претходни поступак доставља записник о испитивању сведока.*

*Ако се судија за претходни поступак не сложи са предлогом из става 5 овог члана, изразиће да о томе одлуку донесе веће из члана 21 став 6 овог Законика.*

## 5. Потпуно адверзијална организација главног претреса уз промовисање изразите доказне пасивности суда

Сваки савремени кривични поступак се заснива на начелу расправности, што је пре свега, карактеристично за основну кривичнопроцесну фазу – главни претрес, односно *суђење у ужем смислу*. Зависно од улоге

коју на главном претресу има кривични суд, што се своди на степен његове процесне, а пре свега доказне активности, постоје два основна типа кривичних поступака у упоредноправном смислу: 1) европско-континентални и 2) адверзијални, који се традиционално, најчешће означава као „англосаксонски”.

Понекад се упрошћено, а што је посебно карактеристично за ауторе из англосаксонских правних подручја, континентално-европски систем означава као инквизиторски, а англосаксонски као акузаторски, али такво термилошко одређење у основи није коректно, јер иако континентално-европски систем садржи одређене инквизиторске елементе, он у ствари представља један мешовити систем, као што ни бројни англосаксонски системи више нису чисто акузаторског типа.

Већина држава континенталне Европе има мешовите кривичне поступке, са изузетком Италије, која је након последње реформе свог кривичног процесног законодавства кривични поступак уредила претежно на адверзијалним основама. Обрнуто, већина држава које припадају тзв. енглеском говорном подручју, где су најкарактеристичнији Велика Британија, односно пре свега Енглеска и Велс, као и САД, имају типичне адверзијалне кривичне поступке.

За континентално-европске кривичне поступке је карактеристично да у истрази постоје јаки инквизиторски елементи, али уз поштовање права на одбрану и у тој фази кривичног поступка. У овом типу поступка су основне кривичнопроцесне функције строго одвојене, али јавни (државни) тужилац ипак није права, односно типична странка, јер је он, као државни орган, дужан да осим страначких интереса утемељених на функцији оптужбе, штити и опште интересе, а пре свега интерес који произлази из начела истине, па сходно томе, на пример, он мора, осим доказа који терете окривљеног, прикупљати и доказе у прилог његовој одбрани, односно мора их имати у виду. Поред тога, сам суд је доказно изузетно активан, он по правилу сам изводи све доказе током суђења, уз давање мање или веће доказне улоге и самим странкама, а није ограничен доказним предлозима странака, већ има право и дужност сопствене доказне иницијативе. Наш досадашњи кривични поступак, односно кривични поступак устројен у Законику о кривичном поступку из 2001. године, слично као и кривични поступци Немачке и Француске, али и низа других европских држава, припада овом типу поступка.

За англосаксонске, односно адверзијалне (страначке) типове поступка је карактеристично да је суд у доказном смислу веома пасиван, тако да је извођење доказа у основи препуштено странкама, док се суд прете-



жно фокусира на процену која је странка у „доказном двобоју” пред њим била успешнија. Суђење почиње презентирањем доказа оптужбе, на које одбрана у одређеним процесним формама одговара, односно има прилику да даје одговор, да би се потом изводили докази одбране, уз могућност да на њих одговара тужилац, док суд има веома ограничене могућности током извођења доказа. Саслушање током суђења је страначког карактера, тако да одређеног сведока прво саслушава странка која га је позвала (*examination-in-chief*), а затим противстранка (*cross-examination* – унакрсно саслушање), а потом долази до поновног саслушања сведока од странке која га је позвала (*re-examination*).<sup>26</sup> У суштини су типични адверзијални кривични поступци веома слични парничном поступку, односно грађанском поступку уопште.

Начело расправности, или принцип контрадикторности, почива на познатом и већ пословичном правилу – *audiatur et altera pars*. Ово правило, које потиче још из античких времена, карактеристично је не само за кривични поступак, те друге судске поступке, већ и за читав низ веома разноврсних ситуација у којима је могуће, потребно или пожељно да се манифестују различита мишљења, различити погледи у односу на неки спорни предмет или ситуацију. Такво правило је у основи и по својој дефиницији иманентно једном либералном и демократском друштвеном амбијенту.

Кроз могућност да се у свим фазама поступка „чује” и реч друге стране, односно да свака кривичнопроцесна странка има могућност да у одговарајућим процесним формама износи своје ставове како у односу на кривични предмет, тако и у односу на сва друга питања у кривичном поступку, те посебно у погледу формално изражених ставова супротне странке, из чега истовремено произлази и обавеза за суд да омогући такво расправљање кривичне ствари, остварује се и суштинска сврха кривичне процедуре – да се кроз свестрано расправљање о кривичном предмету, кроз његово претресање, утврде све неопходне релевантне чињенице на темељу којих се кривични предмет у кривичном поступку и решава. Контрадикторност (од лат. *contra dicere* = противречити) представља могућност и право странака и обавезу суда да свакој странци обезбеди да се изјасни о сваком доказу, чињеници и сваком предлогу супротне странке (теза – антитеза), те да изложи свој став и понуди закључак, иако коначан закључак даје суд.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> Више о томе: Е. Е. Peoples, *Basic Criminal Procedures*, „Pearson – Prentice Hall”, New Jersey, 2007, стр. 169–170.

<sup>27</sup> Б. Петрић, *Приручник за примену Закона о кривичном поступку*, „НО Пословна политика”, Београд, 1985, стр. 14.

По логици ствари је начело контрадикторности израженије у адверзијалном него у типичном континентално-европском кривичном поступку, али је то са становишта уобичајеног типичног „европског” погледа на циљ кривичног поступка сасвим оправдано, јер се странкама омогућава да суду дају доказне предлоге, а данас је тенденција и да им се у великој мери препушта и само извођење доказа који иду њима у прилог, али се истовремено од суда захтева да и сам по својој сопственој иницијативи и без предлога странке, изводи све доказе који су потребни за потпуно и исправно утврђивање чињеничног стања. Другим речима, типичне европско-континенталне кривичне процедуре доводе у склад начело расправности и доказну ангажованост странака и начело истине у кривичном поступку, што је, по нашем мишљењу, изузетно добро са становишта остваривања интереса елементарне правичности. Од овога се потпуно одступа у Законику о кривичном поступку из 2011. године, којим се главни претрес конструише на стриктно адверзијалним основама, уз изразито минимизирање доказне улоге суда.

Према члану 15 ЗКП/2011. терет доказивања оптужбе је на тужиоцу, а суд изводи доказе на предлог странака. Претходно је већ објашњено, у ствари *суд скоро да уојшше ни не изводи доказе*, тако да се чини да је та одредба, по којој суд „изводи доказе” на предлог странака, по свему судећи, омашка твораца новог Законика. Суд може дати налог странци да предложи допунске доказе, или изузетно сам одредити да се такви докази изведу, уколико оцени да је то неопходно да би се о важним чињеницама отклониле противречности или нејасноће у доказима који су изведени. Суд може по изузетку изводити доказе и онда када њих нису предложиле странке, али зашто би суд то чинио када нема дужност утврђивања истине? У члану 15 став 4 ЗКП/11 се чак ни не одређује да ће суд, онда када се ради о битном допунском доказу, у погледу којег је он странци дао налог да га предложи, а странка то није учинила, сам суд тада извести такав доказ, већ се наводи да суд тада „изузетно” може одредити да се такви докази изведу, што значи да би и тада те доказе у ствари, по правилу, изводиле саме странке, што је поприлично бесмислено, јер зашто би странка изводила доказ, који уопште није намеравала да предложи, те се чак и оглушила о „налог” суда да предложи његово извођење?! Чудно је да суд примарно може дати налог странци да предложи допунске доказе уместо, увек када сматра да су такви докази потребни, да их сам изведе, што би било брже, једноставније и процесно знатно логичније, али би, истовремено, такво логично и разумно решење било дубоко противно извитопереној концепцији по којој суд мора бити максимално доказно пасивизиран. Ради се о неразумном норма-



тивном решењу, јер се у истом том Законику у којем се форсира слобода странака у доказивању и главни претрес конструише адверзијално, сада суду даје улога неке врсте „саветника” странке, јер он странци „налаже” да она изведе допунске доказе и ако се та странка „тврдоглаво” оглуши о налој суда,<sup>28</sup> онда суд може, али не мора, такве доказе сам извести.

Законом се максимално ограничава право суда да сам изведе доказе, и то чини само када је потребно отклонити противречности или нејасноће у доказима који су изведени, а не и ради утврђивања других чињеница, односно покушаја бољег разјашњења предмета кривичног поступка, или у крајњој линији, у циљу трагања за истином. Ово је кључна одредба Законика о кривичном поступку,<sup>29</sup> којом се, практично, крајње лимитира активна улога суда на главном претресу. Тиме се, такође, потпуно девалвира формално постојећа могућност побијања пресуде жалбом збој *поіресно или неіоішйуно уішврђеноі чињеничноі сшања*, јер како странка може нападати чињенично стање када је, с једне стране, у првој линији баш она одговорна за његово утврђивање, пошто је доказивање примарно у рукама самих странака, док, с друге стране, суд уопште и нема дужност, не само утврђивања истине, већ чак ни тежње да се истини макар приближи. Зар се странка може жалити због сопствене доказне неактивности?

## 6. Погрешно дефинисање предмета доказивања у контексту стриктно адверзијалне конструкције главног претреса уз непостојање начела истине

Према члану 394 став 2 ЗКП/11, у доказном поступку се изводе докази о чињеницама које су предмет доказивања, при чему се упућује на

---

<sup>28</sup> Какав је то налој који није обавезујући. Ради се у ствари, о *іредлоіу суда*, јер странка такав судски „налог” може али не мора услишити, па је стога то што је формално означено као „налог”, односно „налагање”, у ствари само *іредлоі*, тј. *іредлаіање*, што је потпуно бесмислено, јер тако суд странци само предлаже да она предложи допунске доказе, а ако странка то одбије суд може изузетно сам одредити да се такви докази изведу.

<sup>29</sup> Из овога се и види суштински проблем садржан у новом Законику, а то је његово *уішемељење на поіресној концепіцији*, која не само да је потпуно страна нашој кривично-процесној традицији и схватањима овог питања у класичној континенталној Европи, већ је суштински изразито нехумана и дубоко неправична. Када је сама концепција Законика суштински погрешна, онда таква *дубинска ірешка* подмукло квари и остало „ткиво” законског текста, које и када само по себи није лоше, или је чак сасвим адекватно, објективно не може остварити позитиван ефекат.

члан 83 ст. 1 и 2 ЗКП/11.<sup>30</sup> Предмет доказивања су две врсте чињеница: 1) оне које чине обележја кривичног дела, или од којих зависи примена неке друге одредбе кривичног закона (члан 83 став 1 ЗКП/11), те 2) чињенице од којих зависи примена одредаба кривичног поступка (члан 83 став 2 ЗКП/11).

Није у основи задатак законодавца да на овакав начин утврђује предмет доказивања, јер је то претежно теоријско питање. Када законодавац наводи да су предмет доказивања чињенице „које чине обележје кривичног дела”, он ту пропушта да означи да ли се ради о „елементима бића кривичног дела” или „битним обележјима”, или уопште било ком обележју кривичног дела. Могло би се сматрати да се, по логици ствари, ради о битним обележјима кривичног дела, тј. о оним чињеничним елементима кривичног дела који, свакако, у смислу материјалног кривичног права и сходно конкретној инкриминацији, морају постојати да би се радило о конкретном кривичном делу. Таква формулација ипак не значи много, јер се и иначе ради о питању које је предмет оцене актера поступка, те слободног уверења суда, али је оно сада још и додатно на један веома малиган начин релативизовано, јер се у Законнику не говори нити о потреби утврђивања истине, нити о потпуном и тачном утврђивању чињеничног стања.

Било би свакако најлогичније да су предмет доказивања у материјалној правном смислу оне чињенице које су потребне за утврђивање истине. То значи да би субјекти, који су у функцији извођења доказа, морали извести доказе неопходне за тачно и потпуно чињенично стање. Такви доказни актери би били: 1) странке – ако би извођење доказа остало стриктно страначко, односно 2) суд – уколико би као и до сада он био примарни доказни актер или макар, ако би суд супсидијарно био дужан да сам изведе доказе који су потребни, а које претходно нису извеле странке. Тек би у таквом случају заиста имало смисла даље постојање жалбеног разлога који се тиче погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања (члан 440), о чему детаљније пишемо и у даљем тексту.

Творци закона су учинили још једну грешку. Наиме, тиме што је строго раздвојен предмет доказивања који се тиче материјалног кривич-

---

<sup>30</sup> У последњој верзији Нацрта ЗКП-а, говорило се о *чињеницама које су важне за исправно и законито пресуђење*, што је такође била *невероватно празна и тола фраза*. Како суд уопште нема дужност утврђивања истинитог и потпуног чињеничног стања, он не располаже ни било каквим реалним параметром у односу на чињенице које се утврђују доказима, па тако, суд нема ни на основу чега да одређене чињенице сматра важним за „правилно и законито пресуђење”, а ова ствар није нимало поправљена новом формулацијом садржаном у члану 394 став 2.

ног права (члан 83 став 1 ЗКП/11) – „чињенице које чине обележја кривичног дела” и кривичног поступка (члан 83 став 2 ЗКП/11) – „чињенице од којих зависи примена одредаба кривичног поступка, створен је празан простор у погледу чињеница које није једноставно сврстати у једну од ове две сада законске категорије. На пример, где спадају чињенице које се тичу доказивања (не)постојања алибија окривљеног?

Доказивање за које би првенствено биле надлежне странке на главном претресу донекле би имало смисла једино ако би окривљени увек, без обзира на тежину кривичног дела, морао имати браниоца (као што је то, на пример, случај у Италији), али би се и онда поставило питање да ли је бранилац, у конкретном случају, адвокат кривичар, каквим искуством располаже и сл.<sup>31</sup>

И као што су у Орвеловој „Животињској фарми”, „све животиње равноправне, а неке мало равноправније”, и према Законнику о кривичном поступку Србије, *обе стране су равноправне, а једна мало равноправнија*.<sup>32</sup> То се може уочити у читавом низу законских одредби, а нарочито у правилима која се односе на конструкцију главног претреса.

Пажњу заслужује и члан 287 став 2 ЗКП-а (који на први поглед није директно повезан са главним претресом) а сходно којем докази које је

---

<sup>31</sup> Ово се не решава потенцијално неуставном одредбом Законика о кривичном поступку из 2011. године (члан 73 став 2), по којој бранилац у поступку за кривично дело за које је прописана казна затвора од десет година или тежа казна, може бити само адвокат са најмање пет година адвокатске праксе, односно адвокат који је најмање пет година вршио функцију судије, јавног тужиоца или заменика јавног тужиоца.

Када се ради о изабраном браниоцу, онда је проблематично да се на овакав начин окривљеном ограничава право избора, док је, с друге стране, цела концепција овакве „селекције” адвоката веома дубиозна, јер године праксе саме по себи нису гаранција квалитета конкретног адвоката или некадашњег судије, односно јавног тужиоца. На пример, адвокат може имати и више деценија праксе, али *не у кривичним предметима*, па је онда таква његова вишедеценијска пракса потпуно ирелевантна у смислу његове оспособљености да буде бранилац у кривичном поступку, што исто важи и за бившег судију који се искључиво бавио парницом, односно није уопште поступао у кривичним предметима. Па ни сама пракса у кривичним предметима није сама по себи гаранција било чега, јер та пракса може бити и изразито неуспешна...

<sup>32</sup> Овде треба имати у виду да ни јавни тужилац није „прошао” добро у новом Законнику о кривичном поступку из 2011. године, јер он сада има страховито повећане надлежности и знатно увећан број активности у кривичном поступку. Јавном тужиоцу је, сходно правилима новог Законика, поверен читав низ радњи у предистражном поступку (некадашњи преткривични поступак) а број тих радњи и скуп овлашћења и дужности јавног тужиоца далеко превазилази његову улогу у садашњем преткривичном поступку. Поред тога, јавни тужилац, сходно новом Законнику, *води истрају* (која се покреће наредбом, без могућности побијања правним леком), подноси оптужницу и *мора сам изводити доказе на главном претресу*.

полиција прибавила предузимањем доказних радњи (што ће, по логици ствари, свакако бити у предистражном поступку) могу бити коришћени у даљем току кривичног поступка (што значи и на главном претресу) ако су доказне радње спроведене у складу са Закоником о кривичном поступку.

Иако би то у основи било бесмислено, те се свело на изузетно грубо и драстично одступање од начела непосредности у његовом објективном, тј. доказном аспекту, чини се да практично свака доказна радња полицаје из предистражног поступка (некадашњи преткривични поступак) може без посебних условљавања, посредством тзв. доказних трансмисија, као што је то случај са читањем записника о раније спроведеним доказним радњама – *осјварити доказни кредибилитет, чак и на самом главном претресу* и то у пуном обиму, чак и без услова да се одлука суда не може заснивати само на таквом (несудском) доказу.

#### 6.1. Доказивање у новом Закоником о кривичном поступку

Законодавац није дефинисао доказ у кривичном поступку, тј. у кривичнопроцесном смислу, односно није се упустио у појмовно одређивање доказа у оквиру екстремно широких одредби члана 2 ЗКП/11 које се односе на значење израза. У члану 15 став 1 ЗКП/11 се утврђује да се докази прикупљају и изводе у складу са Закоником о кривичном поступку. Ради се о потпуно непотребној норми, јер како би се и иначе докази у формалном смислу изводили и прикупљали а, с друге стране, није у питању ни сасвим прецизно одређење, јер свака доказна радња има, по логици ствари, своје формално-нормативне и садржинске аспекте. Формално-нормативни аспекти се уређују кривичнопроцесним правилима, док се садржински аспекти углавном и претежно не регулишу, или се бар не регулишу детаљно, правилима кривичног поступка. На пример, када се ради о прикупљању доказа, а у битној мери и када је у питању њихово извођење, правила ЗКП-а се лимитирају на формалне услове, а не на саму садржину. Такође, примера ради, правилима спровођења увиђаја и реконструкције у садржинском смислу се претежно бави криминалистика, исто важи и за испитивање сведока, где су значајна учења судске психологије и сл. Извођење и прикупљање доказа се не своди само на формални аспект, који мора бити у складу са Закоником о кривичном поступку, већ се примењују и друга правила, на пример, попут правила одговарајуће науке и вештине када се ради о вештачењима. Углавном, нема неке посебне штете од одредбе члана 15 став 1 ЗКП/11, али од те одредбе се не може очекивати ни било каква посебна корист.

## 6.2. Основно и унакрсно испитивање сведока на главном претресу

Након што сведока испита странка која га је „предложила”, тј. странка „чији је сведок”, истог сведока испитује супротна странка. Приликом унакрсног испитивања допуштена су сугестивна питања која нису дозвољена током основног испитивања, што се, од стране главних аутора новог Законика о кривичном поступку, објашњава на следећи начин: „Могућности које унакрсно испитивање пружа такође су делом оправдане и начелом једнакости оружја. Претпоставља се, наиме, да је странка која је предложила испитивање лица упозната са садржајем његовог исказа и да је у одређеној мери и учествовала у његовој припреми. Због тога се као средство процесне компензације супротној странци дају шира овлашћења у оспоравању овако припремљеног исказа.”<sup>33</sup> Дакле, претпоставља се да је странка, а то је окривљени, када је реч о одбрани, учествовала у припреми садржаја исказа сведока, а притом, у истом Законику о кривичном поступку, егзистира као и раније један класичан разлог за притвор, а то је *колузациона ојасносћ*, односно постојање особитих околности да ће окривљени ометати поступак утицањем на сведоке, саучеснике или прикриваче (члан 211 став 1 тачка 2 ЗКП). Проблем је ако се окривљени налази у притвору, и како може да припрема „садржину исказа *својих* сведока”, и сл.

## 7. Контрадикције између правила о „страначком” испитивању сведока на главном претресу и општих правила о доказној радњи испитивања сведока

Начин на који је у новом Законику о кривичном поступку регулисана доказна радња испитивања сведока није сасвим адекватан и овде се такође, као и у низу других одредби Законика, учача наглашена потреба за својеврсном „оригиналношћу” и онда када то уопште није неопходно, или је чак контрапродуктивно. На пример, материјални услов за сведочење се дефинише (члан 91), слично као и до сада, тако што се одређује да је сведок лице за које је вероватно да ће дати обавештење о кривичном делу, учиниоцу или о другим чињеницама које се утврђују у поступку, али је непотребно избегнут атрибут „важна” уз обавештења, што је погрешно, јер би сада произишло да би сведок могло бити лице које може дати и сасвим небитна обавештења. Поред тога, гледано стриктно, питање је да ли су и лица за која је вероватно да могу дати релевант-

<sup>33</sup> С. Бељански, Г. П. Илић и М. Мајић, *op. cit.*, стр. 53.

на обавештења већ самим тим сведоци, или они, што је знатно логичније, сведоци постају тек када се као такви појаве у кривичном поступку.

Проблеми који се тичу дефинисања сведока нису претерано значајни и неће свакако довести до неких посебних тешкоћа у пракси, што исто важи и за одредбу члана 92 став 1, где се потпуно непотребно утврђује *способност сведочења*, тако што се означава да „свако лице које може да пренесе своја сазнања или опажања у вези са предметом сведочења има способност сведочења”. То би се, свакако, и иначе морало подразумевати, тако да од овакве дефиниције „способности сведочења” нема никакве практичне користи, а посебан је проблем што се у одредби као издвојени појам наводи „предмет сведочења”, што није законски термин. Иако не би требало да буде спорно шта спада у предмет сведочења, ово је добар пример за погрешан приступ у Законику, када покушај дефинисања свега и свачега (попут дефиниција које се тичу различитих степена сумње, извесности, израза „кривични закон” итд.) у ствари подразумева да ће увек бити сасвим пристојан број израза и појмова који се неће у самом Законику стриктно дефинисати (нити је то објективно могуће, а нарочито, не и потребно) али ће то онда додатно, у светлу генералне интенције стварања што више законских дефиниција, поприлично „бости очи”.

Озбиљнији је проблем што постоји значајна контрадикција између одређених општих правила о испитивању сведока (члан 95) и правила која се тичу испитивања сведока на главном претресу.

Према члану 98 став 3 ЗКП/2011. питања сведоку *не смеју представљати навођење на одговор*, осим ако се ради о *унакрсном испитивању на главном претресу*. То значи да је интенција законодавца била да се (као и до сада) забране сугестивна питања сведоку, као када њега, на пример, испитује јавни тужилац у истрази, али да се таква питања допусте на главном претресу када је питању унакрсно испитивање, тј. када сведока испитује странка која га није предложила.

Међутим, овде постоје одређене контрадикције у самим правилима која се тичу унакрсног испитивања сведока на главном претресу, где се у члану 402 став 7 наводи: „Приликом испитивања сведока, вештака или стручног саветника сходно се примењују одредбе члана 397. став 4. и 5. и члана 398. став 3. до 5. овог закона”. У члану 398. став 3. наводи се: „Председник већа ће забранити питање или одговор на већ постављено питање ако је оно недозвољено (члан 86. став 3), или се не односи на предмет (...)”. А у члану 86. став 3. се каже: „Кад окривљени заврши свој исказ (...) поставиће му се питања (...) и не смеју представљати навођење на одговор.” Дакле, ту је тачка.



Питања не смеју представљати навођење на одговор, што значи да се сугестивна питања не дозвољавају ни по изузетку, што је у директној супротности са претходно цитираним чланом који их наводно дозвољава приликом унакрсног испитивања. Овде ће се, наравно, у пракси примењивати одређена „корисна гимнастика”, али и то указује на квалитет текста новог Законика, те његову кохерентност и у овом делу, а прича о чудним ситуацијама које настају, односно могу настати, због преузимања модела страначког испитивања сведока из типичних адверзијалних кривичних процедура, овде није завршена. У даљем тексту ћемо објаснити и нелогичност да законописци, по свему судећи, имплицитно подраумевају да су сведоци, које странке предлажу за испитивање на главном претресу, практично на одговарајући начин „припремљени” од стране самих странака које их предлажу, при чему је један од разлога за одређивање притвора окривљеном (а не заборавимо, окривљени је странка) и опасност да ће ометати поступак утицањем на сведоке (члан 211 став 1 тачка 2).

#### 8. „Степеновање сумње” и елементи „претпоставке кривице” и *прејудуцирања кривице* окривљеног као последица лоших дефиниција степена сумње

Члан 2 Законика садржи „значење израза”, односно представља *појмовник*, а који према свом обиму вероватно представља *раришеј* у *свејским размерама*. Ради се о члану који има два става, а први став у коме су садржани основни законски појмови има чак 38 тачака. У питању је једна невероватна „гомила норми”, а са становишта циља члана 2 било би, по свему судећи, сасвим довољно да се задржи свега око 1/3 његове садржине, док је све остало углавном „вишак”. Међутим, иако у животу углавном важи правило да „од вишка глава не боли”, овде то није случај, јер је знатан део садржаја члана 2 став 1 изузетно конфузног карактера и, као што ће се то детаљније објаснити у даљем тексту, читав низ израза, односно појмова или дефиниција садржаних у тим законским одредбама је изузетно неквалитетан и веома споран.

Наиме, у коначној верзији ЗКП/2011, усвајају се одређени појмови степена сумње (који су били другачије третирани у фази Нацрта законика, а који су упућивали на претпоставку кривице а не невиности), тако да нестаје и израз „могућност” у дефиницијама различитих степена сумње, па се сада ти различити облици сумње одређују на следећи начин:

*Основ сумње* се означава као „скуп чињеница које посредно указују да је учињено кривично дело или да је одређено лице учинилац кривичног дела”.

*Основана сумња* је дефинисана као „скуп чињеница које непосредно указују да је одређено лице учинилац кривичног дела”.

*Оправдана сумња* се утврђује као „скуп чињеница које непосредно поткрепљују основану сумњу и оправдавају подизање оптужбе”.

Иако се овим дефиницијама сада формално не уводи *прејшоставка кривице*, као што је то било учињено у Нацрту законика, ни њима није направљен већи помак, те се може сматрати да и оне представљају прилично грубо огрешење о претпоставку невиности.

Претпоставка невиности се имплицитно крши тиме што је наведено да одређене чињенице (без обзира да ли посредно или непосредно) *указују да је одређено лице учинилац кривичног дела*.

Како се може „указивати” да је неко учинилац кривичног дела, а да се он тиме у ствари стриктно и не означава као учинилац? Тиме се он у ствари обележава као учинилац кривичног дела, а овај проблем се могао лако избећи, само да је употребљена реч „могућност”.

Наш законодавац сада „у својим наopakим дефиницијама степена сумње, више не користи изразе као што су „посредни закључци о чињеницама (индиције)” и „непосредни закључци о чињеницама (докази)”. То представља извесни помак, јер макар формално наш нови Законик о кривичном поступку не уводи такав типичан реликт старих инквизиторских закон(ик)а о кривичном поступку, који су познавали формалну поделу на посредне доказе – индиције и „праве”, тј. непосредне доказе, а што је иначе, потпуно бесмислено у савременом кривичном процесном праву, за које је карактеристично деловање начела слободне оцене доказа. Међутим, подела на *индиције* и *непосредне доказе* је ипак и формално опстала у нашем новом Законику о кривичном поступку и то на један правно-технички веома лош начин.

Тиме што се *основ сумње* заснива на чињеницама које *посредно указују* да је учињено кривично дело, односно да је одређено лице учинилац кривичног дела, те чињенице се практично третирају не као докази, већ као индиције, док се имплицитно само чињенице које непосредно указују да је одређено лице учинилац кривичног дела (*основана сумња*), само такве чињенице сврставају у доказе. Овакав резон је суштински потпуно погрешан, јер се питање сврставања одређене чињенице у доказ, те давање одговарајућег степена доказног кредибилитета конкретної чињеници, не може на овакав начин решити законом, већ суд у складу са начелом



слободне оцене доказа, те на темељу слободног уверења, цени да ли су одређене чињенице доказ у конкретном случају, те какав степен доказне веродостојности поседују.

Први пут се у наш кривични поступак уводи и *шрећи сшеиен сумње*, а то је *оиправдана сумња*, која не само да је такође (као и претходно дефинисана два блажа степена сумње – основ сумње и основана сумња) у тексту Нацрта новог Законика о кривичном поступку представљала вид кршења претпоставке невиности, већ је била веома нејасно дефинисана, једном врло компликованом формулацијом да се ту ради о „поткрепљености основане сумње доказима који чине вероватном претпоставку да је одређено лице учинило кривично дело и оправдавају подизање оптужбе”. Ова дефиниција је, између осталог, била контрадикторна претходној дефиницији основане сумње и из ње би скоро могло произићи да се сада прави разлика у квалитету доказа који поткрепљују основану сумњу и оних из којих произлази оправдана сумња.

Ствар у погледу дефинисања „оправдане сумње” није битно поправљена ни у коначној верзији текста који је постао позитивни Законик о кривичном поступку Србије из 2011. године. Тиме што се означава да је *оиправдана сумња* скуп чињеница које непосредно поткрепљују основану сумњу, није уопште направљена било каква релевантна разлика између чињеница које непосредно указују да је одређено лице учинилац кривичног дела (а које би и иначе морале постојати да би се радило о основаној сумњи) и сада још неких „додатних” и „нових” чињеница, које треба додатно да „непосредно поткрепе” основану сумњу, односно другим речима, да „поткрепе” чињенице из којих већ произлази основана сумња. Ради се о потпуно конфузној дефиницији, која не постаје јаснија ни тиме што се још кумулативно додаје да је потребно да такве чињенице које непосредно поткрепљују основану сумњу, притом, још и „оправдавају подизање оптужбе”. Како и чиме оне оптужбу оправдавају, законодавац не наводи. То није ни могуће навести, јер се ради о нечему што би морало бити резултат слободне оцене доказа и слободног уверења, а резоновање овог типа се мора заснивати и на већ устаљеним ставовима судске праксе, те уопште, праксе у кривичном поступку.

Од овакве дефиниције „оправдане сумње”, садржане у новом Законнику о кривичном поступку из 2011. године, али и од друга два законска степена сумње (основ сумње и основана сумња) вероватно не може бити никакве практичне користи, а штете би ипак могло да буде, јер такав скуп конфузних реченица по свему судећи може поприлично да збуни неке актере кривичног поступка.

Да су овакве дефиниције степена сумња изложене у неком теоријском раду, оне би могле имати одређеног резона и могле би донекле послужити као извесни оријентир пракси, као што је то уобичајено када се ради о доказним појмовима у кривичном процесном праву, мада би се и тада радило о веома неквалитетним дефиницијама, али када оне постану и део нашег позитивног кривичног процесног права, онда је то грубо поигравање са једним изузетно важним извором права у правној држави.<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> Други део овог чланка, објављује се у следећем броју *Бранича*.

UDK BROJEVI: 347.734(497)  
336.717(497)

*Проф. др Мирослав Врховшек и  
доцент др Владимир Козар*

Привредна академија, Нови Сад

## ОБЕЗБЕЂЕЊЕ ПОТРАЖИВАЊА БАНКАРСКОМ ГАРАНЦИЈОМ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ И ЗЕМЉАМА У РЕГИОНУ

### Сажетак

У пословању привредних субјеката појмом „банкарска гаранција” означавају се различити правни институти, који имају за циљ обезбеђење испуњења уговором преузетих обавеза банчаних комитената. Реч је о различитим средствима обезбеђења, како персоналним (менично јемство, акцептирање менице, документарни акредитив и сл.), тако и реалним, односно стварно-правним (ручна залога, хипотека, заложно право на хартијама од вредности). Обезбеђење испуњења уговорних обавеза заједничка је одлика наведених институти који у ширем смислу представљају „банкарске гаранције” за испуњење уговорних обавеза. Међутим, банкарска гаранција у ужем смислу је посебан правни институт који има специфичне карактеристике, а које га, и поред одређених додирних тачака, битно разликују од напред наведених институти.<sup>1</sup>

Предмет овог рада је обезбеђење потраживања банкарском гаранцијом у Републици Србији и земљама у региону. Поред одредаба Закона о облигационим односима из 1978. године, посебно су анализирани одредбе новог Закона о облигационим односима из 2008. године, који се примењује у Републици Црној Гори, као и одредбе о банкарској гаранцији на позив из Закона о обвезним односима Републике Хрватске, из 2005. године, са доцнијим новелама.

Такође, указано је и на нова решења о банкарској гаранцији у нацрту Закона о облигационим односима Федерације БиХ/Републике Српске из 2003. године.

<sup>1</sup> Васиљевић М., *Трговинско право*, Савремена администрација д.д., Београд, 1995. година, стр. 730.

Одредбе о банкарској гаранцији из наведених прописа који важе или су у нацрту у земљама у региону имају сличности, али и велике разлике у односу на одредбе о банкарској гаранцији из Закона о облигационим односима из 1978. године.

*Кључне речи:* банкарска гаранција; обезбеђење потраживања; писана форма; ништавост; контрагаранција; рок важења; пренос права.

## 1. Банкарска гаранција у Закону о облигационим односима из 1978. године

### 1.1. Појам и правна природа банкарске гаранције

Банкарска гаранција је банкарски услужни посао којим банка гарантује повериоцу да ће дужник уредно извршити своју обавезу, тј. да ће повериоцу измирити обавезу о доспелости ако то дужник не учини. Банка се код ових послова појављује у улози јемца. Банкарска гаранција регулисана је у чл. 1083–1087. Закона о облигационим односима.

Банкарском гаранцијом обавезује се банка према примаоцу гаранције (кориснику) да ће му за случај да му треће лице не испуни обавезу о доспелости измирити обавезу ако буду испуњени услови наведени у гаранцији. Према члану 1083. Закона о облигационим односима, гаранција мора бити издата у писменој форми. Из изложене законске дефиниције правна теорија је извела закључак да је банкарска гаранција по својој правној природи једнострани правни посао (једнострани акт), а не уговор, јер обавеза банке према кориснику гаранције настаје једностраном изјавом воље банке израженој у датој гаранцији.<sup>2</sup>

Отуда се поверилац из основног правног посла (корисник гаранције) може користити гаранцијом и када није сагласан са њеним условима.<sup>3</sup>

Међутим постоје и друга мишљења према којима је банкарска гаранција једнострано-обавезни уговор између банке и корисника гаранције, јер обавеза настаје само за банку. У прилог овом другом мишљењу говори и чињеница да је институт банкарске гаранције садржан у другом делу Закона о облигационим односима који носи наслов „УГОВОРИ”.

Иако постоје одређене сличности са уговором о јемству, битна разлика се састоји у томе што код јемства јемац одговара за туђу обавезу, док год банкарске гаранције банка одговара за своју обавезу и извршава своју обавезу а не дужникову.<sup>4</sup> Правна зависност јемчеве обавезе у одно-

<sup>2</sup> *Ibidem*, стр. 733–734.

<sup>3</sup> Мићовић М., *Привредно право*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Институт за правне и друштвене науке, Крагујевац, 2010. година, страна 519.

<sup>4</sup> Бесаровић И., *Пословно право*, Друго измењено и допуњено издање, Intermex, Београд, 2010. година, страна 225.

су на обавезу главног дужника из основног посла означава се као акцесорност и према схватању правне теорије и праксе, представља основни и главни критеријум разликовања јемства од банкарских гаранција. Оту да јемство пружа повериоцу сигурност само против ризика инсолвентности дужника из главног уговора, али не и против ризика правног постојања обавезе тог дужника, нпр. ако основни посао није пуноважно настао, или је касније престао, или постао непуноважан.<sup>5</sup>

Банкарска гаранција разликује се од налога за плаћање са рачуна. Банкарска гаранција је средство обезбеђења плаћања у смислу члана 1083. Закона о облигационим односима. Банкарска гаранција није налог за плаћање са рачуна у прописима о платном промету.<sup>6</sup>

### 1.2. Правни односи поводом издавања гаранције

У правне односе поводом издавања банкарске гаранције ступају најмање три правна субјекта, и то: налогодавац (дужник из основног правног посла), банка која издаје гаранцију и корисник гаранције (поверилац из основног правног посла закљученог са налогодавцем).

На основу основног уговора настаје правни однос између повериоца и дужника који се посебном финансијском клаузулом обавезује да прибави гаранцију одређене банке ради обезбеђења повериоцевог потраживања. Неиспуњење ове обавезе даје повериоцу право да раскине уговор и да од дужника тражи накнаду штете због неизвршења уговора. Основни уговор може бити уговор о кредиту, уговор о продаји робе или непокретности, уговор о грађењу, као и многе друге врсте облигационих уговора. Посебан значај имају уговори о приватизацији, уговори о јавним набавкама, као и уговори о продаји имовине стечајног дужника или самог стечајног дужника као правног лица.

Правни однос између налогодавца (дужника из основног правног посла), и банке која издаје гаранцију настаје закључењем уговора о издавању банкарске гаранције. Према својој правној природи ово је уговор о налогу, а могу постојати и елементи уговора о кредиту. Наиме, исплатом износа из гаранције кориснику, између банке и налогодавца за чији рачун је извршено плаћање успоставља се кредитни однос. Изложена ситу-

<sup>5</sup> Вукадиновић Р., Правна природа банкарске гаранције на први позив, *Правна ријеч*, часопис за правну теорију и праксу, Удружење правника Републике Српске, Бања Лука, 2010. година, број 25, стр. 45.

<sup>6</sup> Из решења Вишег привредног суда у Београду Пж. 7393/96 од 8. октобра 1996. године, Петровић З. – Козар В., *Меја збирка судске праксе из облигационог права*, Intermex, Београд, 2009. година, страна 1220.

ација настаје када налогодавац на свом рачуну код банке нема финансијско покриће за извршење таквог налога.

Банка гарант је у ствари осигуравач у погледу одређених ризика.<sup>7</sup> Само давање гаранције (однос између банке и налогодавца) везује се за персоналитет одређене банке и реч је о уговору *intuitu personae*. Након пријема захтева за издавање банкарске гаранције банка врши проверу бонитета налогодавца и, по правилу, прихвата захтев налогодавца уколико је та банка пословна банка дужника, те као таква зна за укупно пословање налогодавца.<sup>8</sup>

Однос између банке и корисника гаранције успоставља се издавањем гаранције. Издавањем гаранције за банку настаје обавеза, да према условима из гаранције, изврши исплату гарантованог износа. На тај начин настаје самосталан облигационо-правни однос између банке – гаранта и корисника гаранције. Банка је, дакле, дужник у облигацији, а банкарска гаранција је извор облигације, која се у правној теорији дефинише као правни однос између две одређене стране на основу којег је једна страна (поверилац, *creditor*) овлашћена да захтева од друге стране (дужник, *debitor*) одређено давање, чињење или уздржавање од нечега што би иначе имала права да учини, а друга страна је дужна да то испуни. Посматрано са становишта повериоца, облигација представља потраживање, док са становишта дужника она значи дуг.<sup>9</sup> Поред тога, неиспуњење обавезе из гаранције је основ за одговорност банке за штету коју је корисник услед тога претрпео.

Поред три наведена односа који увек постоје, поводом издавања банкарске гаранције могу настати и други правни односи. Такви односи настају између банке у земљи корисника гаранције и банке налогодавца (контрагаранција), или између две домаће банке у случају супергаранције.

Судска пракса дала је одговоре на многа питања која се тичу наведених правних односа у које ступају банка – гарант, налогодавац и корисник гаранције.

---

<sup>7</sup> Дукић-Мијатовић М., Усклађеност банкарског система Републике Србије са светским стандардима – корпоративно управљање и актуелна корпоративна пракса, *Правни животи* бр. 12, Београд, 2008. година, стр. 761–775.

<sup>8</sup> Из пресуде Врховног суда Србије, Прев. 538/97 од 8. октобра 1997. године, Петровић З. – Козар В., наведено дело, страна 1216.

<sup>9</sup> Перовић С., *Облигационо право*, НИУ „Службени лист СФРЈ” Београд, 1986, страна 7.

## 2. Банкарска гаранција у Републици Црној Гори

У Републици Црној Гори банкарска гаранција уређена је одредбама чл. 1186–1190. Закон о облигационим односима („Службени лист Црне Горе” бр. 47/2008), готово на исти начин као и у Закону о облигационим односима из 1978. године. У потпуности су преузете одредбе о појму банкарске гаранције, измирењу обавезе из гаранције у новцу, потврди гаранције (супергаранцији), уступању права из гаранције, као и гаранцији „без приговора” из чл. 1083. до 1087. Закона о облигационим односима из 1978. године.

Једина разлика састоји се у томе што је у члану 1186. Закон о облигационим односима, после ст. 1. и 2. којима је на исти начин дефинисан појам банкарске гаранције и прописана обавезна писана форма, додат трећи став који предвиђа да је ништава гаранција која није издата у писаној форми. На овај начин, законодавац у Републици Црној Гори изричито је прописао санкцију недостатка прописане форме, а која је на општи начин регулисана у члан 64. став 1. истог закона, у коме је предвиђено да уговор који није закључен у прописаној форми нема правно дејство уколико из циља прописа којим је одређена форма не произлази што друго. Дакле, иста правна последица – неважност, односно ништавост банкарске гаранције која није издата у писаној форми, наступила би по општим правилима о санкцији недостатка прописане форме, и да није наведене специјалне норме. Томе се мора додати да је на описани начин законодавац у Републици Црној Гори прецизније одредио последицу недостатка форме, тако што је изричито прописао ништавост гаранције, док је општа санкција недостатка форме да уговор „нема правно дејство”. Такво решење је боље, јер је начињена разлика између ништавог правног посла и непостојећих правних послова, који у Закону о облигационим односима из 1978. године, нису регулисани на општи начин, већ се њихов појам изводи на посредан начин – из садржаја појединих норми, а у пракси се своди на апсолутну ништавост. Тако нпр., код закључења уговора уз сагласност органа правног лица – ако сагласност није дата, сматра се да уговор није ни закључен<sup>10</sup> или код закључења уговора од стране неовлашћеног лица – ако неовлашћено заступани ни у остављеном року уговор не одобри, сматра се да уговор није ни закључен.<sup>11</sup>

У Републици Црној Гори направљен је и једна термилошка измена када је у питању означавање форме уговора, тако што је уместо изра-

<sup>10</sup> Члан 55. Закону о облигационим односима из 1978. године.

<sup>11</sup> Члан 88. Закону о облигационим односима из 1978. године.

за „*писмена форма*“ који се користи у Закону о облигационим односима из 1978. године, уведен термин „*писана форма*“ који је језички правилнији.

### 3. Банкарска гаранција на позив у Закону о обвезним односима Републике Хрватске

Банкарска гаранција на позив регулисана је у Закону о обвезним односима Републике Хрватске, из 2005. године, са доцнијим новелама, и то одредбама чл. 1039. до 1043.<sup>12</sup> Новелама је регулисана „банкарска гаранцију на позив“, чиме је у основном тексту Закона о обвезним односима из 2005. године, измењен део који је регулисао „*банкарско јамство*“.

Банкарска гаранција на позив у Закону о обвезним односима Републике Хрватске има сличности и разлике са одредбама о банкарској гаранцији из Закона о облигационим односима из 1978. године.

#### 3.1. Сличности са одредбама из Закона о облигационим односима из 1978. године

Сличности са одредбама из Закона о облигационим односима из 1978. године, огледају се пре свега у дефиницији појма гаранције, прописивању обавезне писане форме и исплати одређеног новчаног износа. Банкарска гаранција на позив је свака писана обвеза на плаћање, без обзира како је названа, којом се банка (гарант) обвезује да ће на писани захтев корисника овоме исплатити одређени новчани износ ако је удовољено увјетима из гаранције. (Чланак 1039. став 1). Закон о обвезним односима не садржи изричиту одредбу да „банка измирује обавезу из гаранције у новцу и у случају да се гаранцијом обезбеђује неновчана обавеза“, као што је то регулисано у члану 1084. Закона о облигационим односима из 1978. године, али такво правило посредно произлази из цитираног чланка 1039. став 1. у коме је одређено да се банка обавезује да ће кориснику „исплатити одређени новчани износ“ ако је удовољено увјетима из гаранције. Разлика је и у томе што се по одредбама из Закона о облигационим односима из 1978. године банка обавезује да ће кориснику измирити обавезу за случај да му треће лице не испуни обавезу о доспелости, што има сличности са јемством, док је у Закону о обвезним односима новчана обавеза банке регулисана као сопствена обавеза банке, а не гаранција за туђу обавезу.

<sup>12</sup> Прочишћени текст закона – „Народне новине“ бр. 35/05, 41/08.



Такође, сличне су и одредбе о потврди гаранције (супергаранцији): Ако друга банка потврди обвезу из гаранције, корисник може своје захтјеве из ње поднијети било гаранту било банци која ју је потврдила (Чланак 1040).

### *3.2. Разлике у односу на одредбе из Закона о облигационим односима из 1978. године*

Битна разлика састоји се у томе што Закон о обвезним односима регулише само апстрактну – самосталну банкарску гаранцију, називајући је „банкарска гаранција на позив” која је у члану 1087. Закона о облигационим односима из 1978. године уређена под називом гаранција „без приговора” (која садржи клаузулу „без приговора”, „на први позив”). Међутим, Закон о обвезним односима не регулише акцесорну банкарску гаранцију, која је садржана у општем појму банкарске гаранције из члана 1083. Закона о облигационим односима из 1978. године. Као последица те битне разлике настале су и друге разлике између ова два закона.

Према чланку 1039. став 2. Закона о обвезним односима банкарска гаранција је самостална обвеза неовисна о основном послу у вези с којим је издана, па и у случају да се тај посао у њој спомиње. Ова одредба, по својим правним дејствима, одговара правилу које важи за гаранцију „без приговора” из члана 1087. став 1. Закона о облигационим односима из 1978. године, у коме је предвиђено да „ако банкарска гаранција садржи клаузулу „без приговора”, „на први позив” или садржи речи које имају исто значење, банка не може истицати према кориснику приговоре које налогодавац као дужник може истицати према кориснику по обезбеђеној обавези. Из овог правила правна теорија и судска пракса извели су правило о самосталности и независности гаранције „без приговора” у односу на основни правни посао. Рецепција наведених ставова извршена је у Закону о обвезним односима, цитираном одредбом да је банкарска гаранција самостална обвеза неовисна о основном послу у вези с којим је издана.

Закон о обвезним односима (чланак 1041) садржи одредбе о контрагаранцији, које не постоје у Закону о облигационим односима из 1978. године, иако је контрагаранција постојала у пословној пракси банака, правној теорији и судској пракси, насталој у примени тога закона. Контрагаранција је писана обвеза на плаћање, без обзира како је названа, којом се банка (контрагарант) обвезује према гаранту да ће му исплатити новчани износ по предочењу писаног захтјева у складу с увјетима из контрагаранције. Контрагаранција је одвојена од гаранције и од основног посла на које се односи, па и када их се спомиње у контрагаранцији.

Закон о обвезним односима (чланак 1043. ст. 1. и 2) регулише пријенос права на плаћање из гаранције. Право позивања на плаћање из гаранције не може се уступити трећему осим ако то није изричито предвиђено у гаранцији или у њезиним додацима (став 1). Тиме се не утјече на право примити износ из гаранције које би у гаранцији или у њезиним додацима било пренијето на неког другог (став 2). Наведене одредбе разликују се од уступања права из гаранције из члана 1086. Закона о облигационим односима из 1978. године, које могућност уступања везује искључиво за уступање потраживања које је обезбеђено гаранцијом, што значи да се права из гаранције пуноважно не би могла уступити без уступања обезбеђеног потраживања, чак и да је тако предвиђено гаранцијом.

Закон о обвезним односима затим под истим насловом – *Пријенос права на плаћање из гаранције* (чланак 1043. став 3) предвиђа да „корисник јамства дугује налогодавцу износ примљен по основи јамства на који иначе не би имао право због оправданих приговора налогодавца.” Није јасно зашто законодавац уместо термина „банкарска гаранција на позив” овде употребљава термин „јамство”. У сваком случају, реч је о норми са истом суштином и правним последицама, које одговарају одредби из члан 1087. став 3. Закона о облигационим односима из 1978. године, према којој „корисник гаранције дугује налогодавцу износ примљен по основу гаранције на који иначе не би имао право због оправданих приговора налогодавца.” То правило последица је правила садржаног у претходном ставу истог члана, које предвиђа да је „налогодавац дужан платити банци сваки износ који је банка платила по основу гаранције издате са клаузулом из претходног става”,<sup>13</sup> а које је изостављено из дела Закона о обвезним односима, који регулише банкарску гаранцију на позив. Наиме, с обзиром да је банкарска гаранција самостална обвеза неовисна о основном послу у вези с којим је издана, па и у случају да се тај посао у њој спомиње, то значи да банка према кориснику гаранције не може да истиче приговоре из основног правног посла (нпр. приговор на квалитет испоручене робе, када је исплата цене робе обезбеђена гаранцијом), па ни приговоре који се тичу пуноважности основног правног посла (нпр. приговор да је уговор закључило неовлашћено лице) и сл., већ мора да кориснику исплати одређени новчани износ ако је удовољено увјетима из гаранције. Затим је налогодавац у обавези да банци рефундира исплаћени износ – по члану 1087. став 2. Закона о облигационим односима из 1978. године или, у недостатку посебних одредаба, по општијим одредбама о накнади трошкова које важе за обавезе налогодавца из

<sup>13</sup> Члан 1087, став 2 Закона о облигационим односима из 1978. године.

уговора о налогу – налогодавац је дужан накнадити налогопримцу, чак и ако његов труд без његове кривње није имао успјеха, све потребне трошкове што их је учинио за извршење налога, с каматама од дана кад су учињени.<sup>14</sup>

Када налогодавац по једном или другом правном основу плати банци износ који је кориснику банка платила по основу гаранције, а ипак постоје ваљани приговори на квалитет испоручене робе, пуноважност основног правног посла или други оправдани приговори налогодавца, тада је корисник у обавези да исплати налогодавцу износ примљен по основу гаранције,<sup>15</sup> односно „по основи јамства на који иначе не би имао право због оправданих приговора налогодавца.”<sup>16</sup> На овај начин оба закона уводе корекцију у правни поредак, која је последица примене начела савесности и поштења. С друге стране, гаранција је обавила своју функцију обезбеђења корисника – повериоца из основног правног посла. Корисник је примио новац, терет доказивања и вођења спора је обрнут. Тужбу за исплату мора да поднесе налогодавац пред судом надлежним по седишту туженог корисника гаранције, мора да сноси трошкове спора, као и терет доказивања. Док се не оконча спор, новац се налази код корисника, који исти може да користи у свом пословању. На тај начин, не само терет доказивања, већ и економски терет спорног односа преваљује се на налогодавца. Да није било гаранције, као средства обезбеђења плаћања, ситуација би била сасвим обрнута, као и страначка улога у спору, надлежност суда, терет доказивања итд.

### *3.3. Престанак ваљаности гаранције*

Престанак ваљаности гаранције уређен је у чланку 1042. Закона о обвезним односима. Рок ваљаности гаранције може њоме бити одређен до одређеног датума или до предочења исправе којом се потврђује наступ неког догађаја као мјеродавног за престанак њезине ваљаности. Ако су у гаранцији наведена оба рока за престанак ваљаности гаранције, њезина ваљаност престаје протеком првог од тих рокова.

Одредбе о престанку ваљаности гаранције, односно року важења банкарске гаранције нису садржане у Закону о облигационим односима из 1978. године, али су прихваћене у пословној пракси банака и судској пракси насталој у примени тога закона, која рок важења сматра битним елементом гаранције.

<sup>14</sup> Чланак 773. став 1. Закона о обвезним односима.

<sup>15</sup> Члан 1087. став 3. Закона о облигационим односима из 1978. године.

<sup>16</sup> Чланак 1043. став 3. Закона о обвезним односима.

### 3.3.1. Рок важења и активирање банкарске гаранције

По становишту судске праксе, настале у примени Закона о облигационим односима из 1978. године, свака гаранција па и гаранција са клаузулом „на први позив” мора имати рок важности гаранције и мора бити активирана до истека рока важења гаранције. Сама чињеница да је за исто потраживање издата још једна гаранција, нема утицаја на пуноважност првобитно издате гаранције.<sup>17</sup>

У образложењу овог става наводи се да у смислу члана 1087. Закона о облигационим односима, ако банкарска гаранција садржи клаузулу „на први позив” или садржи речи које имају исто значење, банка не може истицати према кориснику приговоре које налогодавац као дужник може истицати према кориснику по обезбеђеној обавези. Свака гаранција па и гаранција „на први позив” мора имати битне елементе, а један од битних елемената је рок важности гаранције, јер након истека рока важности гаранције престају права по основу гаранције. У конкретном случају рок важности гаранције је одређен до 28. августа 1995. године. Спорно је да ли је тужилац наведену гаранцију активирао у року важности гаранције, односно да ли је гаранцију доставио на реализацију. Из изјаве од 25. августа 1995. године правилно је првостепени суд утврдио да је тужилац обавестио туженог да фирма „У”МН из С., није извршила обавезе по уговору, а за које обавезе је издата гаранција број 257/95. Истога дана 25. августа 1995. године, тужилац је доставио допис туженом у коме је изричито навео да је предмет дописа гаранција број 257/95. У наведеном допису тужилац је обавестио туженог да ће активирати гаранцију број 257/95 дана 28. августа 1995. године. из разлога што налогодавац није испоштовао уплату по уговору и поред упозорења да гаранција истиче 28. августа 1995. године. Уз наведени допис тужилац је доставио копију гаранције и изјаву финансијског директора тужиоца. Другостепени суд налази да је тужилац благовремено доставио гаранцију на реализацију, јер је гаранцију доставио и обавестио туженог о активирању гаранције дана 25. августа 1995. године, дакле у време важења банкарске гаранције. Доследно изложеном, суд налази да је одржан рок важности гаранције, да је тужилац у року важности гаранције тражио од туженог наплату износа по гаранцији, те да не стоји навод првостепеног суда да тужилац није гаранцију активирао у року важности гаранције. Чињеница да је тужени издао још једну гаранцију и на исти износ и по истом уговору и то број 281/95 од 28. августа 1995. године не утиче на обавезе ту-

<sup>17</sup> Из пресуде Вишег привредног суда у Београду Пж. 195/97 од 29. јануара 1997. године, Петровић З. – Козар В., наведено дело, страна 1214.

женог по овој гаранцији јер наведеном гаранцијом није стављена ван снаге гаранција 257/95, нити су дати докази да је тужени доставио тужиоцу гаранцију 281/95, као и да је тужилац дао своју сагласност да се сторнира гаранције 257/95. Према томе, тужилац је благовремено активирао гаранцију 257/95, те је тужени дужан по основу наведене гаранције да исплати гарантовану суму у износу од 50.000,00 динара.<sup>18</sup>

### 3.3.2. Тужба као начин активирања банкарске гаранције

Такође, по становишту судске праксе, настале у примени Закона о облигационим односима из 1978. године, ако је у пре истека рока важности банкарске гаранције корисник гаранције поднео тужбу против банке гаранта са захтевом за измирење обавезе и гаранције, сматра се да је на тај начин благовремено упутио позив за плаћање.

У конкретном случају, првостепеном пресудом обавезан је првотужени ДД „У.“ да тужиоцу банци „А.“ АД исплати одређени новчан износ на име главног дуга са каматом, с тим да се солидарно обавезује и друготужена банка „Б.“ АД да тужиоцу исплати одређени новчани износ са каматом. Друготужена банка у жалби наводи да се ради о самосталним банкарским гаранцијама плативим на први позив. Међутим, тужилац овај позив није упутио друготуженом као гаранту, а што је и утврђено вештачењем, тј. увидом деловодник доставне књиге за 1994. годину. Жалба није основана. У току првостепеног поступка извршено је вештачење. На основу гаранције која је дата по основу уговора о инвестиционим кредитима, утврђује се да је друготужени као гарант солидарно обавезан са првотуженим а према тужиоцу да му исплати одређени новчани износ са законском затезном каматом. На основу извештаја вештака закључено је да вештак увидом у деловодно доставну књигу за 1994. годину установио да друготужени нема евиденције да је примио опомене тужиоца за плаћање по гаранцијама. Како је тужилац поднео предлог за извршење, односно тужбу у 1994. години, то је и поставио захтев за наплату спорних потраживања од друготуженог, па првостепени суд правилно закључује да је на овај начин упутио позив за плаћање друготуженом по основу датих гаранција, а што је учињено у време када су гаранције важиле, па су неосновани наводи жалбе да тужилац није обавестио друготуженог да испуни обавезе по гаранцијама.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> Из пресуде Вишег привредног суда у Београду Пж. 195/97 од 29. јануара 1997. године, Петровић З. – Козар В., наведено дело, страна 1214.

<sup>19</sup> Из решења Вишег привредног суда у Београду, Пж. 9410/97 од 23. јануара 1998. године, Петровић З. – Козар В., наведено дело, страна 1212.

#### 4. Банкарска гаранција у нацрту Закона о облигационим односима Федерација БиХ / Република Српска из 2003. године

Банкарска гаранција била је предвиђена и у нацрту Закона о облигационим односима Федерација БиХ / Република Српска из 2003

У односу на друге законе земаља у региону, нацрт садржи много више норми, тако да је институт банкарске гаранције детаљније регулисан.

Нацрт регулише гаранцију „без приговора” на сличан начин као и Закон о облигационим односима из 1978. године. Нацрт предвиђа и нове облике гаранције, као што је индиректна гаранција, где учествују две банке, од којих прва банка по налогу свог клијента даје налог другој банци да изда директну гаранцију, уговорном партнеру клијента прве банке.

Нацрт детаљно регулише измену гаранције уз претходно или накнадно одобрење од стране корисника. Измјена гаранције нема утицаја на права и обавезе налогодавца или потврдиоца гаранције, ако се он не сложи са измјенама. Како у пословној пракси постоји измена гаранција, нпр. због продужења рока важности услед репрограма обавеза и кредита, које су обезбеђене гаранцијом, и сл., сматрамо да су предложене одредбе корисне.

Нацрт уређује пренос права корисника да захтијева плаћање, на сличан начин као Закон о обвезним односима.

Новина у односу на постојеће законе је асигнација, односно могућност асигнирања права. Ако није другачије одређено у гаранцији или на другом мјесту уговорено између банке и корисника, корисник може другом лицу асигнирати сва права која има или може имати на основу гаранције. Ако је банка од корисника примила обавијест о неопозивом асигнирању, исплата асигнираној страни ослобађа банку до износа исплате даљњих обавеза по основу гаранције.

Нацрт детаљно уређује престанак права да се захтијева исплата. Право корисника да захтијева исплату по основу гаранције престаје: 1. када је банка примила изјаву корисника о ослобађању од обавеза у форми која је предвиђена за заснивање гаранције; 2. када су банка и корисник договорили престанак гаранције у форми која је предвиђена у гаранцији или, ако у гаранцији није предвиђена форма, у форми која је предвиђена за заснивање гаранције; 3. када је расположиви износ по основу гаранције исплаћен, ако гаранција не предвиђа аутоматско обнављање или аутоматско повећање расположивог износа, или на неки други начин предвиђа наставак гаранције; 4. када је истекло вријеме важења гаранције. Начин престанка под тачком 3. може бити од значаја када су у пита-



њу царинске гаранције, којима се обезбеђују обавезе за одређени период, док је престанак због истека времена важења уређен на сличан начин као у Закону о обвезним односима.

Нацрт регулише правни однос између банке и налогодавца, тј. садржину гарантног налога, дакле налога за издавање гаранције, у коме између осталог мора бити назначен не само корисник, већ и врста гаранције (гаранција понуде, испоруке, обезбјеђења, испуњења уговора), затим износ гаранције и потпуне податке клаузуле о плаћању, итд.

Обавеза отварања и плаћања је такође одредба, коју не садрже други закони. Банка је према налогодавцу обавезна неодложним обавјештењем овлаштеника о издавању гаранције отворити гаранцију. За отварање она може и без посебног овлаштења укључити другу банку (авис-банка). Ако је у отварање гаранције укључена авис-банка, она мора с примјереном пажњом провјерити видљиву вјеродостојност гаранције. Неовисно о самосталној обавези плаћања према овлаштенику, банка је и према налогодавцу уговорно обавезна на плаћање износа гаранције овлаштенику код наступања случаја гаранције. На овај начин, јасно је направљена разлика између уговора о издавању гаранције, у коме су уговорне стране банка и налогодавац, од саме гаранције где је банка дужник, а корисник је поверилац.

Изузеци од обавезе плаћања, такође су уређени нацртом. Наиме, ако је недвосмислено и јасно утврђено 1. да неки од докумената није вјеродостојан или је кривотворен; 2. да плаћање није доспјело према основу наведеном у захтјеву и пратећим документима, или 3. да судећи према врсти и намјени гаранције захтјев нема разумног основа, банка поступајући у доброј вјери може одбити плаћање према кориснику. Затим се у нацрту дефинишу ситуације у којима захтјев нема разумног основа: 1. ако се случај или ризик, против којег је гаранција била намијењена да обезбиједи корисника, није несумњиво остварио; 2. ако је обавеза налогодавца проглашена неважећом од стране суда или арбитражног трибунала, осим ако гаранција индицира да такав случај представља ризик покривен гаранцијом; 3. ако је обавеза несумњиво испуњена на задовољство корисника; 4. ако је испуњење обавезе било јасно спријечено намјерним службеним пропустом корисника.

### Закључак

Банкарска гаранција је банкарски услужни посао којим банка гарантује повериоцу да ће дужник уредно извршити своју обавезу, тј. да ће повериоцу измирити обавезу о доспелости ако то дужник не учини. Банка се код ових послова појављује у улози јемца.



Правни однос између налогодавца (дужника из основног правног посла), и банке која издаје гаранцију настаје закључењем уговора о издавању банкарске гаранције. Према својој правној природи ово је уговор о налогу, а могу постојати и елементи уговора о кредиту.

Према члану 1083. став 2. Закона о облигационим односима банкарска гаранција мора бити издата у писменој форми, из чега произилази да је банкарска гаранција строго формални правни посао јер је писмена форма услов њене пуноважности. Међутим, уговор о издавању банкарске гаранције који се закључује између банке и налогодавца не мора бити закључен у писменој форми, јер је реч о уговору о налогу, за који законом није прописана форма.

У привредном праву постоје три врсте банкарских гаранција, с тим што је гарант увек платац. Реч је о гаранцији „без приговора”, гаранцији уз достављање документације и гаранцији уз пружање доказа да је уговорена обавеза испуњена. Поред наведене поделе у правној теорији постоје и класификације на основу других разних критеријума из којих произилазе и друге врсте, односно типови банкарских гаранција

Ако банкарска гаранција садржи клаузулу „без приговора”, „на први позив” или садржи речи које имају исто значење, банка не може истицати према кориснику приговоре које налогодавац као дужник може истицати према кориснику по обезбеђеној обавези.

Да би корисник банкарске гаранције остварио своја права из гаранције он исту мора активирати у оквиру рока важења гаранције. И на банкарску гаранцију „без приговора” примењује се уговорени рок важности гаранције.

По својој правној природи уговор о издавању банкарске гаранције је уговор о налогу. Према члану 749. став 3. Закона о облигационим односима, налогопримац (у овом случају банка – гарант) има право на накнаду (провизију) за свој труд, осим ако је друкчије уговорено или произилази из природе међусобног односа, што значи да закон право банке – гаранта на накнаду – провизију претпоставља.

Исплату доспелог износа по датој банкарској гаранцији може од гаранта тражити само корисник гаранције, а не и лице за чију је обавезу банка гарантовала.

Одредбе о банкарској гаранцији из наведених прописа који важе или су у нацрту у земљама у региону имају сличности, али и велике разлике у односу на одредбе о банкарској гаранцији из Закона о облигационим односима из 1978. године.

Miroslav Vrhovšek, Ph. D.  
Professor Emeritus of Business Academy  
of Novi Sad and Academic Advisor

Vladimir Kozar, Ph. D., Assistant Professor  
Faculty of Law, University Business Academy Novi Sad  
Special Adviser, NLB Bank AD, Beograd

*Securing Claims through Bank Guarantee in the Republic of Serbia  
and the Countries in the Region*

**Abstract**

The practice of commercial entities by the term of „bank guarantee” means different legal institutes, aimed at ensuring the fulfillment of contract obligations of the bank’s clients. It is a different means of securing both personal (endorsement guarantee, acceptance bill, documentary credit, etc.) and the actual or the real securing remedies (pledge, mortgage, lien on securities). Ensuring the fulfillment of contractual obligations is a common feature of these institutes in the wider sense of the „bank guarantee” for the fulfillment of contractual obligations. However, the bank guarantee in the narrow sense is a separate legal institution that has specific characteristics, and that is, in spite of certain common points, significantly different from the above mentioned institutes.

The subject of this paper is to provide a bank guarantee claims in the Republic of Serbia and the countries in the region. Besides the provisions of the Law on Obligations of 1978, provisions of the new Law on Obligations in 2008, which is in force in the Republic of Montenegro, as well as the provision of the „bank guarantee at call” of the Law on Obligations of the Republic of Croatia in 2005, with the latest changes have been particularly analyzed. Special attention is paid to the draft Law on Obligations of the Federation of Bosnia and Herzegovina/Republic of Srpska in 2003. The provisions regulating the bank guarantee that are currently in force or have been drafted in the countries in the region have similarities but also significant differences in relation to the provision of bank guarantee of the Law on Obligations from 1978.

*Key words:* bank guarantee; securing claims; written form; nullity; counter-guarantees; validity; assignment;



UDK BROJEVI: 347.131.2  
347.439

*Срђан Радуловић*

Докторант на Правном факултету  
Универзитета у Приштини

## СУБЈЕКТИ ЗАСТАРЕЛОСТИ У ГРАЂАНСКОМ ПРАВУ

*Они који рђаво искоришћавају своје време први су  
који се жале на његову краткоћу.*

Жан Ла Бријер

### Сажетак

Како је застарелост један од најчешће обрађиваних правних института, могли бисмо закључити да је ова проблематика у потпуности претресена, те да у вези са њом нема готово никаквих недоумица. Ипак, стварна је ситуација битно другачија. У вези са овим институтом остао је отворен читав низ суштинских питања, а једно од њих је и питање на кога се застарелост односи, то јест ко су субјекти застарелости.

Дубоко уверени да прецизније дефинисање ове проблематике није само ствар теоријске „педантерије”, већ да оно има и практични значај, овај смо рад резервисали за проучавање управо субјеката застарелости. У ту сврху служили смо се аналитичко-дедуктивним приступом, али и предностима апстракције и генерализације као метода.

*Кључне речи:* Субјекти застарелости, активни субјекти застарелости, пасивни субјекти застарелости, држава као субјект застарелости, застарелост.

### Уводне напомене

Од момента „Великог праска” време је постало један од најзначајнијих креатора свеколике стварности. Стварност постоји у времену, под његовим је снажним утицајем и све што се око нас дешава омеђено је

временом, то јест дешава се у одређеном временском оквиру. Јасно је да се претходна констатација односи, у првом реду, на природне појаве, но ни друштвене појаве нису имуне на утицај времена. Правна је теорија дала свој огроман допринос потврди ове тезе, у првом реду доказујући да и право као регулатор друштвеног понашања има свој временски оквир и да је и те како подложно његовом утицају, истовремено одбацујући статички концепт права по коме је право у потпуности одвојено од времена<sup>1</sup>. Поједини аутори<sup>2</sup>, свесни прожетости права временом, радо говоре о својеврсној „темпорализацији” права.

Да ови и слични ставови нису претерани и без основа потврђују бројни примери. Тако се протеком времена стиче пословна, деликтна, радна, тестаментарна, консултативна способност, ствара се услов за проглашење несталог лица за умрло, време је потребно за ступање закона на снагу (*vacatio legis*), а протеком времена једно фактичко стање може се претворити у правно. Ту идеју на прави начин, са дозом поетике, изражава реченица: „Некад се временска димензија важења права мери столећима, некада деценијама, понекад данима (чак и минутима код астрономског рачунања времена – *иприм. аушора С. Р.*), а изузетно, правни пропис може бити упућен, као каквим времепловом, у прошлост и тада говоримо о ретроактивности правних прописа.”<sup>3</sup>

Време је то које доприноси разумевању загонетног, каткад и непојмљивог, паралелно доприносећи остваривању универзалне правде. Тако и Владика Његош мудро примећује да је вр(и)јеме мајсторско решето.

Чини се да ниједна правна, па ни шире – друштвена појава, не одражава ту „филтрирајућу” функцију времена као институт застарелости. Управо он омогућава да се једна, до тада нејасна ситуација расветли и разреши на најправичнији начин.

Кажемо, на најправичнији начин, без бојазни да у томе има претеривања, јер мишљења смо да у ситуацији када неко своје право релативног карактера не врши довољно дуго по мишљењу законодавца, таквом праву не треба придавати онај значај који је оно имало до тада. Нема сврхе штитити га и издвајати у ту сврху огромна средства уколико се онај у чијем је интересу оно установљено, то јест титулар права, према њему оп-

<sup>1</sup> Видети: Д. Ђорић: *Право у времену и време у праву*, Гласник адвокатске коморе Војводине, бр. 9, 2005, стр. 445.

<sup>2</sup> Видети: И. Симоновић: *Рокови у браћанском праву*, Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије, Тематски зборник радова, Књ. 3, Ниш, 2009, стр. 181.

<sup>3</sup> Видети: О. Антић: *Време и право*, Правни живот, бр. 14, Београд, 2009, стр. 246.

ходи немарно. У супротном, дужник би без временског ограничења морао да обезбеђује средства за потенцијално испуњење тражбених права поверилаца, што би његову економску слободу учинило битно „скупечном”, каткад и само „голим словом на папиру”<sup>4</sup>.

Већ из досадашњег излагања да се приметити да институт застарелости делује према одређеним субјектима, но одређење да су ти субјекти дужник и поверилац, најблаже речено било би непотпуно и то из барем два разлога.

Први је разлог тај што из оваквог одређења не стичемо целовиту слику о томе како су под утицајем застарелости подељене улоге и која се лица у којим улогама могу наћи. Други је разлог тај што се, сматрамо, прави озбиљан превид тиме што се у правној литератури која се овом проблематиком бави, истина врло скромној, не дефинише улога државе у процесу застаревања субјективних права.

Ипак, пре упуштања у одређивање субјеката застарелости, верујемо да је потребно рећи „реч-две” о самом институту застарелости и његовој суштини, правном дејству и природи, ако ни због чега другог, онда ради лакшег разумевања оног што представља централну тему рада.

## 1. О застарелости

Имајући у виду мноштво критеријума – историјат, присуство у свим областима права, улогу, а пре свега безизузетну прихваћеност у свим модерним правним порецима, као једног од најзначајнијих правних института данашњице, са правом можемо издвојити застарелост. Ако домашaj овог института сузимо на терен грађанског права<sup>5</sup>, застарелост ћемо одредити као ограничење у невршењу права које наступа уколико се по протеклу одређеног времена у коме поверилац није вршио своје право, иако је био у прилици да га врши, дужник позове на њу. Када застарелост наступи, манифестује се у виду немогућности принудног остваривања грађанског субјективног права.

<sup>4</sup> У том смислу: Т. Мајер: *Измене одредби о засшаревању у НГЗ*, Анали Правног факултета у Београду, Београд, бр. 3–4, 2003, стр. 497.

<sup>5</sup> Нужно је да то учинимо јер у другим областима или гранама права у чињенични скуп означен као застарелост не улази и воља као битан елемент. Тако када, примера ради, у кривичном праву говоримо о застарелости кривичног гоњења или извршења кривичних санкција, битан је само протек времена, а не поставља се питање воље лица против којег се поступак води да се застарелост (не) примени.

У понуђеној дефиницији застарелости пажњу некако највише привлачи термин „ограничење у невршењу права”, јер се у правној теорији говори о застарелости као ограничењу у вршењу права. Да није у питању само „игра речи”, види се јасно из суштине института. Наиме, дефиниција указује, најједноставније речено, да се под претњом застарелости титулар права приморава да врши своје субјективно право. Ово је тренутак када ћемо се запитати, није ли начело *Nemo iure suo uti cogitur*, према којем нико не може бити принуђен на вршење свог субјективног права, једно од основних у грађанском праву? Јесте. Лице које има одређено грађанско субјективно право само одлучује да ли ће то право вршити и, сем у ретким изузецима, нико га на то не може принудити<sup>6</sup>. То је нешто што је у крајњој линији природно јер је субјективно право признато ради остварења одређених, претежно приватних, интереса титулара и гарантује му одређену правну власт. У складу с тим, уколико титулар оцени да нема интереса за вршењем истог, он га и не мора вршити.

Каже се, међутим, да сва права теже својој реализацији и докле год се она врше на редован начин, нема ни повода за „новим” правилима, то јест мешањем законодавца<sup>7</sup>. Природа релативних (облигационих) права то у потпуности потврђује. Уколико се деси да једно лице не врши своје субјективно право релативног карактера дуже време, за другу страну која у односу на титулара има обавезу, настаје неизвесност јер она не може са сигурношћу знати да ли је титулар остао при свом праву или је од њега евентуално одустао.

Чини се као да је облигациони однос интерног карактера који делује *inter partes*. Каже се, у складу с тим, да се та неизвесност која постоји између дужника и повериоца не тиче других (*alios acta*), те да је друштво незаинтересовано за оно што се међу њима дешава. Но, правна сигурност, правна извесност и потреба да се правни односи, то јест права и обавезе из њих, реализују благовремено, налажу да се постојећи несклад између правног и фактичког превазиђе.

Не сме се, дакле, дозволити да поменута неизвесност траје у недоглед. Да би се она елиминисала потребна је реакција законодавца. Од њега се очекује да „преломи” и донесе одлуку да ли ће предност дати фактима или праву. У литератури која се бави овом проблематиком редовно

<sup>6</sup> Детаљније о томе: Д. Николић: *Увод у систем грађанског права*, Нови Сад, 2005, стр. 130.

<sup>7</sup> У том смислу: S. Lapajne: *Zastaranje (po pravnih redih slovanskih držav)*, Љубљана, 1933, стр. 3 [превод С.Р.]; А. Шабић: *Застарелост и оштраживања*, Годишњак Правног факултета у Сарајеву, 2006, стр. 414.



се истиче да се под утицајем застарелости право „повија” пред фактима по правилу „*error comunitis facit ius*”, али да ли је то заиста тако? У вези с тим постоји у правној теорији изузетно интересантна опсервација. Поједини аутори, наиме, тврде да се спор који постоји између права и факата овде не решава искључиво у корист факата, већ да постоји један вид „поравнања” између правног и фактичког, уз образложење да је право то које негира факте у једном одређеном времену, то јест у току рока застарелости, а да се по протеклу тог времена факту даје примат утолико што се право од тог тренутка повија пред њим<sup>8</sup>. Зашто? Зато што друштво претендује да успостави контролу користећи се позитивним правом над консеквенцама до којих протек времена неминовно доводи<sup>9</sup>.

Како застарелост делује? Остваривање грађанских субјективних права у највећем делу почива на добровољном понашању у складу са наметнутом обавезом. То је редован, уобичајен начин реализације грађанских субјективних права и тада нема потребе за мешањем државе. Потреба за њим настаје тек онда ако и када је субјективно право на неки начин повређено или угрожено. Ипак, ни тада држава неће самоиницијативно покренути поступак за пружање правне заштите.

Наиме, у складу са раније поменутиим начелом аутономије воље, титулар субјективног права не само да сам одлучује да ли ће га вршити или не, већ и сам одлучује да ли ће затражити заштиту државе уколико његовом субјективном праву прети каква опасност. Тако, титулар права које је повређено или угрожено, сем у ретким изузецима када је самозаштита дозвољена<sup>10</sup> или када суд *ex officio* покреће поступак<sup>11</sup>, ради заштите свог права има се обратити суду као специјализованом државном органу за пружање правне заштите. Уколико се титулар права одлучи да своје право заштити, поступак за пружање правне заштите покренуће тужбом као иницијалном парничном радњом која садржи захтев за пружањем правне заштите и доношењем пресуде одређене садржине<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> А. Чубински: *О застарелости у грађанском праву*, Београд, 1927.

<sup>9</sup> У том смислу: Д. Ђорић: *ibid.*, стр. 443.

<sup>10</sup> О самозаштити детаљније: Г. Станковић: *Право на самозаштиту у судској пракси*, Зборник радова *Грађанска кодификација*, св. 3, Ниш, 2004, стр. 171–187; Г. Станковић: *Самозаштита као облик грађанскоправне заштите*, Зборник радова *Грађанска кодификација*, св. 1, Ниш, 2002, стр. 235–249.

<sup>11</sup> Иако је начело диспозиције основно, оно није апсолутно већ се у нашем процесном праву комбинује са начелом официјелности које отвара могућност покретања поступка по службеној дужности.

<sup>12</sup> То је одређење тужбе у формалном смислу. Тужба се, такође, може одредити и у материјалном смислу. У материјалном смислу тужба није ништа друго до писмено, односно документ који садржи тужбу у формалном смислу. (Тако: М. Марковић: *Грађанско процесно право, Парнични поступак*, књ. 1, св. 1, Београд, 1957, стр. 34–35.)

Стиче се утисак на основу овога да је тужба припадак уз субјективно право, односно његов „верни пратилац”, но „могућност утужења и принудног извршења чини типично, али не и нужно појмовно обележје тражбине”<sup>13</sup>. Другим речима, поједина субјективна права не уживају судску заштиту, нити се могу касније принудно извршити. Таква се права називају натуралним, то јест природним облигацијама.

Под утицајем застарелости се једно право, то јест једна тражбина, претвара у натуралну облигацију. Право, дакле, и даље постоји, али не може се заштитити судским путем. Ипак, у односу на остале натуралне облигације, застарела потраживања имају једну специфичност, а то је да су оне, да тако кажемо, само условно натуралне. Да ли ће се једна тражбина претворити у натуралну облигацију зависи од воље дужника да у поступку пред судом истакне приговор застарелости. Тек уколико дужник истакне поменути приговор, право је застарело и титулар права га не може уз помоћ државе принудити на испуњење обавезе. Оно, субјективно право, једном речју, постаје неутуживо<sup>14</sup>, односно лишено правне санкције као разлике између правних и осталих друштвених односа<sup>15</sup>.

Ова је констатација, ипак, у огромној мери ублажена правилом према коме уколико дужник и поред наступања застарелости испуни своју обавезу нема право на повраћај датог јер он и није исплатио недоуговано. Поверилац јесте остао без могућности да принуди дужника на испуњење обавезе, но дужнику и даље остаје могућност да испуни своју обавезу уколико му то налаже савест. Наравно, нема ничег спорног у томе уколико дужник зна за наступљену застарелост, но сматра се да дужник нема право на повраћај датог ни када му чињеница застарелости није била позната<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Ј. Радишић: *Облигационо право*, Београд, 2004, стр. 47.

<sup>14</sup> У нашој правној теорији неблагонаклоно се гледа на израз неутужива тражбина или право. Титулар права, објективно, и даље може подићи тужбу за заштиту права, иако је претходни захтев исте садржине одбијен због успешно искоришћеног приговора застарелости. Ипак, сматрамо да израз није потпуно неадекватан с обзиром на то да суд тужбу неће ни узети у разматрање, већ ће је у складу са начелом *ne bis in idem* одбацити без упуштања у мериторно одлучивање.

<sup>15</sup> С. Перовић: *Облигационо право*, Београд, 1976, стр. 31.

<sup>16</sup> Валтазар Божишић у члану 589 Општег имовинског законика за Књажевину Црну Гору (у даљем тексту ОИЗ) изражава ту идеју на следећи начин: „Ко изврши какву дужност коју само савјест, част или благонаравље изискује, погрешно мислећи да је дужан то учинити, као да је дуг који се судом наплатити може, није властан тражити да му се то што је дао поврати”. (Видети: В. Божишић: *Општи имовински законик за књажевину Црну Гору и изабрана дјела*, Подгорица–Београд, 1998, стр. 184).

## 2. Субјекти застарелости

Иако је питање на шта се застарелост односи, то јест објекта застарелости, централно питање у вези са овим институтом, никако не треба потцењивати значај питања којег се тиче застарелост, односно ко су субјекти застарелости. Наша се правна теорија, међутим, није у већој мери бавила овом проблематиком, не само због тога што је питање објекта застарелости сматрано за примарно, већ и зато што се, претпостављамо, сматрало да у вези са субјектима застарелости ничег нејасног нема. Ипак, изузеци у правној теорији постоје и, иако те анализе ове проблематике нису нарочито детаљне, могу нам послужити као солидне полазне основе.

На самом почетку треба знати да, посматрано кроз „призму“ застарелости, можемо разликовати две врсте субјеката. У правној се теорији називају пасивним и активним субјектима застарелости, при чему је као пасивни означен онај на чију штету застарелост тече, а као активни онај субјект у чију је корист застарелост установљена<sup>17</sup>.

### 2.1. Пасивни субјект(и) застарелости

Ко може бити пасивни субјект застарелости? Пасивни субјект застарелости је титулар одређеног застаривог права, што значи да је то лице које је, на првом месту, правно способно, то јест које је уопште способно да буде ималац права и обавеза. Другим речима, ако један субјект није правно способан, он не може ни да има права, па се самим тим против њега не може користити ни приговор застарелости.

Питање пословне способности пасивног субјекта нешто је сложеније. Да би титулар одређеног права могао уопште да врши своје право, потребно је да буде пословно способан. Уколико је титулар пословно способан нема ничег нејасног, али шта се дешава ако је титулар права пословно неспособан? Ту треба разликовати две ситуације – прву када пословно неспособан титулар има законског заступника и другу када законског заступника нема.

У првој ситуацији улогу „вршитеља права“ игра законски заступник. Како је заступани пословно неспособан, његова воља није правно релевантна, те се о његовим правима стара законски заступник. Он је тај који ће у име, неки ће рећи и за рачун заступаног<sup>18</sup>, вршити право. Уколико

<sup>17</sup> А. Чубински: *ibid.*, стр. 113 и даље.

<sup>18</sup> Оваква формулација захтева појашњење. У правној теорији и пракси најчешће се каже да заступник врши право у име и за рачун заступаног, но ми ћемо у стилу професора Обрена Станковића рећи да нема потребе додавати део „за туђ рачун“, те да би то

заступник не врши право у име заступаног у времену у ком то право застарева, нема сметњи да се приговор застарелости користи. То нас доводи до закључка да пасивни субјект може бити и пословно неспособно лице које има законског заступника.

У тој првој ситуацији права пословно неспособног титулара довољно су добро заштићена самим постојањем законског заступника, но пословно неспособном лицу које нема законског заступника потребно је пружити додатну заштиту. Оно као пословно неспособно не може само да се стара о својим правима, па ни да их врши, стога, без адекватног законског решења, оно не би могло да се супротстави протеклу времена и његовим последицама. Зато, како пословно неспособни титулар права који нема законског заступника не би био остављен на „милост и немилост” дужника због своје правне спречености да врши право, наш ЗОО РС<sup>19</sup> предвиђа да застарелост тече и према таквом лицу<sup>20</sup>, али да она своје право могу остварити у року од две године од дана стицања пословне способности, односно добијања законског заступника<sup>21</sup>. Овде, дакле, застарелост тече, али је тренутак истека рока застарелости померен за неки доцнији тренутак како би се пружила накнадна шанса да једно пословно неспособно лице оствари своје право<sup>22</sup>.

Међутим, ЗОО РС има још једно правило. Према њему, ако је за застарелост потраживања одређено време краће од две године, а титулар права је пословно неспособно лице које нема законског заступника, онда застарелост почиње да тече од дана када титулар постане пословно

---

било сувишно, с обзиром на то да заступани непосредно стиче права и обавезе из заступникових делања. (Видети: О. Станковић – В. В. Водинелић: *Увод у грађанско право*, Београд, 1996, стр. 195).

<sup>19</sup> Закон о облигационим односима (у тексту ЗОО РС), „Сл. лист СФРЈ” бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 и „Сл. лист СРЈ” бр. 31/93). Пре доношења ЗОО РС, институт застарелости био је регулисан Законом о застарелости потраживања (Закон о застарелости потраживања (у даљем тексту ЗОЗП), „Сл. лист ФНРЈ”, бр. 40/53 и 57/54).

<sup>20</sup> Видети: ЗОО РС, чл. 385, ст. 1.

<sup>21</sup> Видети: ЗОО РС, чл. 385, ст. 2.

<sup>22</sup> Каже се да се у том случају рок застарелости продужава за још две године (тако: Р. Ковачевић, Куштримовић – М. Лазић: *Увод у грађанско право*, Ниш, 2008, стр. 377), но да ли је тако? Претпоставимо да потраживање малолетника који нема законског заступника по редовном току застарева у његовој 15-ој години и претпоставимо да он до свог пунолетства не добије законског заступника. То значи да застарелост његовог потраживања наступа у његовој 20-ој години, што даље значи да је у овом случају рок продужен за чак 5 година. Ипак, ово питање није инспирисано проблемима из праксе, већ чистим теоријским разматрањем, јер се у пракси готово не може догодити да малолетник тако дуго остане без законског заступника.

способан, односно од тренутка када добије законског заступника<sup>23</sup>. У овом случају, за разлику од претходног где застарелост тече, али рок истиче у неком доцнијем тренутку, застарелост не тече уопште до момента стицања пословне способности, односно добијања законског заступника, но како је крајњи ефекат готово исти као у претходном правилу, не видимо неки нарочит разлог постојања тог става у ЗОО РС – претходни став сасвим је довољан. Као додатни аргумент у прилог нашем мишљењу наводимо одсуство логике и осећаја правичности у решењу којим се пословно неспособним лицима, чија права застаревају у дужем периоду, пружа боља заштита остављањем дужег периода за наступање застарелости него лицима чија потраживања застаревају у краћем периоду. Мишљења смо да се пословно неспособним лицима чија потраживања застаревају у краћем периоду треба пружити боља, а ако не боља, онда макар иста заштита као и пословно неспособним лицима чија права застаревају кроз дужи период<sup>24</sup>.

Поред ових лица, у улози пасивног субјекта застарелости према нашем ЗОО РС не могу се наћи нити брачни, нити ванбрачни партнер дужника, његов родитељ или дете док траје родитељско право, његов штићеник, старалац или орган старатељства за време старатељског односа<sup>25</sup>. Пошто држава мора посебно да води рачуна о припадницима њених оружаних снага, такође, пасивни субјекти застарелости не могу бити ни лица на војној дужности у време рата, мобилизације, или непосредне ратне опасности<sup>26</sup>, али ни лица која се налазе на одслужењу војног рока<sup>27</sup>.

То, даље, не могу бити ни лица запослена у туђем домаћинству, наравно, само у погледу потраживања према члановима домаћинства и, наравно, само за време трајања радног односа, али то не могу бити ни чланови домаћинства у погледу потраживања од лица запослених у домаћинству<sup>28</sup>.

Најзад, како би избегао „замке” таксативног набрајања, законодавац генералном клаузулом оставља „сигурносни вентил”, те превиђа да то не могу бити лица која своје потраживање не могу остварити судским путем

<sup>23</sup> Видети: ЗОО РС, чл. 385, ст. 3.

<sup>24</sup> С обзиром на то да Комисија за израду грађанског законика при Влади Републике Србије није у свом Преднацрту ништа променила (видети: Преднацрт, чл. 432, ст. 3), наша препорука је да се овај став брише.

<sup>25</sup> Видети: ЗОО РС, чл. 381.

<sup>26</sup> Видети: ЗОО РС, чл. 382.

<sup>27</sup> Видети: ЗОО РС, чл. 386.

<sup>28</sup> Видети: ЗОО РС, чл. 382.

због несавладивих препрека, препуштајући судији да у сваком конкретном случају оцени да ли је препрека несавладива<sup>29</sup>.

## 2.2. Активни субјект(и) застарелости

Ко може бити активни субјект застарелости? Активни субјект застарелости је дужник титулара одређеног застаривог права, па се у овој улози може наћи, пре свега, субјект који је правно способан, односно субјект који је способан да буде ималац права и обавеза. Уколико субјект није правно способан, онда он не може ни стицати правне дужности, па ни ослободити их се употребом приговора застарелости.

Према претходно поменутиим одредбама у улози активног субјекта застарелости не могу се наћи дужници пословно неспособних лица уколико она немају законског заступника све до протекла законом предвиђеног рока који тече тек од момента кад она стекну пословну способност или им буде постављен законски заступник. У тој се улози не могу наћи ни брачни или ванбрачни партнер титулара застаривог права, ни његов родитељ или дете док траје родитељско право, ни његов штићеник, старац или орган старатељства за време старатељског односа. Не могу се у тој улози наћи ни дужници лица која су на одслужењу војног рока или дужници лица на војној дужности у време рата, непосредне ратне опасности или мобилизације. У тој се улози, даље, не могу наћи ни послодавац ни чланови његовог домаћинства у погледу потраживања лица запослених у домаћинству, али ни лица запослена у домаћинству у погледу потраживања која чланови домаћинства имају. Најзад, активни субјекти застарелости не могу бити ни дужници лица која због несавладивих препрека не могу своје потраживање остварити пред судом.

Но, поред ове могућности посредног извођења закључака, наш ЗОО РС не нуди комплетно одређење статусних елемената активног субјекта, иако је више него потребно решити питање пословне способности потребне за стицање ове врсте „субјективитета”. Ситуација је врло једноставна уколико је лице пословно способно или уколико није, али има законског заступника. Но, питање је шта се дешава уколико једно лице није пословно способно и нема законског заступника? Да ли оно може постати активни субјект застарелости?

Застарелост тече у корист таквог лица, то не би требало да буде спорно, па је право питање да ли се оно успешно може користити приговором застарелости. Тим се приговором може користити пред судом у поступ-

<sup>29</sup> Видети: ЗОО РС, чл. 383.



ку који је покренуо титулар права као тужилац. Да би се користио овим приговором, потребно је да дужник као тужени има парничну способност, то јест способност пуноважног предузимања парничних радњи. Ову способност имају пословно способни субјекти. Уколико пословна способност недостаје, онда ће парничне радње, а приговор је парнична радња, у његово име предузимати његов законски заступник.

Како смо претпоставили да поменути пословно, самим тим и парнично неспособни субјект нема законског заступника, суд који по службеној дужности води рачуна о томе<sup>30</sup> обратиће се надлежном органу старатељства и затражити постављање законског заступника<sup>31</sup>. До постављања законског заступника суд нема другог избора него да обустави парничну делатност и прекине поступак<sup>32</sup>. Поступак се наставља тек када постављени законски заступник преузме поступак или кад га суд на предлог противне странке позове да то учини, односно кад странка сама стекне парничну способност.

Како су недостатак парничне способности и неадекватно заступање битне повреде одредаба парничног поступка и као такве разлог покретања жалбеног поступка<sup>33</sup>, следи закључак да ни пословно неспособно лице које нема законског заступника није лишено могућности да се нађе у улози активног субјекта застарелости. Оно није лишено ни могућности да тај свој положај искористи и истакне приговор застарелости, јер постоје све процесне гаранције у том смислу да ће његово право на приговор бити заштићено до постављања законског заступника, односно стицања пословне и парничне способности.

### *2.3. Држава као субјект застарелости*

Досадашњим излагањем, сматрамо, проблематика субјекта застарелости није у потпуности расправљена. Стојимо на становишту да је, поред пасивних и активних субјекта застарелости, нужно увести још једног субјекта којег не бисмо могли сврстати ни у једну од ове две групе, али чија је улога у процесу застарелости огромна. Тај субјект је друштво, то јест држава као доминантни облик друштвеног организовања.

Откуд потреба за одређењем државе као субјекта застарелости? Више је разлога, а њиховом синтезом, верујемо, добија се довољно јасан

<sup>30</sup> Видети: Закон о парничном поступку, „Службени гласник РС”, бр. 72/2011 (у даљем тексту: ЗПП РС), чл. 79, ст. 1.

<sup>31</sup> Видети: ЗПП РС, чл. 79, ст. 4.

<sup>32</sup> Видети: ЗПП РС, чл. 225, ст. 1.

<sup>33</sup> Видети: ЗПП РС, чл. 374, ст. 2, т. 9.



одговор. Држава је та која је, и поред друкчијих ставова, задужена за стварање, али и примену права<sup>34</sup>. Како би се спречило да прокламована права остану само „слово на папиру”, свакодневно се, на свим нивоима државног организовања, улажу огромна средства и енергија у изградњу система у ком ће она бити адекватно заштићена. Но, баш зато држава ову заштиту појединим категоријама права неће пружати неограничено дуго, нарочито ако се сам титулар права понаша немарно према свом праву.

Наиме, уколико титулар своје застариво право не врши довољно дуго, из перспективе државе која толико улаже у заштиту титулара и њихових права, та улагања делују као расипање и енергије и средстава. Управо због тога, уколико се дужник истицањем приговора застарелости „сагласи” са тим, држава ће ускратити своју заштиту титулару застарелог права. Држава је, дакле, врло значајан учесник у процесу застарелости и без ње се он не би ни могао замислити, па је неоправдано изоставити је из излагања о субјектима застарелости.

Штавише, излагањем о држави као субјекту права, добили смо доказ наше тезе о субјективном праву као објекту застарелости, *јер управо оно застарело и то из њерсејективне државе, а не из њерсејективне дужника или њовериоца* [нагласио аутор С. Р.]. Другим речима, иако право и даље постоји, држава одбија да му пружи заштиту јер је оно за њу [нагласио аутор С. Р.] застарело, то јест изгубило на значају.

### Уместо закључка

Застарелост као институт јавља се практично у свим гранама права. У оквиру кривичног права, на пример, она доводи до немогућности надлежног државног органа да покрене и води кривични поступак, односно да изврши кривичну санкцију. И у једном и у другом случају субјекти застарелости су тачно одређени, зна се ко и против кога не може водити поступак или извршити изречену санкцију, и с тим у вези нема никаквих значајнијих недоумица.

У вези са субјектима застарелости у оквиру грађанског права, међутим, ситуација није ни приближно тако јасна. Није увек јасно ко је тај на

<sup>34</sup> У теорији права постоји подела међу теоретичарима на етатисте и социологе, а разлог поделе су различити одговори на питање ко ствара право. Прва група теоретичара улогу креатора права везује за државу, а друга за друштво. Упуштање у ту расправу и аргументација нашег става превазишла би потребе овог рада, стога ћемо се ми у вези са овим питањем декларисати кратко као етатисти.

чију је штету или корист застарелост установљена. Другим речима, не зна се ко може, а ко не може да се нађе у улози пасивног, односно активног субјекта застарелости.

Да будемо прецизнији, није тешко утврдити ко је активни, а ко пасивни субјект застарелости у конкретном случају, али теоријска потреба за апстраховањем у циљу бољег разумевања проблематике, захтева да се издигнемо изнад конкретних случајева и откријемо смисао постојећих законских одредби, како бисмо постојећа решења боље разумели и у неком доцнијем тренутку можда их и унапредили.

Имајући у виду живу активност на изради и доношењу грађанског законика, а нарочито имајући у виду тенденције у оквиру права Европске уније чији део желимо да постанемо, сматрамо да је прави тренутак упустити се у све нијансе ове проблематике и помоћи Комисији задуженој за израду овог акта да изађе пред јавност са што квалитетнијим и потпунијим решењима, која ће се својом јединственошћу, оригиналношћу, али пре свега исправношћу издвајати у односу на решења у осталим земљама, те као таква послужити као узор за изградњу јединственог европског правног простора.

**Srđan Radulović**

### **The Subjects of obsolescence in civil Law**

Considering the fact that obsolescence is one of the most processed law institutes, we could conclude that this problematic had been fully searched, and so there are also no dilemmas about it. Nevertheless, the real situation is a lot different. Concerning this institution, there had been a whole row of substantive issues, and one of them is the question to whom obsolescence is related to, that is who are the subjects of obsolescence.

Strongly convinced that a precise definition of this problematic is not just a thing of theory, but that it has some practical significance, due to this we reserved this work for studying the subject of obsolescence. In this purpose we used the analytical-deductive approach, but we also used the advantages of abstraction and generalization as a method.

Obsolescence as an institute is practically found in all branches of law. In the criminal law, for example, it leads to the incapability of the competent state authorities to start and carry on with the criminal proceedings or to perform criminal sanctions. In both cases the subjects of obsolescence are exactly specified – it is known who and against whom there cannot perform a procedure or execute an imposed sanction, and so there are no significant concerns.

In connection with the subjects of obsolescence within the civil rights, however, the situation is not even closely clear. It is not always clear on who's damage or benefit the obsolescence was established. By other words, it cannot be known who can, and who cannot be found in the role of the passive or active subject of obsolescence.



UDK BROJEVI: 347.96:929

Цветић В.

*Вељко Губерина*

адвокат из Београда у пензији

*Бранилаштво од 1945. године до данас са евокацијом на велике адвокате  
Адвокатска комора Србије наставља традицију организовања која су  
посвећена сећањима на великане адвокатуре Србије*

## ЖИВОТ И РАД ВЕЛИМИРА ЦВЕТИЋА (1924–2001)

(поводом 10 година од његове смрти)

Ови редови су посвећени једној од изузетних личности наше професије чији животни пут на најбољи начин осликава живот и рад, а још више лик човека који је свој људски а још више адвокатски интегритет сачувао и у најтежим приликама како за себе тако и за Српску адвокатуру.

Потребно је да се сетимо Велимира Цветића, његовог самопрегорног рада током 31 године адвокатске професије и то у најтежим тренуцима кроз које је пролазила наша професија и наша земља. То нас подстиче да евоцирање на овакве личности буде константа наше професије. На тај начин сетићемо се колега који су својим радом и животом у различитим,

посебно специјалним околностима – а то треба подвући и нагласити – допринели угледу наше професије, али и сопственом угледу као адвоката. Уједно се искупљујемо за протекли период када то нисмо радили, а сада поново то чинимо, са жељом да трасирамо пут будућим генерацијама адвоката, да наставе ову традицију, јер је то света обавеза свих нас, тако ће се настављачи наше професије упознати са њеним великанима.

То треба да буде стални *мементио мори*, упознавање наше јавности са професијом која је била и која ће увек остати једна од интелектуално и образовно најјачих структура сваког цивилизованог, културног и правног друштва.

Сећајући се тих колега, уједно хоћемо да подсетимо све садашње и будуће наше колеге да не смеју да забораве период од 1944. године. Као илустрација какво је то било време нека нам послужи изјава једног нашег колеге коју је дао када је постао адвокат: „У нашем друштву после рата уврежило се, дакако потпуно неоправдано, помало примитивно схватање да је адвокат самим тим што брани грађанина и сам непријатељ овог друштва.” Док је био министар правосуђа НР Србије, то није говорио.

Да наведемо још један драстичнији случај. У то време тзв. „Богом да ни” Милован Ђилас преко штампе је напао, по његовом мишљењу, једну благу пресуду, од две године затвора, Окружног суда у Београду, тако да је та пресуда одмах била укинута и дошло је до новог суђења. Изречена је смртна пресуда која је одмах извршена.

У следећој фази нашег друштва долазе нове генерације – додуше и оне су снабдевене црвеним књижицама, али које нису оптерећене „класним непријатељем”, сада се закон примењује онако како је предвиђено. Једино је изузетак био уколико се радило о тзв. „кривичним политичким делима” и оним делима где је неко из круга „моћних” заинтересован за ту пресуду.

Морамо да кажемо да се не може све генерализовати, али је заиста тако било.

У том протеклом периоду од скоро пола века адвокати су, упркос свим сукобима и тешкоћама којима су били изложени, настављали да раде безрезервно, беспрекорно и упорно у складу са својом савешћу и постојећим законима. Иступајући тако пред судовима и органима власти, без обзира у ком крају земље били, адвокати су сигурни *да величина бранилачкој позива и јесте у томе да се остане уз своја брањеника и онда када се мора примити одијум јавности, а често и многе непријатности средине у којој се живи.*

То је доприносило да они постану популарни, угледни и врло цењени у јавности.

Адвокати су слободно радили и иступали, поготово у периоду када се наша земља, почевши од 1990. године, враћа вишепартијском систему. Учвршћивало се уверење да се и наша домовина, после пола века, враћа животу који је својствен свим цивилизованим, културним и правним државама.

Нажалост, долази до разбијања Југославије, односно држава се растура и то чине они који су је стварали после 1945. године. После смрти Броза, разбија се држава на независне републике које проглашавају своју независност. Ово само напомињемо, без детаљнијег образлагања.

То је један од најважнијих разлога зашто се даје предлог да се приреди *Југословенска адвокатска историја*, а поготово да се у ту историју уврсте адвокати који су својим радом одскакали од средине у којој су живели, те су постајали пример и личности за углед постојећим адвокатима – а посебно будућим генерацијама адвоката, да својим деловањем доприносе афирмацији наше професије. Стога је Адвокатска комора 16. октобра 1993. године донела одлуку којом ће се такви адвокати прогласити *великанима*, што ће уједно бити подстрек младим људима који су са љубављу кренули путем великог и узвишеног адвокатског позива.

Историје и подсећања ради, ову одлуку је донела Адвокатска комора Србије (на челу са председником Томом Филом, а на предлог Вељка Губерине) – да се у нашој професији прогласе великанима адвокати коју су, како у суду тако и ван суда, допринели афирмацији наше професије. Наводимо имена ових адвоката:

1. 1993. године проглашен је великаном Филота Фила.
2. 1994. године проглашен је великаном Слободан Суботић
3. 1995. године проглашен је великаном Драгутин Тасић
4. 1996. године проглашен је великаном Вељко Ковачевић
5. и 6. 1997. године проглашени су великанима др Драгић Јоксимовић и Никола Ђоновић који су били браниоци Драгољуба Михајловића.
7. 1998. године проглашен је великаном др Јанко Баричевић
8. 1999. проглашен је великаном др Саво Стругар
9. 2000. проглашен је великаном Савко Дуканац
10. 2001. године проглашен је великаном Никола Војводић

После прекида од 9 година, колега Живојин Шестић и ја, донели смо одлуку да наставимо рад на задатку који је некада формулисала Адвокатска комора Србије, а уз сагласност председника Адвокатске коморе Србије Драгољуба Ђорђевића.

11. 2010. проглашен је великаном Драгослав Трнинић
12. 2012. проглашен је великаном Велимир Цветић

Потребно је сада казати нешто више о човеку који је цео свој живот посветио тешким али узвишеним задацима адвокатске професије.

ВЕЛИМИР ЦВЕТИЋ рођен је 23. септембра 1924. године у селу Јездине код Чачка. Основну школу завршио је у родном месту а након тога постао је питомац Војно-техничког завода у Чачку, где је као ђак дочекао напад Немачке на Југославију 1941. године. Одмах по избијању рата, у јуну 1941. године, са једном групом ђака и пријатеља постао је учесник НОБ-а. Због тога је касније примио орден Партизанске споменице 1941. године.

Убрзо је са групом бораца био ухапшен од стране окупатора. Неко време је провео у логору на Бањици да би одатле био интерниран у Норвешку. Успео је да побегне из логора у Норвешкој и да се придружи норвешким партизанима, где је остао све до краја рата. Постао је чак и официр, добивши и високо одликовање Норвешке државе.

Вративши се у домовину, својом огромном енергијом доприносио је обнови земље, уносећи у свој рад целу личност, али и углед који је стекао током ратних година.

Међутим, као амбициозан млади човек видео је да новом поретку требају нови, поготово школовани кадрови. Прво је почео довршавање средње школе, да би потом уписао Правни факултет у Београду. Право га је посебно привлачило – јер је видео да на тај начин може највише да користи људима из чије је средине и сам потекао. Завршивши Правни факултет 1956. године запослио се као млади адвокатски приправник у канцеларији адвоката Богдана Путника. У канцеларији опште познатог и угледног адвоката стекао је изузетно значајно правно знање, те је положио адвокатски испит 1961. године, када и отвара своју адвокатску канцеларију у Београду.

Једна од његових особина била је да сав свој ентузијазам и огромну енергију стави у службу борбе за примену и поштовање закона, а још више поштовање личности оних који су му се јавили за помоћ.

Од првих дана био је суочен са ставовима острашћених припадника владајућег система који су сматрали да је дозвољено све што користи владајућем режиму, не водећи при томе рачуна о законима које су сами доносили.

Све је то допринело да се Велимир удаљи од оне партије којој је припадао од првих дана своје младости.

Зато се искључиво посветио својој професији, водећи рачуна о њој, а још више о њеној етици, сматрајући да својим радом највише може да



допринесе развоју професије, а помажући ономе ко од њега тражи правну помоћ.

То је и остварио, јер на самом почетку своје каријере добио је случај свога пријатеља глумца Павла Вујисића, који је био оптужен од стране Окружног јавног тужиоца из Сремске Митровице да је 21. децембра 1961. године „непрописном и неправилном вођњом угрозио јавни саобраћај на интернационалном путу у близини Старе Пазове, неиспаван и под утицајем попијене веће количине алкохола, био недовољно способан да управља својим колима „фијат 600”, сударио се са аутобусом ауто-транспортног предузећа „Ласта”, којом приликом су тешко повређени Слободан Ђорђевић и сам Вујисић, док је трећи из кола Миодраг Илијашевић погинуо.

Судило је веће петорице Окружног суда у Сремској Митровици.

Вујисић је оглашен кривим и осуђен на казну 4 године строгог затвора.

Његов бранилац, адвокат Велимир Цветић уложио је жалбу због непотпуног чињеничног стања, погрешене оцене изведених доказа и затражио укидање пресуде и поновно суђење.

Врховни суд Србије је укинуо првостепену пресуду и наредио ново суђење.

На поновном суђењу 8. јануара 1965. године тужилац је остао при својој оптужници, тврдећи да је оптужени познат као глумац, али исто тако, познато је да воли да попије.

Поново су прочитани списи, саслушани сведоци и вештаци.

Бранилац је иступио, али је сада био у преимућству, јер оно што је говорио на првом суђењу написао је и у жалби. То је прихватио Врховни суд, прихвативши све изнете наводе у жалби у погледу чињеница и њихове оцене.

Ппочео је са речима:

„Не плашим се, поштовани другови судије, што ћу бити слободан и што ћу казати да је тужилац био сувише субјективан. Он је тако исто говорио пре него је Вујисићу изречена пресуда, то јест пре него што је осуђен. Сада јавни тужилац понавља исто. Као да та првостепена пресуда није укинута и као да Врховни суд није изнео свој став који сада може да утиче на промену погрешно утврђеног правног става. Стога ћу и ја, који сам тешко слушао завршну реч тужиоца, до краја бити објективан и говорити само оно што ће доказати да оптужени Вујисић није крив.”

Осећало се да је бранилац чекао свој тренутак у препуној сали, а осећало се као да су и сви чекали овај тренутак. Сада је „летело перје и паперје”, како је то рекао новинар који је пратио претрес.

Почело је расправом о брзини кола, јер објашњење вештака је било логично. Кола нису ни могла да се са већом брзином крећу на клизавом коловозу покривеном залеђеним снегом. Стручно су изјавили да брзина није могла да буде ни 25, а камоли до 30 км на сат.

Потом је прешао на сведоке, у вези са коришћењем алкохола. Саслушано је више сведока који су се налазили у локалима у којима су критичне ноћи били оптужени и двојица његових пријатеља. После свестраног испитивања констатовано је да је Вујисић, иако је са сапутницима свратио на три места, само на првом месту попио непуне две чаше „шприцера”, што је казао и сам оптужени. Да Вујисић није био пијан изјавио је саслушани командир саобраћајне милиције, који није употребио филтер за утврђивање присуства алкохола у крви.

Значи, две радње које је тужилац ставио оптуженом на терет (брзина и пијанство) су отпале. Сада су сви очекивали да се чује шта ће одбрана да каже, зашто је онда возач, то јест оптужени, скренуо улево уочи наиласка аутобуса.

Одбрана се позивала на исказе возача и сведока Ђорђевића, а што су они још у истрази казали, да је нешто ударило у „шофершајбну” и разбило је, а што их је све изненадило. Јасно је да је морало да изненади и возача који је због тога скренуо улево, да ли од страха, изненађења и губљења контроле над воланом у тренутку када је наишао аутобус, а на кога је он налетео. Међутим, тој изјави тужилац није веровао, тврдећи да је она неистинита, иако је још један сведок Влада Миколић рекао да је дошло до разбијања „шофершајбне” од каменице која је ударила у стакло.

Накнадно позван, као сведок – стручњак инг. Вукосављевић је пред судом изјавио: „И мали камичак, као орах, може да разбије „шофершајбну”. Инг. Вукосављевић зна, из своје стручности, да се такви случајеви дешавају на путу који је био лошег квалитета.

Адвокат Цветић је био у пуном замаху свог пледоајеа када је после скоро читавог сата говора, исти завршио речима: „Оптужени Вујисић није возио ни пијан, ни брзо, а није ни крив за наступелу несрећу. Она се догодила изненадно и независно од његове свести и воље, те зато не може бити одговоран.” Адвокат Цветић је завршио своју говор позивајући се на неке случајеве баш из надлежности овога суда где је дошло до несрећних случајева услед баченог било ког предмета на „шофершајбну”,

као што је био и овај случај. Позвао се на неке одлуке својих колега који су били браниоци у тим случајевима.

Завршне речи биле су поздрављене од препуне сале присутних грађана.

Павле Вујисић је био ослобођен.

Изјављена жалба тужиоца није уважена.

Овај случај је описан у књизи *Реч има одбрана* – двадесет познатих београдских адвоката. Књига је издата 1966. године, а написали су је познати новинари „Политике” Ђорђе Бузгановић и Жика Миновић.

Тај случај је имао изузетни публицитет, па је Цветић постао врло познат и популаран као бранилац. Бранио је и глумца Јована Јанићијевића, у то време глумио популарног „Бурдуша”, али је бранио и многе друге личности из света културе и уметности.

Посебно је учествовао у одбрани људи због кривичног дела пропаганде и шпијунаже.

Бранио је слепог сликара Јовића из Тузле, инжењера Шарића због шпијунаже у Суботици, где је после 15 година, донета ослобађајуће пресуда, али нажалост окривљени је умро неколико дана после изрицања исте. Адвокат Цветић је бранио новинарку Чичак, новинара Голубовића, др Антића, стоматолога Николића, књижевника Киша и друге.

Светску славу стекао је одбраном и заступањем Ђорђа Мартиновића из Гњилана 1985. године, страдалника са Косова који је био оптужен за изазивање националне, расне и верске мржње, јер се тврдило да је он наводно „сам себе унаказио”, 1. маја 1985. године а да је за то оптуживао двојицу Албанаца. У овом случају Цветић је напао целокупно тадашње југословенско руководство, на челу са савезним министром унутрашњих послова Станетом Доланцем, који је узео у заштиту албанско руководство Косова и Метохије, које је стало у одбрану Албанаца, тврдећи да они то нису урадили, те да их Мартиновић лажно оптужује. С обзиром на то да је Тито 1974. године допринео да Косово и Метохија добију статус као и све републике у Југославији, Доланц је тврдио да су само Албанске власти надлежне да воде истрагу, а оне су утврдиле да је Мартиновић све то измислио из мржње према Шиптарима.

То је било време када се Југославија налазила скоро пред распадом, Цветић је одлучио да покуша да издејствује да о овом догађају своје мишљење дају независни страни вештаци.

Злочин који је направљен над Мартиновићем изазвао је огорчење наше јавности, због тога је адвокат Цвејић у својим активностима био

помогнут од врло истакнутих личности у нашој земљи. Посебно се истакао познати филмски режисер документарних филмова у Србији и Југославији Милорад Бајић. Такође, за случај се заинтересовао велики број наших и страних људи и све то је омогућило да се Мартиновић пошаље на преглед у Лондон. Чувени Енглески стручњаци су прегледали Мартиновића – констатовали су да је над њим извршен тежак злочин, такође су оповргли тврдње да је Мартиновић могао сам себе да повреди.

Цветић је постигао оно што му је омогућило да са својом дугогодишњом сарадницом адвокатом Весном Радосављевић поднесе тужбу за накнаду штете Првом основном суду у Београду, против СФРЈ државе, Аутономне покрајине Косова и Метохије као и против општине Гњилане.

Предмет је вођен под П 6977/88 од 26. октобра 1990, а ту пресуди је потврдио Окружни суд у Београду Гж. бр. 2153/91 од 7. 06. 1991. године. У обе пресуде је утврђено да је правилно утврђено „да је тужилац 1. маја 1985. године претрпео тешку телесну повреду те су у обавези да му надокнаде штету”. Међутим борба се наставља јер, по мишљењу оштећеног, није задовољан у погледу новчаног износа. С обзиром на то да је дошло до разбијања Југославије процес се одужио

Милорад Бајић је направио документарни филм под насловом *Сшарх од истине* и потом други филм под насловом *Оишужујемо*. Оба филма су се односила на случај Ђорђа Мартиновића, али власт је забранила приказивање тих филмова. Бајић је штампао посебан летак, наводећи имена људи који су обавестили јавност о забрани приказивања ових филмова. Забрана је још увек на снази.

Учешће у овом процесу, и свему што се дешавало око њега, учинило је Цветића врло популарним и допринело је његовом угледу и афирмацији српске адвокатуре.

Посебну захвалност дугујемо адвокату Весни Радосављевић – петнаестогодишњој сарадници Велимира Цветића која нам је уступила све информације о том случају, и Милораду Бајићу режисеру документарних филмова, које нисмо могли да видимо због лошег здравственог стања режисера. Његови филмови су још увек забрањени и нису приказивани на државној телевизији иако су постигли успехе у иностранству.

У својој богатој каријери Велимир се са великим успехом бавио одбранама окривљених за најтежа кривична дела.

У све одбране уносио је целог себе и врло често долазио је у сукоб са постојећом влашћу. Био је познат по томе што је за време свога енергичног иступања знао да извади своју споменицу из 1941. године (јер је био од првих дана рата у партизанима) и да каже тужиоцу да се он (Цветић)

борио за друштво у коме треба да се поштује закон и личност окривљеног, а због тога су и успели да победе у рату и освоје власт.

Знао је да тако иступа пред судовима у целој Југославији, због чега је постао један од општепознатих и популарних адвоката Југославије. Стога је Велимир Цветић, када су на овим просторима почели да дувају нови ветрови, када је успостављен вишестраначки политички систем, формирао Социјалдемократску партију Југославије (1990. године).

Као добар патриота, вратио је орден Норвешкој држави који је добио за борбу против окупатора када је био у Норвешкој за време Другог светског рата. Јавно је то урадио јер је био дубоко разочаран када је његова земља нападнута од стране НАТО пакта, а Норвешка им се придружила. Цели српски народ му је одао признање.

Такав перманентни рад и улагање целог себе, како у судске предмете тако и у политичко деловање, нарушило је његово здравље, те је три пута оперисан, уграђена су му три бај паса.

Међутим, његова љубав и везаност за адвокатуру посебно је дошла до изражаја када се пензионисао 1997. године. Већ после два месеца активирао се на послу остајући му веран до последњег дана.

Колега Цветић је често говорио да је он сам „изабрао да буде адвокат” али је „можда и адвокатура та која је њега изабрала”.

Његова канцеларија постала је расадник бројних младих врских адвоката, на челу са његовим сином Гораном

Живео је усправно и храбро на челу, сви који су га познавали могу да буду поносни, а адвокатура је имала значајног члана и неће га никад заборавити, јер је он путоказ будућим генерацијама, показујући на који се начин може посветити својој професији како би се оправдао животни пут.

Зато Ти хвала и слава!



*Др Недељко Јованчевић*

Главни и одговорни уредник

ПРОЦЕС КП 5/03 – УБИСТВО ЗОРАНА ЂИНЂИЋА

аутори: Доротеа Чарнић и Александра Петровић

(Први том 376 стр., други 387 стр. и трећи 539 стр.),

у издању „Седме силе”, Београд, 2008.

[www.trilogijaproces.com](http://www.trilogijaproces.com); email: [aleksandra.petrovic@politika.rs](mailto:aleksandra.petrovic@politika.rs)

Трилогија *Процес КП 5/03 – убиство Зорана Ђинђића* је документарни роман о суђењу оптуженима за атентат на премијера Србије 12. марта 2003. године. Ауторке трилогије Александра Петровић и Доротеа Чарнић, новинарке листа „Политика”, први су лауреати награде за публицистику „Десимир Тошић”, коју додељује Јавно предузеће „Службени гласник” за публицистичко дело „које афирмише истину, вредности и позитивну критику друштва и времена” и „изражава независан и упечатљив став аутора, без идеолошке и друге острашћености и искључивости”. Пратећи суђење током три и по године, ауторке су у три тома аутентично описале ток суђења јер су сматрале да је то значајан историјски документ о Србији с почетка 21. века.

У првом тому описани су догађаји од 12. марта до почетка суђења и ток главног претреса до марта 2005. године. Друга књига преноси суђење до закључења главног претреса 2007. године, а трећи том посвећен је завршним речима тужиоца, пуномоћника оштећених, адвоката одбране и оптужених, као и усменом образложењу првостепене пресуде.

Није лако одредити жанровску припадност књиге *Процес КП 5/03 – убиство Зорана Ђинђића*, јер у њој има много веома различитих садржин-



ских елемената, што је наравно, за читаоце већ само по себи велики изазов. Ова књига је, с једне стране, прецизна хроника атентата на премијера Републике Србије и одговарајућег судског епилога тог трагичног догађаја, али је она, с друге стране, пуна динамике типичне за напете криминалистичке романе. Иако је строго документарног карактера, првенствено заснована на чињеницама утврђеним у кривичном поступку, садржај ове књиге има посебан „ритам“ карактеристичан за занимљиву квалитетну белетристику, што је резултат не само талента и осећаја за писану реч њених аутора, већ и саме теме, која је већ на први поглед – велика сама по себи, јер се тиче догађаја који далеко превазилази уобичајене оквири „црне хронике“ посвећене најтежим кривичним делима, већ неминовно постаје саставни део историјског приказа Србије која је закорачила у 21. век. Тај дуги и мучни „корак“ Србије, измучене крвавим епилогом нестанка бивше СФРЈ, грађанским ратом на јужнословенским просторима, „милосрдним“ бомбардовањем, сталним врло оштрим политичким поделама, константним покушајима отимања великог дела територије, сталним притисцима везаним за хашка суђења, као да још увек продужено траје, без потпуно јасне представе о правцу и смеру кретања.

Гици испалењени 12. марта 2003. године, увели су Србију и њене грађане у још једну веома „занимљиву историјску етапу“, а давно је речено да једна од тежих клетви гласи: „Да Бог да живео у занимљивим временима“. Србија је дуго живела у веома „занимљивим временима“ и за то увек плаћала високу цену. И људи који су у Србији заузимали високе државничке положаје су често плаћали високу или највишу цену свог баљења политиком, функције коју су вршили, исправних или погрешних потеза, али и времена и околности у којима су живели. Неки од познатих атентата извршених у Србији, као онај на кнеза Михаила Обреновића, а у извесној мери и сурово убиство Александра Обреновића и његове супруге Драге, нису у потпуности разјашњени или су чак и након вођеног судског поступка остале извесне озбиљне дилеме, као што је то случај са убиством кнеза Михаила. С друге стране, убице владарског пара Обреновић никада нису ни стали пред „лице правде“, а пресуда која је 1917. године сустигла Драгутина Димитријевића – Аписа, није се тицала његове улоге у официрској завери 1903. године, већ је била резултат обрачуна нове династије са тим сада и за њих опасним човеком, тако да се ту радило о једној врсти „судског убиства“.

Један познати предратни професор права, познат као велики легалиста и „Обреновићевац“, је сваке године на годишњицу убиства краља Александра и краљице Драге подносио кривичну пријаву против убица, али наравно, они никада нису гоњени, нити је о тој његовој пријави ика-

да државни тужилац донео било какву одлуку. То је добар историјски пример да атентати тог типа често не добију очекивани или редовни судски епилог, и стога вероватно није случајно ни што је осумњичени за убиство америчког председника Кенедија убијен пре него што је започело суђење и пре него што му је дата прилика да изнесе неку своју верзију о атентату. Убиство др Зорана Ђинђића је имало свој судски епилог, а сам тај кривични поступак неминовно превазилази уобичајене правне окви-ре решавања једног кривичног предмета, па тако, многи његови аспекти имају непосредан историјски значај и увек ће, између осталог, бити и предмет различитих тумачења.

Књиге које су пред нама дају врло темељан приказ свих релевантних чињеница утврђених у кривичном поступку против окривљених за убиство Зорана Ђинђића, при чему се пре самог презентирања тока поступка, објашњава непосредан чин атентата, ванредно стање које је уследило, потрага за осумњиченима и операција „Сабља”, да би се потом детаљно приказао ток кривичног поступка, од истраге па до оптужнице и главног претреса. Посебна је пажња поклоњена неким нарочито интересантним процесним ситуацијама, као што су то одређени аспекти одбране оптужених, те искази сведока сарадника. Обиман документарни материјал који ова књига садржи не само да је врло интересантан многим потенцијалним читаоцима, без обзира на њихово познавање или непознавање права, већ је он и драгоцен извор чињеница за свакога ко је заинтересован да се боље упозна не само са судским исходом једног великог кривичног случаја, већ и са догађајем који садржи веома значајне историјске компоненте.

Циљ кривичног поступка је утврђивање истине о догађају који је предмет поступка, али наравно, на начин који је својствен правилима кривичног поступка и у складу са начелом правичног вођења поступка, уз давање једнаких процесних шанси како оптужби, тако и одбрани. Истина се у правном смислу, када су у питању кривична дела о којима се решава у кривичном поступку, своди на оно што је утврђено у правноснажној одлуци суда. Суд, наравно, није свемогућ и он реалну, животну истину утврђује у оној мери у којој је то могуће, с обзиром на наводе оптужбе и одбране, те расположиве доказе, а у складу са начелом слободне оцене доказа и према свом слободном уверењу.

Некада се могу разликовати „судска” и „историјска” истина, али судска истина увек служи као одговарајућа подлога у потрази за историјском истином. У тој великој потрази која, неминовно и по логици ствари, већ траје и трајаће, независно од исхода кривичног поступка, али свакако

узимајући у обзир његове резултате, књиге *Процес КП 5/03 – убиство Зорана Ђинђића*, послужиће као врло користан извор сазнања и она ће свакако бити незаобилазна литература за сваког ко се буде озбиљно бавио не само кривичноправним, већ и историјским значајем догађаја који је основни предмет те књиге. Поред тога, сваки читалац ових књига ће имати прилику да из њих много научи и о једном конкретном, великом и врло сложенем кривичном поступку, препуном веома занимљивих процесних ситуација и кривичноправних проблема, какви се ретко или практично никада не срећу у уобичајеним кривичним поступцима. То је све изузетно интересантно не само правницима професионалцима, јер у себи садржи не само правне аспекте, већ се приказују и животне околности које су директно или индиректно довеле до тог догађаја, а које утичу на формирање правних ставова о проблемима „злочина и казне”, те бројних интересантних психолошких и филозофских аспеката.

Нема човека који се бар некада није запитао зашто је извршено неко конкретно кривично дело, на који је начин учињено, каква је сврха казне или какву казну заслужује одређено кривично дело или његов учинилац и сл., што је очигледан доказ великог интереса јавности за конкретне кривичне поступке, а када се ради о кривичном поступку посвећеном тако значајном догађају, као што је то убиство председника Владе, онда је интересовање јавности и вишеструко веће. Зато, између осталог, ове књиге, које се том тематиком баве на један озбиљан и промишљен начин, а притом су написане лепим стилем, значајно доприноси бољем погледу јавности на судску позорницу, преко које је сада „спуштена завеса”, што никако не значи да је „прича завршена”. Коначно, књиге су писане лаганим стилем за читање, обилују процесном грађом која је изнешена изражајном снагом ауторки, тако да је искрено препоручујемо свима а посебно колегама, јер се ради о веома добрим књигама, доброј литератури, које не остављају читаоца равнодушним.

Др Недељко Јованчевћ

Главни и одговорни уредник

Др Јелена Ђ. Лопичић Јанчић: *Статус рањеника и болесника у међународном и кривичном праву*

Београд, 2012, Музеј жртава геноцида, стр. 300.

Недавно је у издању Музеја жртава геноцида из Београда изашла из штампе књига др Јелене Ђ. Лопичић Јанчић: *Статус рањеника и болесника у међународном и кривичном праву*. Рецензенти су проф. др Зоран Стојановић, проф. др Миодраг Старчевић и проф. др Владан Јончић.

Ауторка ове књиге—монографије др Јелена Ђ. Лопичић Јанчић, адвокат из Београда, бави се проблематиком међународног кривичног права петнаестак година и до сада је из те области објавила четири монографије, као и двадесетак чланака у нашој правној периодици.

Настанак ратова и оружаних сукоба везан је за настанак држава и они постоје у континуитету од старог века па све до данашњих дана. Последице ратова и оружаних сукоба су увек биле огромне, велики број погинулих и рањених војника и цивилног становништва, затим разарања градова, насељених места, села, привредних објеката и друге инфраструктуре. У највећим бројем случајева штете и губици су ненадокнадиви, пре свега када су у питању људски животи. Чињеница је да су у прошла два века донете многе међународне конвенције које су забрањивале ратове, или прописивале правила вођења ратова, као и његову хуманизацију, пре свега одређивањем категорија заштићених лица у ратовима и оружаним сукобима. У спречавању ратова и оружаних сукоба није било много успеха, иако су у томе учествовале и Уједињене нације и многе друге међународне организације, ратови нажалост нису спречени. Међутим, ратови и оружани сукоби се настављају и данас са краћим или дужим паузама и сведоци смо ратова у разним деловима света. Нажалост, у ратовима, од њихових настанака па у континуитету све до данас, крше се бројне међународне конвенције и врше се масовни и стравични ратни злочини.

У ратовима, поред војних лица, највише страда цивилно становништво, ратни заробљеници, рањеници и болесници. Ратни злочини у свим ратовима и оружаним сукобима највише су вршени над цивилним ста-

новништвом и, што је и разумљиво, изазивало је највеће интересовање најшире јавности. Чињеница је да ратни злочини који су вршени против рањеника и болесника нису били у центру интересовања најшире међународне јавности, сем када су у питању неки бројни и масовни ратни злочини. Објашњење за ово је, вероватно, да је број рањеника и болесника био знатно мањи од броја војних лица, цивилног становништва и ратних заробљеника.

Наведена интересовања најшире међународне јавности имала су одраза и на науку међународног кривичног права у светским размерама, која нису довољно посветила пажњу проучавању, са правног аспекта, проблематике статуса рањеника и болесника у рату и оружаним сукобима, као и ратним злочинима који су извршени над њима.

Ранија југословенска, као и садашња српска наука међународног кривичног права следила је инострану науку међународног кривичног права, тако да ни она није посветила дужну пажњу проблематици рањеника и болесника у ратовима и оружаним сукобима. Наиме, ова проблематика је обрађивана код нас доста сумарно у уџбеницима кривичног материјалног права, коментарима кривичних законика, уџбеницима међународног јавног права, затим у зборницима радова из кривичног или међународног јавног права. У нашој правној периодици је објављено свега десетак чланака, расправа, коментара, анализа, приказа и осврта о овој материји. Објављено је свега десетак судских пресуда које се односе на ратне злочине извршене над рањеницима и болесницима и објављене су у пет збирки судских пресуда. Затим, у нашој правној литератури не постоји ниједна књига, монографија или систематски рад који обрађује кривичноправну проблематику и статус рањеника и болесника. Очигледно је да је ова материја у нашој правној литератури релативно веома мало обрађена и заступљена, што је заиста недовољно када је у питању једна значајна материја у међународном кривичном праву и у кривичном праву. Зато је књига др Јелене Ђ. Лопичић Јанчић дошла у право време да се наша правничка и стручна јавност упозна са проблематиком рањеника и болесника у међународном праву и у кривичном праву.

Књига *Статус рањеника и болесника у међународном и кривичном праву* садржи шест поглавља.

У првом поглављу обрађен је преглед историјског развоја међународне и кривичноправне заштите рањеника и болесника од старог и средњег века па све до савремених дана. Друго поглавље садржи међународноправно регулисање кривичноправне заштите рањеника и болесника у XIX и XX веку од Конвенције о побољшању судбине војних рањени-

ка у војскама у рату од 22. августа 1864. године па све до Женевских конвенција из 1949. године и Допунских протокола I и II из 1977. године. Треће поглавље садржи преглед упоредног права кривичноправне заштите рањеника и болесника, где је обрађено 29 страних законодавстава Европе, Азије, Африке, Америке и Аустралије. Четврто поглавље обрађује кривичноправну заштиту рањеника и болесника у српском кривичном праву. Попис коришћења домаће и стране литературе дат је на крају књиге.

Одмах да нагласимо да је ово прва и за сада једина књига-монографија објављена у српској правној литератури о проблематици рањеника и болесника у међународном праву и кривичном праву. То је врло корисна и значајна књига, која је написана по свим савременим научним стандардима које захтевају систематска дела. Наиме, материја рањеника и болесника у међународном и кривичном праву је веома обимна и комплексна и не може се обрадити у једној књизи нити може бити обухваћена сва проблематика. Чињеница је да је у овој књизи обрађена већина најважнијих питања макар и сумарно, тако да читалац може да добије сазнања о овој материји и проблематици, почев од старог века па све до данашњих дана. Ауторка је врло складно и зналачки применила историјско-правни метод, затим компаративно-правни метод и најзад позитивно-правни метод, тако да корисник књиге добија потпунија сазнања о овој материји на најширем плану. Књига је писана врло прегледно, јасним и разумљивим језиком тако да је могу читати и корисници који нису правници. Из пописа литературе видљиво је да је ауторка користила сву постојећу домаћу литературу, као и велики број стране литературе, која се у већини први пут код нас објављује.

Треба нагласити да су ратни злочини, нажалост, још увек врло актуелна тема и материја како у политици, тако и у међународном праву и у кривичном праву, па зато и сви који се баве међународним правом и кривичним правом, како у науци тако и у пракси, треба да се упознају са овом материјом.

Ова књига ће такође бити корисна свима који проучавају или се баве проблематиком рањеника и болесника у међународном праву и кривичном праву, од научника до практичара и свих који имају интересовање за ову материју која је, да не заборавимо, деценијама била необрађена и неоправдано запостављена. Сасвим је извесно да ова књига представља пионирски подухват из ове материје и да је то значајан допринос нашој науци и пракси, свакако и подстрек да се овој области посвети већа пажња, због чега је искрено препоручујемо.

---

CIP – Katalogizacija u publikaciji  
Narodna biblioteka Srbije, Beograd  
347.9

БРАНИЧ : часопис за правну теорију и праксу Адвокатске коморе Србије /  
главни и одговорни уредник Недељко Јованчевић. – Н. С. год. 1, бр. 1 (јануар–март  
1991) – Београд (Дечанска 13/II) : Адвокатска комора Србије, 1991– (Београд :  
Службени гласник). – 24 cm

Тромесечно. – Наставак публикације: Адвокатура (Београд) = ISSN 0350-087X  
ISSN 0353-9644 = Бранич (1991)

COBISS.SR-ID 20883970

---