

ISSN 0353-9644



БРАНИЧ

Часопис за правну теорију и праксу
Адвокатске коморе Србије

Година CXXII • Нова серија • Број 2

Београд

2009

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,
мр 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.

Прејилаша: **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 1.000 примерака

Штампа ЈП „СЛУЖБЕНИ ГЛАСНИК“, Београд

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

Момчило Грубач

Судбина једног законског предлога
(Поводом Закона о изменама и допунама ЗКП од 3. IX 2009) 7

Слободан Бељански

Споразум о признању кривице – предности и недостаци 21

Милан Шкулић

Осврт на неке новине у Законику о кривичном
поступку Србије 29

Мирослав Бојић

Предлог Закона о изменама и допунама ЗКП 51

Слободан Шошкић

Кривично право као огледало државе 57

Недељко Јованчевић

Начело законитости и кривично дело злоупотреба
службеног положаја (чл. 359. КЗ) 61

Драгослав Вељковић

Ко је одговоран за штете услед удеса изазваног
моторним возилом и утврђивање накнаде штете
у вези са саобраћајним удесом 79

Ђорђе Сарайџа

Одређеност и одредивост уговорне обавезе
код облигационих уговора 109

РАСПРАВЕ

Илија Радуловић

Судија је несмењив 119

Оливера Бојовић

Одбацивање оптужнице (Чл. 349. Законика о кривичном
поступку) 125

Милан С. Јанковић

Опсег примене члана 60. Закона о основама
својинско-правних односа 129

Ђорђе Нинковић

Имовинска сигурност 133

Ненад Целебцић

Мрежа судова у Београду 137

ПРИКАЗИ

Славица Динић

Зборник „Стање криминалитета у Србији и
правна средства реаговања“ 141

IN MEMORIAM

Ненад – Неша Целебцић (1952–2009) 145

CONTENTS

ARTICLES

<i>Momčilo Grubač</i> The fate of a legal proposal	7
<i>Slobodan Beljanski</i> Agreement on the confession of guilt – advantages and disadvantages	21
<i>Milan Škulić</i> Retrospective view on some novelties in Criminal procedure Code of Serbia	29
<i>Miroslav Bojić</i> The proposal on Law on amendments of Criminal procedure Code	51
<i>Slobodan Šoškić</i> Criminal law as the mirror of the state	57
<i>Nedeljko Jovančević</i> The principle of legality and the criminal act of official position abuse Criminal Law, art. 359	61
<i>Dragoslav Veljković</i> Who is responsible for the damage caused by the motor vehicle and determining compensation for the accident?	79
<i>Dorđe Sarapa</i> Determination and determinability of contractual obligation in obligatory contracts	109
DISCUSSIONS	
<i>Ilija Radulović</i> The judge is indeposable	119
<i>Olivera Bojović</i> Rejection of indictment of art. 349 of Criminal procedure Code	125

<i>Milan S. Janković</i> The scope of application of article 60. of the Law on the basis of property-legal relations	129
<i>Đorđe Ninković</i> Safety of property	133
<i>Nenad Dželebdžić</i> The court network in Belgrade	137
REVIEWS	
<i>Slavica Dinić</i> Proceedings Crime in Serbia and legal means of reaction	141
IN MEMORIAM	
Nenad – Neša Dželebdžić (1952–2009)	145

UDK: 340.134:343.13(497.11)

Проф. др Момчило Грубач

из Новог Сада

СУДБИНА ЈЕДНОГ ЗАКОНСКОГ ПРЕДЛОГА (Поводом Закона о изменама и допунама ЗКП од 3. IX 2009)

1. Историја

Решењем Министра правде (Д. Петровић), крајем 2007. године, именоване су две радне групе за рад на законодавству о кривичном поступку. Прва радна група (проф. др М. Грубач, др Сл. Бељански, адвокат из Н. Сада, проф. др Г. Илић, Олгица Милорадовић заменик Републичког јавног тужиоца и О. Хациомеровић, судија Окружног суда у Београду) добила је задатак да важећи ЗКП из 2001. год. усклади са новим Уставом Републике Србије из 2006. године, новим Кривичним закоником из 2005. године и у међувремену ратификованим међународним уговорима који се односе на кривични поступак. Осим тога, радна група је била овлашћена да предложи и један (ограничени) број најнужнијих измена и допуна важећег ЗКП које нису изазване потребом усклађивања ЗКП са Уставом и другим прописима већ су постале неодложне из других разлога. Друга, много бројнија радна група (руководилац проф. др В. Ђурђић) имала је задатак да припреми нацрт предлога новог Законика о кривичном поступку који би увео тзв. тужилачку истрагу, уместо данашње судске и неке друге установе англоамеричког кривичног поступка. Решењем

новог Министра правде (С. Маловић) састав те радне групе, која још није завршила рад, касније је измењен (њен нови руководилац је проф. др Г. Илић).

Прва радна група је завршила свој рад у септембру 2008. год. Неизмењен Нацрт радне групе, који је имао 121 члан, усвојила је Влада и као свој Предлог Закона о изменама и допунама ЗКП доставила га Народној скупштини (даље Изворни предлог). Он је био на дневном реду, заједно са предлогом Закона о буџету, на последњој седници Народне скупштине у 2008. години, али је 30. децембра заједно са неким другим законским предлозима скинут са дневног реда, да би та седница могла да буде завршена у тој години, те да би Закон о буџету био донет у року. Тај предлог Закона о изменама и допунама ЗКП са образложењем објављен је у *Браничу*, бр. 3–4 из 2008. године.

Након тога, Министарство правде је почетком 2009. год. одредило нову радну групу (даље: друга радна група) са налогом да прегледа Изворни предлог (незванично: „са гледишта судске праксе“). Том групом руководио је проф. Г. Илић, а чланови су били судија М. Мајић, судија Н. Важић, заменица јавног тужиоца О. Милорадовић, судија Р. Драгичевић-Дичић, заменик јавног тужиоца М. Радисављевић и др. Интервенције те радне групе нису биле бројне и нису значајније одступале од ранијег предлога – али је ипак било и таквих: Измењене су или напуштене одредбе изворног предлога чији је циљ био да обезбеде делотворност одбране по службеној дужности, односно нов режим одређивања, укидања или продужавања притвора, правно средство против незаконитог поступка органа који врши претресање, поновно саслушање окривљеног према коме је одређен притвор ако решење о притвору не буде одмах извршено. Унета је једна корисна допуна у члан 136. став 2. („забрана прилажења одређеним лицима“), али додат је и нови члан 308. који ће нанети непоправљиву штету начелу непосредности. Уведен је и један нов случај преиначења правноснажне пресуде без понављања кривичног поступка (да би се ублажила казна изречена правноснажном пресудом члану криминалне организације који је накнадно пристао да буде сведок сарадник). Измењено је више одредаба о поступку за дела организованог криминала, међу којима су најзначајније измене које се тичу самог појма тих кривичних дела. Та радна група је завршила рад почетком марта 2009. год. и свој извештај доставила Министарству правде. Нови Нацрт предлога ЗИД ЗКП имао је 130 чланова. О појединим решењима те радне групе биће речи у наставку овога рада.

Потом је, опет сасвим неуобичајено, исто Министарство правде одредило неименованог ревизора који је у изворни Предлог унео још број-

није и радикалније измене и допуне. Њему су дате потпуно одрешене руке и у погледу циља који је у почетку овој новели ЗКП био одређен (усаглашавање са Уставном и КЗ у првом реду). Нови приређивач се широко размахео, па је у тексту важећег Законика мењао и „убацивао“ (термин преузет из Образложења) све што му је падало на памет, бавећи се често и стилским, језичким и правно-техничким прекрајањима старог текста, нажалост врло неуспешно, тако да је на више места и у том погледу Законик осакаћен. Основна идеја Ревизора је била да преточи неуспели ЗКП из 2006. у важеће норме, иако је чланом 149. коначног Предлога (као и у оба претходна) било предвиђено да се тај Законик напакон стави ван снаге. Наиме, као што наш читалац сигурно зна, у мају 2006. год. био је донет нови ЗКП („Сл. гласник РС“, бр. 46 од 2. јуна 2006), који је, између осталог, предвиђао да се вођење кривичне истраге повери јавном тужилаштву и полицији, уместо истражном судији који је сада води. У члану 555. тога Законика било је предвиђено да се он почне примењивати од 1. јуна 2007, али је накнадно посебним законом („Сл. лист РС“, бр. 49/2007) тај рок продужен до 31. децембра 2008. године, а дан пре истека тога рока продужен је још једним посебним законом („Сл. лист РС“, 2/09) до 31. децембра 2010. год. Одлагање примене тога Законика оба пута је образложено неприпремљеношћу кадровских, техничких, финансијских и других услова за његово спровођење у живот. Министарство није навело да се то чини и због недопустиво слабог квалитета на брзину сročеног законског текста, али о томе сведочи једногласно мишљење стручне јавности и одлука самог Министарства да формира напред поменућу радну групу са задатком да уместо ЗКП из 2006. год. сачини нацрт новог Законика. Неуобичајено је и то што о овим интервенцијама неименованог рецензента нису обавештени, не само стручна јавност, већ ни радне групе (прва и друга), нити њихови представници, који су на овом послу утрошили не мало времена и труда. Уместо тога, нови Предлог (150 чланова), поново потврђен на Влади, изнет је пред Народну скупштину са предлогом да се усвоји *по хиџном поџиујуку*. Расправа у Народној скупштини је вођена у јулу, а гласање обављено 31. августа 2009. год. Нови предлог се састојао из три дела: ревидираног изворног предлога, измена друге радне групе и интервенција неименованог ревизора. После усвајања у Народној скупштини овај Закон о изменама и допунама ЗКП је објављен у „Службеном гласнику РС“, бр. 72. од 3. септембра 2009. Закон је ступио на снагу у редовном уставном року, осмог дана од објављивања, тј. 11. септембра 2009. године.

2. Садржина накнадних (првих и других) измена Изворног предлога

У приказу који следи нагласићемо најзначајније накнадне интервенције друге радне групе и потпуно произвољне коначне интервенције неименованог ревизора, које су потпуно извитопериле изворни предлог Закона. Садржина изворног предлога је приказана у нашем чланку *Шта садржи Предлог Закона о изменама и дојунaма Законика о кривичном постојуку*, који је објављен у напред поменутом броју „Бранича“, због тога овде нећемо поново излагати његова решења. Интервенције друге радне групе биће посебно означене.

1) Апсолутно је неприхватљива накнадна интервенција друге радне групе којом је напуштена идеја изворног предлога да се у члану 71. став 5. ЗКП предвиди да је Адвокатска комора дужна да приликом састављања списка адвоката са кога ће председник суда постављати браниоца окривљеном, ако га у случају обавезне одбране он сам не изабере, води рачуна да одбрана буде делотворна. Циљ изворног предлога је био да на тај списак не дођу аутоматски сви адвокати чланови Коморе, већ само они који су способни да окривљеном заиста пруже помоћ у кривичном поступку. Уместо тога у Законик је унето да је АК дужна да председнику суда достави списак адвоката по азбучном реду. То је супротно одлукама ЕСЉП и интересима окривљеног, јер се многи адвокати са списка адвоката не баве кривичним стварима и нису способни да окривљеном пруже делотворну одбрану у кривичном поступку. То исто важи и за нову одредбу члана 229. став 7.

2) Још једна интервенција друге радне групе: Изостављен је члан 19. изворног Предлога у коме је било предвиђено да се у Законик унесе нови члан 81а у коме би било установљено право лица које се претреса, односно држаоца чији се стан, просторије или предмети претресају да ванрасправном већу надлежног суда поднесе приговор против поступка органа који је обавио претресање. Веће би поводом приговора доносило деклараторну одлуку којом утврђује да ли је претресање било законито.

Идеја је била да се уведе неко правно средство против незаконитог претресања да би се показало да се заштита приватности почиње схватати озбиљно. Судови европских држава и Европски суд за људска права (*Виск* против Немачке од 28. априла 2008) дозвољавају чак и подношење жалбе након што је претресање завршено. Судска контрола би била целисходна будући да се извршење судске наредбе о претресању редовно поверава полицији.

3) Накнадно је додат нови став 2. у члану 101. Законика према коме се сведок може позивати у суд и електронском поштом или „другим елек-

тронским преносиоцем порука“, ако је на неком ранијем саслушању утврђено да за то постоје техничке могућности и ако је могуће да суд добије повратни податак да је сведок такав позив примио.

Занемарљиво мали број оваквих сведока долази у обзир. Ако техничке могућности и постоје, обавештење суду да је позив примљен редовно неће стизати. Једини начин потврде је да сведок одговори да је позив примио, што он по правилу неће чинити, тако да ће све до главног претреса бити потпуно неизвесно да ли ће се одазвати. То ће судбину заказаног главног претреса учинити још неизвеснијом него што је била до сада, а неодазивање сведока ће увек морати да остане несанкционисано. Због тога судови ову могућност уопште неће користити, а Законик ће имати само још једну мртву одредбу више.

4) Изворни Предлог је предвиђао измену члана 103. став 1. Законика тако што би био напуштен досадашњи став о апсолутној забрани сугестивних питања, јер таква забрана ни у једном другом упоредном кривичном процесном праву не постоји. У унакрсном испитивању сведока постављање сугестивних питања је свуда дозвољено, а треба да буде забрањено само у току непосредног (или основног) испитивања на главном претресу. Накнадно се од ове измене одустало, тако да ће и даље важити апсолутна забрана постављања сугестивних питања, иако се према члану 331. сведоци на гл. претресу испитују унакрсно.

5) У Законик је унет нови члан 132а који садржи обимне и конфузне норме о коришћењу фотографских или аудио и визуелних снимака којима се допушта широка употреба таквог материјала прикупљеног тајно или без сагласности осумњиченог или окривљеног. Тај члан је сврстан у гл. VII која садржи радње доказивања и долази после одредаба о појединим доказним средствима (саслушање окривљеног и сведока, увиђај и вештачење), тако да се може помислити да се ради о „једном новом и посебном доказном средству које до сада код нас није постојало“ – како је оно у написима неких аутора и приказано. То схватање је потпуно погрешно, јер се не ради ни о новом, ни о посебном доказном средству, будући да су фотографије и други технички снимци чињеница само једна врста исправа, које се не стварају само графички, већ и цртежом, сликом, фотографијом, фонографски и на многе друге начине, и које се увелико и одавно користе као докази у судској пракси, иако о њима (исправама) нема одредаба у ЗКП. Југословенски законодавац је избегавао да нормира ову врсту доказних средстава јер није успео да пронађе задовољавајућа решења у погледу граница дозвољености регистрације чињеница техничким средствима, као и у погледу начина њихове процесне употре-

бе и степена њихове доказне вредности.¹ Изгледа нам да је превише сме-ла намера да се сви ти проблеми сада реши једном оваквом одредбом. Уосталом, ако је у ЗКП требало унети одредбе о тој врсти доказних сред-става, онда је прво требало нешто рећи о исправама уопште, па тек онда о појединим врстама исправа (као код вештачења).

6) У члану 136. ЗКП извршено је неколико измена: **а)** Проширен је назив мере надзора „Забрана напуштања боравишта“, тако да се она са-да зове „Забрана напуштања стана или места боравишта“ и сходно томе измењен став 1. тога члана; **б)** Посебне забране, предвиђене у ставу 2, које се уз ову меру могу изрећи проширене су за још једну: забрана при-лажења одређеним лицима (иницијатива друге радне групе); **в)** Додат је нови став 10. према коме се окривљени коме је наложена нека од забра-на из члана 136. ст. 1. и 2. може ставити под електронски надзор, тако што ће му се на руку или ногу причврстити електронски детектор који омогућује праћење његовог кретања из одређеног центра. У Хрватској су ову новину увели пре неколико година, али она још ни једном није при-мењена.

7) У члану 137. додат је нови став 2. према коме се јемство „може од-редити и као мера обезбеђења поштовања ограничења из члана 136 ст. 2. и 10. овог законика.“ Као и све остале, и ове законске одредбе написане су изразито рђавим језиком и рогобатним стилем. Дакле, јемство сада може бити одређено и уз забране, односно обавезе предвиђене у наведе-ним одредбама члана 136. То су: забрана посећивања одређених места, забрана састајања са одређеним лицима, забрана прилажења одређеним лицима, обавеза повременог јављања одређеном органу и забране које произлазе из одузимања возачке дозволе и одузимања путне исправе. Није јасно зашто овом одредбом није обухваћен и став 1. тога члана (за-брана напуштања стана или места боравишта), где би ова мера имала много више смисла, а са друге стране, зашто се у њој спомиње став 10. у коме је предвиђен електронски надзор мера из става 1. и 2. члана 136. Поред тога, нова одредба има и друге, још озбиљније недостатке. Прво, она није у складу са појмом и природом јемства. Према тежини, јемство је мера за обезбеђење присуства окривљеног која стоји између забране напуштања боравишта, на једној, и притвора, на другој страни. Јемство је лакша мера од притвора, а тежа од забране напуштање боравишта. Ку-мулација тих мера коју Законик сада уводи није у складу са природом јемства, које се примењује субвендијарно, уместо неке друге принуде, а не

¹ Тако, Т. Васиљевић, *Систем кривичној процесној права СФРЈ*, Београд 1981, стр. 369.

кумулятивно, заједно са другом принудом, нити са одредбом члана 133. ст. 3. према којој се тежа мера не примењује ако се иста сврха може постићи блажом мером. Супротно томе, законодавац не само што је допустио одступање од тога правила, већ је омогућио примену теже мере ради обезбеђења лакше. Циљ јемства састоји се у томе да замени факултативни притвор који би требало одредити или је већ одређен због опасности од бекства окривљеног. Тој функцији јемства законодавац је сада додао још једну: да осигура мере надзора из члана 136. став 2. које се и по самом Законику, а и по природи ствари, осигуравају на други начин (електронским праћењем, обавезним јављањем, полицијском присмотром итд.). Друго, законодавац своју идеју није доследно и до краја спровео: из осталих одредаба о јемству, које су остале непромењене иако су ову измену морале да узму у обзир, не види се шта бива са овим јемством након што је одређено, докле оно може да траје, како престаје, кад пропада, кад се јемац ослобађа обавезе итд. До сада је јемство пропадало само ако окривљени побегне, иначе се он ставља у притвор, а јемство враћа и јемац постаје слободан. Према члану 139. став 2. окривљени за кога је дато јемство због тога што избегава долазак на главни претрес ставља се у притвор ако на први наредни уредни позив на главни претрес не дође, а изостанак не оправда. Јемство се тада враћа (члан 139. став 3). Шта ће бити са окривљеним који нпр. прекрши забрану посеђивања одређеног места или дужност јављања одређеном органу? У притвор се не може ставити, јер то нигде не пише, а притворски основ мора бити законом предвиђен. Да ли јемство тада пропада? Ни то не долази у обзир, јер је у члану 138. став 3. предвиђено да јемство пропада само ако окривљени побегне или ако поново не дође на главни претрес иако је уредно позван. Дакле, нова одредба члана 137. нема никаквог смисла, а јемство које би по том основу евентуално било одређено не би могло никако да буде окончано на законит начин.

8) Нови члан 142а у коме је било предвиђено саслушање окривљеног као услов за одређивање и укидање притвора преправљан је накнадно (на иницијативу друге радне групе) тако што се тај услов везао само за одлуку истражног судије или већа о одређивању притвора. Као и о продужењу, и о укидању притвора одлучивало би се у седници већа. Намера је била да се при продужењу и укидању притвора избегне саслушање окривљеног, као да се саслушање не може вршити у седници већа. Према тој редакцији овог члана излазило је да истражни судија који може да одреди притвор, не би могао да га укине. Изричито је стајало да се одлука о укидању притвора доноси у седници већа. Та одредба не би би-

ла у сагласности са чланом 145. према коме је истражни судија овлашћен да у сагласности са јавним тужиоцем укине притвор, а у случају из става 2. тога члана и без сагласности јавног тужиоца. Због тога је у последњем часу интервенисано амандманом којим је одредби става 1. да ће се одлука о продужењу или укидању притвора доносити у седници већа додато „изузев у случају из члана 145. овог законика“. И поред тога одредба је остала конфузна и на основу ње се не може установити са сигурношћу да ли је саслушање окривљеног обавезно само приликом одређивања притвора или и приликом одлучивања о његовом продужавању или укидању.

9) У члану 143. накнадно су извршене две интервенције: *прво*, одређено је да жалбу против одлуке истражног судије, односно већа, о одређивању притвора могу да изјаве странке (до сада је то право припадало само притвореном лицу), и *друго*, у новом ставу 7. тога члана, у коме је, према изворном предлогу, стајало да се окривљени мора саслушати после лишавања слободе ако је решење о притварању пре тога донето без његовог саслушања или ако решење о притвору није било извршено непосредно по доношењу, изостављен је овај други случај (*ако решење није одмах извршено*), иако га Устав Србије у члану 30. став 2. изричито предвиђа. Не види се у чему би се састојао конкретан правни интерес тужиоца да побија решење суда којим је његов предлог за одређивање притвора усвојен. Та ће жалба (којом ће тужилац моћи да тражи само дуже трајање притвора, кад буде одређен на време краће од најдуже могућег) само компликовати поступак.

10) Ревизор изворног предлога је велику штету направио и интервенцијама у одредбама о достављању, које овом приликом није требало дирати, не због тога што се у одредбама о томе питању ништа не би могло поправити, већ зато што то излази изван оквира циља који је овим изменама ЗКП био одређен (усаглашавање са Уставом и КЗ). Прво, у члану 159, осим постојећих, предвиђена су два нова достављача судских писмена: „друго правно лице регистровано за достављање писмена“ (осим поште) и „орган унутрашњих послова.“ Велико је питање да ли достављачку службу треба да врши полиција. Друго, у члану 160. додат је нови став 2. који гласи: „Изузетно од става 1. овог члана сматраће се да је писмено, за које је у овом законнику одређено да се има лично доставити, уредно достављено, ако је достављено на адресу коју је суду навело лице коме се писмено доставља, односно ако је достављено на адресу на којој је претходно најмање једном извршено уредно достављање, а лице коме се врши достављање није пријавило промену адресе.“

Ако се има у виду да је у члану 160. (сада став 1) реч о начину личне доставе (ако достављач не затекне адресата оставља му обавештење о месту и времену за наредни покушај личне доставе, па ако овај ни тада не буде присутан писмено се оставља одређеним лицима), лако се може видети да допуна са тим нема никакве везе и да уноси праву пометњу у одредбе о достављању. Она уводи једну опасну фикцију, које су у кривичном материјалном праву забрањене, а и у процесном праву их ваља избегавати, и то у најосетљивијој врсти ових процесних радњи – личном достављању. И све то само ради комодитета достављача (да не би долазио још једном). Овде су очигледно побркана два питања која између себе немају никакве везе: начин личне доставе и тешкоће са установљавањем адресе примаоца.

11) Накнадно је додата и допуна у ставу 2. члана 169. према којој се о позиву за главни претрес и о одлагању главног претреса учесници поступка, осим окривљени, могу обавештавати и електронском поштом, под условом да се обезбеди повратна информација да је обавештење примљено. Осим што се не слаже са циљем измена, што је срочена рђавим језиком и невешто уклопљена у постојећи текст, ни ова одредба неће имати великог практичног значаја из разлога који су напред изложени под тач. 3.

12) Слично стоји ствар и са допуном члана 171. према којој суд може обавезати странке, оштећеног и друге учеснике поступка да своје предлоге, правне лекове, друге изјаве и саопштења, поднесе „и у електронском облику.“ Вероватно се није мислило да се уз писмени поднесак или изјаву на записник подноси и електронски поднесак, али тако је написано.

13) За интервенцију у члану 229. види напред тач. 1.

14) Чланом 59. Закона о изменама и допунама ревидиран је члан 234. Законика, тако што су проширена овлашћења јавног тужиоца (он може непосредно, а не преко истражног судије као до сада, да тражи достављање банкарских и финансијских података из става 1) и сужен је број субјеката који могу изјавити жалбу против одлуке истражног судије да на предлог јавног тужиоца привремено обустави сумњиве финансијске трансакције (став 2).

15) У члану 236. којим је предвиђена могућност да јавни тужилац условно одложи кривично гоњење учиниоца кривичног дела извршене су накнадно три интервенције: Прво, та могућност је проширена на кривична дела за која је прописана казна до пет година затвора (до сада је била у питању казна затвора до три године). Истина, за тежа кривична дела

сада је јавном тужиоцу потребно одобрење ванрасправног већа (члан 236. став 2), али то представља непринципијелно мешање суда у вршење тужиоачеве функције гоњења. Друго, листа услова под којима јавни тужилац може одложити кривично гоњење осумњиченог проширена је са нова два: „да изврши обавезу установљену правноснажном одлуком суда, односно да поштује ограничење утврђено правноснажном судском одлуком и да положи возачки испит, обави додатну возачку обуку или заврши други одговарајући курс.“ На крају (као треће), у овом члану је додато још пет „распеваних“ ставова који предвиђају: а) интервенцију ванрасправног већа које може да одобри одлуку јавног тужиоца о условном одлагању гоњења и кад се томе противи оштећени чија је сагласност у неким случајевима потребна (члан 236. став 5); б) могућност да јавни тужилац уз сагласност суда(!) одустане од гоњења и у току главног претреса ако окривљени у међувремену испуни неку од обавеза предвиђених у овом члану (став 6); в) то важи не само за кривична дела са казном затвора до три године, већ и за дела са казном затвора до пет година, ако одобри ванрасправно веће (а не поступајуће веће за главни претрес!) – члан 236. став 7, итд.

Одредбе овог члана које предвиђају интервенцију ванпретресног већа, као и неке друге сличне нове одредбе, претварају тај судски орган у средство за разводњавање туђе одговорности и оправдање других органа кад се нађу у неугодној процесној ситуацији (да изостане кривично гоњење за изузетно тешко кривично дело, да се скрши отпор оштећеног и томе сл.). Таква је и одредба члана 309. став 4. према којој одложени главни претрес може бити настављен, а да се већ изведени докази поново не изводе и у случају промене председника већа, ако то на захтев новог председника одобри веће из члана 24. став 6. То веће је постало и другостепени орган у дисциплинском поступку: оно одлучује о жалбама које буду изјављене против решења председника суда о кажњавању новчаном или затворском казном (члан 299. став 3).

16) Оптужница без претходне истраге (непосредна оптужница) може се подићи за кривична дела за која је предвиђена казна затвора до осам година (до сада је било пет година). Истрага ће бити обавезна само за најтежа кривична дела, с тим што под одређеним условима и у том случају може да изостане. То ће да оптерети и успори судски поступак на главном претресу и причини штету правима окривљеног, јер ће истрага у пракси постати права реткост. Све ово обесмишљава и велике напоре који се улажу да би се пронашао нови модел истражног поступка уместо постојећег.

17) После члана 282. додато је пет нових чланова (обележених као чл. 282а–282д) који се односе на споразум о признању кривице. Те одредбе, као и све друге накнадно „убачене“, преузете су из неуспелог ЗКП/2006. који је завршном одредбом овог Закона (члан 149. Предлога) стављен ван снаге. Тај поступак је тешко схватљив и због тога што обе смишљава рад посебне радне групе Министарства правде која треба да сачини предлог новог ЗКП са тужилачком истрагом и другим установама чистог акузаторског поступка.

18) Одредба члана 283. став 2. је допуњена тако што је председник већа који у прописаном року не закаже главни претрес дужан да о томе обавести, не само председника свога суда, већ и председника непосредно вишег суда! Два председника треба да предузму мере да се главни претрес одреди. Какве мере ће да предузме онај виши председник, зашто се он уопште обавештава и зашто се онда не обавештава и председник највишег суда, није потпуно јасно.

19) Потпуно су непримерене накнадно унете изразито репресивне одредбе о казнама које се учесницима поступка могу изрицати ради одржавања процесне дисциплине. Уместо до сада постојећег члана 299. са 6 ставова (изложених на нешто више од пола странице текста) у Законик је унет претерано опширан нови члан који има 11 ставова и више од две странице текста. Куриозитет је увођење казне затвора до 15 дана којом може да буде кажњен сваки учесник главног претреса, укључујући тумача, вештака, оштећеног, оштећеног као тужиоца, приватног тужиоца, пуномоћника (па и када је адвокат) и сведока, осим окривљеног, његовог браниоца и јавног тужиоца. Казну не изриче судећи судија, односно веће пред којим је дисциплински прекршај извршен, већ председник суда, без икаквог поступка, без саслушања лица које се кажњава и без икакве прилике за одбрану, на основу записника у коме је председник већа описао његово понашање (став 2). Против решења о кажњавању може се уложити жалба, али не вишем суду, већ ванрасправном већу истог суда.

20) У члан 309. је уграђена идеја укинутог ЗКП из 2006. год. да треба игнорисати начело непосредности као сметњу за повећање степена ефикасности главног поступка. Прво, измишљен је заобилазни пут да се одложени главни претрес једноставно настави чак и кад је у међувремену промењен председник већа (одредба важи и за скраћени поступак у коме суди судија појединац, а подразумева се да могу бити измењени и други, па чак и сви чланови већа). Нови председник, већа може „захтевати од ванрасправног већа да одлучи да се одређени докази не изводе поново“ (став 4). Дакле, нови председник, односно нови судија

појединац или потпуно ново веће неће морати да се враћа на почетак, него ће започети главни претрес просто настављати. То би, на пример, могло да значи да ће потпуно ново веће, које је само саслушало завршне речи странака, моћи да изрекне пресуду на основу резултата доказног поступка које је спровело друго веће. Ово представља озбиљан ударац начелу непосредности, јер ће се судије у поступку моћи да мењају, као и јавни тужиоци или браниоци. Они што долазе касније судиће на основу списка, а не по свом непосредном утиску. – Други, исто тако смртоносни ударац начелу непосредности, представља изостављање временског услова за наставак одложеног претреса. До сада главни претрес није могао бити настављен, односно морао је изнова да почне и сви докази су се морали поново да изводе ако је одлагање трајало дуже од три месеца (члан 309. став 3), а донедавно је тај рок износио месец дана. Сада тога услова уопште више нема и никакав временски континуитет између одложеног и настављеног главног претреса се више не тражи. Прописана је само дужност председника већа да о сваком одлагању које траје дуже од два месеца обавести председника суда (нови став 6). Дакле, одложени главни претрес могао би да буде настављен и по протеклу неколико година.

21) Измене у члану 310. показују како се редактор предлога самовољно и невезан дефинисаним циљем за доношење овог закона бавио потпуно некорисним послом. У ставу 1. тога члана, у коме су наведени разлози за прекидање главног претреса (због одмора, истека радног времена, прибављања одређених доказа, припремања оптужбе или одбране), он је само изменио досадашњи редослед којим су ти разлози били набројани (прибављање одређених доказа, припремање оптужбе или одбране, ради одмора или истека радног времена).

22) Члан 371. став 3. и члан 385. став 2. су измењени тако да другостепеном суду омогућавају да после укидања првостепене пресуде само једном врати предмет првостепеном суду на поновно суђење, а ако пресуду укида други пут дужан је да сам донесе одлуку. У изворном предлогу је стајало да та дужност другостепеног суда наступа ако је првостепену пресуду укидао и предмет враћао првостепеном суду два пута.

23) Могућност жалбе против пресуде другостепеног суда редуцирана је на само један случај (било их је три): ако је другостепени суд преиначио првостепену пресуду којом је оптужени ослобођен од оптужбе и изрекао пресуду којом се оптужени оглашава кривим. Пресуда другостепеног суда донета после одржаног претреса, на коме су изведени докази и утврђено ново чињенично стање, другачије него у пресуди првостепене

ног суда, остала је без жалбе, иако се тада у суштини ради о првостепеној пресуди (иако је то пресуда вишег суда, њоме је чињенично стање на тај начин први пут утврђено). Да ли је то у складу са уставним правом грађана на жалбу против одлука државних органа о њиховим правима (члан 36. став 2. Устава Србије)?

24) У члану 401. додат је нови став 4. који гласи: „ Када суд, решавајући по жалби против решења којим се одређује, укида или продужава притвор, решење укине и предмет упути на поновно одлучивање, дужан је да истовремено одлучи и о притвору“. Да је ова одредба боље формулисана и да је на правом месту, била би користан додаток изворном Предлогу.

25) Укинута је ванредно ублажавање казне (чл. 415–418) и захтев за испитивање законитости правноснажне пресуде (чл. 428–432). Ванредно ублажавање казне, у ствари, није укинута, већ је трансформисано у један случај преиначења правноснажне пресуде без понављања кривичног поступка. Према новој одредби члана 405. став 4. ЗКП правноснажна пресуда се може преиначити без понављања кривичног поступка и „ако се по правноснажности пресуде појаве околности којих није било кад се изрицала пресуда или суд за њих није знао иако су постојале, а оне би очигледно довеле до блаже осуде“. Правноснажну пресуду преиначиће у погледу одлуке о казни суд који је судио у првом степену. Поступак тече у седници већа, а покреће се предлогом јавног тужиоца или осуђеног. Пре доношења одлуке веће је дужно да саслуша противну странку (члан 405. ст. 5. и 6). Преношење надлежности за одлучивање о ублажавању осуде (што је шире од ублажавања казне) на првостепене судове имаће за последицу различиту судску праксу, која се до сада стварала у Врховном суду управо због тога да би била јединствена.

26) Према измењеном члану 433. скраћени кривични поступак ће се од сада редовно водити за сва кривична дела за која је у закону предвиђена казна затвора до пет година (до сада су то била кривична дела са казном затвора до три године, а само изузетно и кривична дела за која је предвиђена казна до пет година затвора). У скраћеном поступку суди само судија појединац. Поротника више нема у поступку пред судом који суди у другом степену (нови члан 24. став 2. ЗКП).

Уместо закључка

Овај рад је писан само са намером да законодавним субјектима укаже како не треба припремати и доносити законе. Ти субјекти, истина, то врло добро знају и без наше подуче, али није сувишно скренути им по-

времено пажњу да то и ми знамо. Ако је овај рад барем и делимично постигао тај циљ, неће бити потпуно обесмишљен ни велики труд радне групе, образоване Министарским решењем, који је у току читаве 2008. године уложила у припрему (изворног) предлога Закона о изменама и допунама Законика о кривичном поступку.

Prof. Momčilo Grubač, Ph. D.
Novi Sad

INSTEAD OF THE CONCLUSION

This work was written only with the intention to indicate to the legislative subjects about the manner in which preparations and passing laws should not be performed. Those subjects, however, know that very well, even without being instructed by us, but it is not needless to occasionally inform that that we also know that. If that aim is at least partially achieved, the great effort invested by the Ministry, by the decision of which the work group was formed which was supposed to deal with the preparation of the (original) suggestion of the Law on Changes and Amendments of the Criminal Procedure Code during 2008 would not be absolutely absurd.

UDK: 343.144

Др Слободан Бељански

адвокат из Новог Сада

СПОРАЗУМ О ПРИЗНАЊУ КРИВИЦЕ – ПРЕДНОСТИ И НЕДОСТАЦИ –

Споразум о признању кривице унет у наш кривични поступак Законом о изменама и допунама Законика о кривичном поступку из 2009. године (даље: новела, ЗКП).*

Ради се о установи преузетој из упоредног права, са циљем да доприне лакшем расветљавању сложених случајева и бржем окончању поступака. Да ли ће до тога у пракси и доћи, у значајној мери зависи од природе сваког случаја *sub iudice*, али и од садржаја и начина нормирања. Не треба заборавити да су са сличним мотивима у ЗКП из 2001. године уграђени нови поступци за кажњавање пре главног претреса и за кажњавање и изрицање условне осуде од стране истражног судије (глава XXVI), који су у пракси дали сасвим бледе резултате.

Одредбе које регулишу споразум о признању кривице (нова глава XXа) садрже више недостатака, почев од оних који се тичу стилског, граматичког и логичког нивоа норми, па до оних који се односе на њихов садржај и њихову процесну функционалност и усаглашеност са преосталим делом ЗКП и са Кривичним закоником (КЗ).

Један од разлога, свакако, треба тражити у чињеници да је доношење новеле обележио низ процедуралних ексцеса за које је тешко наћи прихватљиво објашњење.

У првом реду, Министарство правде је у припреми новеле одступило од устаљене праксе да радна група, којој је поверено састављање предлога, до краја суделује у његовој изради. Довршени нацрт предлога из 2008. године, претходно разматран у јавној стручној расправи, накнадно

* „Службени гласник РС“, бр. 76, од 03. 09. 2009. Закон је донет 31. августа 2009. године, а ступио је на снагу 11. септембра 2009. године.

је у 2009. години мењан и дограђиван два пута. Оба пута без учешћа и знања свих чланова радне групе, која иначе није расформирана. Први пут је то учинио посебан тим, који је Министарство правде ангажовало за проверу резултата рада радне групе, укључујући у њега и два члана основне радне групе. Други пут, у знатно већем обиму, то су учинили за сада непознати аутори, без суделовања и знања било кога и из основне радне групе и из редакторског ad hoc тима. Коначни текст предлога, за чланове радне групе, ad hoc тима и најширу јавност, био је доступан тек након објављивања на сајту Народне скупштине, када је у Влади утврђен као законски предлог и када је ушао у скупштинску процедуру. Ни прве, ни друге допунске интервенције нису биле предмет јавне расправе. Међу творцима тих интервенција није било представника адвокатуре.

С друге стране, упадљив је раскорак између врсте и обима нових решења и одлуке да новела ступи на снагу и почне да се примењује у року од осам дана од дана објављивања. Негативне последице овог раскорака поготово долазе до изражаја када се има у виду изостанак јавне дебате и чињенице да је расправа у Народној скупштини уследила у сред лета, за време судских одмора, када су тужиоци и судије додатно били пацификовани предстојећим општим избором, а органи адвокатских комора нису имали редовна заседања. Осим тога, управо се накнадно унетим изменама и допунама одступило од сврхе доношења новеле, која се састојала у задатку да се ЗКП усклади са новим Уставом, Кривичним законом и међународним правним актима, па су у новелу накнадно, непотребно и диспаратно унета и нека од решења којима се бави друга радна група, формирана ради израде потпуно новог ЗКП.

Трећи проблем произлази из нескривене тенденције да се рехабилитују и на заобилазан начин у правни живот уведу поједина решења напуштеног ЗКП из 2006. године, укључујући, пре свега, она којима је циљ био да се проблеми у нашем правосуђу превазиђу репресивним мерама, руинирањем неких процесних начела и снижавањем достигнутог нивоа људских права.

Какав је резултат овог подухвата може се најбоље сагледати анализом главе XXа посвећене споразуму о признању кривице, коју су непознати интервенијенти накнадно унели у новелу, готово дословно је преузимајући из ЗКП из 2006. године.

1. Као услов за предлагање и постизање споразума о признању кривице прописано је да се кривични поступак води „за једно кривично дело или за кривична дела у стицају за која је прописана казна затвора у трајању до 12 година“. Већ први део реченице првог члана (члан 282а)

овог поглавља уноси забуну. Недостаци у композицији и употреба односне заменице у множини („за која“), омогућују тумачење да је услов остварен када се ради о једном кривичном делу – без обзира каква је казна за то дело запређена, а када се ради о више кривичних дела у стицају – ако је за свако од тих кривичних дела запређена казна затвора до 12 година. Пошто то, очигледно, није била идеја законодавца, него се ипак ради о запређеној казни затвора до 12 година као општем услови, било да се ради о једном кривичном делу, било да је реч о сваком од кривичних дела повезаних стицајем, почетак реченице којим се дефинише формални услов за споразум и који би тачније изразио смисао норме требало би да гласи: „Када се кривични поступак води за једно кривично дело за које је запређена казна затвора до 12 година, или за кривична дела у стицају од којих је за свако кривично дело прописана казна затвора до 12 година...“.

2. Овакав приступ, међутим, суочава нас са другом врстом проблема: проблемом сразмерности између тежине повреде закона и права на повластицу. Јасно је, наиме, да ће услов за споразум бити испуњен, када се ради о само једном кривичном делу – ако је за ово дело могуће изрећи казну затвора до 12 година, а када се ради о више кривичних дела у стицају – тада и у ситуацији ако се, сагласно члану 60. став 1. тачка 2. КЗ, може изрећи јединствена казна затвора од 20 година. Другим речима, насупрот начелној поставци о сразмерности деликта и санкције, на једној страни, и деликта и бенефиције, на другој страни, строжи критеријум важиће за лакши случај, а блажи критеријум за теже случајеве. Да је сразмерност један од битних фактора за прихватање споразума види се и из одредбе чл. 282в став 9. којом је прописано да суд може одбити споразум, између осталог, и ако „казна, односно друга кривична санкција утврђена у споразуму о признању кривице очигледно не одговара тежини кривичног дела које је окривљени признао“. Није логично да системско решење, наведено као формални услов у члану 282а став 1, иде против ове „очигледности“, а да се о сразмерности води рачуна само кроз практична и диспозициона овлашћења.

3. Једна од материјалних претпоставки за прихватање споразума од стране суда формулисана је тако што се захтева „да споразумом о признавању кривице нису повређена права оштећеног или да он није противан разлозима правичности“ (члан 282в став 8. тачка 5). На кога се односи заменица „он“? Шта не сме бити противно, или ко не сме бити противан разлозима правичности: споразум или оштећени? Обе именице су мушког рода, па се заменица може односити на било коју од њих.

Будући да се заменица, по правилу, односи на последњу именицу поменуту у тој или претходној реченици, а у овој реченици то је оштећени, дословно тумачење овог прописа водило би закључку да оштећени има право суспензивног вета на основу властите процене да ли су повређени разлози правичности. Овакав закључак, међутим, био би супротан преосталом садржају поглавља, који је несумњиво конципиран тако да оштећеном даје пасивну улогу и да суду намењује оцену да ли су споразумом повређена права оштећеног, а да сам споразум, а никако оштећени, не сме бити „противан“ разлозима правичности.

4. У одредби члана 282б став 1. тачка 4. прописано је да споразум мора садржати и одрицање од права на жалбу против одлуке суда донесене на основу споразума, када је суд у потпуности прихватио споразум. У одредби члана 282д став 3, међутим, прописано је да се пресуда доставља са поуком да против ње жалба није дозвољена! Први пропис релативног је карактера, јер стипулацију одрицања од права на жалбу условљава сагласношћу пресуде са споразумом. Други пропис има апсолутни карактер, јер безусловно искључује право на жалбу, без обзира да ли пресуда јесте или није сагласна споразуму. На тај начин би окривљеном, који је пристао да се права на жалбу одрекне само под условом да пресуда не одступи од споразума, било ускраћено право на правни лек против одлуке суда којом се тај услов изиграва тако што се повређује идентитет споразума и јудиката. Окривљеном би, другим речима, било ускраћено да се заштити од кршења основне претпоставке под којом је на споразум пристао. Додатну необичност, при том, чини то што Законик не прописује искључење правног лека на директан начин, него једну тако важну процесну рестрикцију затвара кроз део норме који говори о поуци о правном леку.

5. У члану 282д став 1. прописано је да јавни тужилац у року од три дана од када је решење о усвајању споразума постало правноснажно саставља оптужницу (ако је већ није поднео) у коју укључује споразум, а председник већа без одлагања доноси пресуду. Није регулисано шта ће уследити ако јавни тужилац не састави одговарајућу оптужницу, или ако председник већа не донесе пресуду у складу са споразумом, било уопште, било у оквиру инструктивних рокова.

6. У одредби члана 282б став 3. прописана је могућност одступања од правила да се споразумом предвиди казна само до законског минимума за кривично дело које се окривљеном ставља на терет. Окривљени и тужилац могу се сагласити да се изрекне и блажа казна у границама прописаним у члану 57. КЗ, под условом, између осталог, и да би доказивање

без таквог признања било немогуће. Остављајући по страни питање мотива окривљеног да у таквој ситуацији призна кривично дело, пада у очи да је оцена да би доказивање без признања било немогуће директно супротна одредби члана 282в став 8. тачка 4. и одредби члана 94. ЗКП. У члану 282в став 8. тачка 4, наиме, прописује се да је један од услова за прихватање споразума то да постоје и други докази који поткрепљују признање. С друге стране, у члану 94. се свим органима који воде поступак намеће обавеза да и даље прикупљају доказе ако признање није поткрепљено другим доказима! Није јасно како може опстати оцена тужилаштва да би доказивање без признања било немогуће, а да се у исто време не искључи примена члана 94, и да се као услов за прихватање споразума захтева управо супротна оцена суда да постоје и други докази који признање поткрепљују!

7. Када нису испуњен један или више услова из члана 282в став 8. за усвајање споразума, у ставу 9. и 10. истог члана прописано је да ће суд донети образложено решење којим се споразум одбија, да ће након правноснажности решења сви списи који су са овим решењем повезани бити уништени и да судија који је донео решење о одбијању споразума не може учествовати у даљем току поступка. Није регулисано, међутим, шта ће бити са споразумом и свим списима који су са њим повезани када суд споразум одбаци зато што је поднесен након што је довршено „прво рочиште за одржавање главног претреса“, или зато што уредно позвани окривљени није дошао на „рочиште“ на коме суд одлучује о споразуму (члан 282в став 4. и став 7). Произлази да у случају одбацивања споразума нема никаквих сметњи да споразум остане саставни део списка и да у суђењу учествује исти судија. Штавише, нема ни одредбе која за такав случај искључује коришћење признања као доказа, јер је ово изричито забрањено само када је суд споразум одбио (члан 282в став 9)!

8. Сва правила о уништавању материјала у оквиру кога се налази и дато признање окривљеног, као и правило о замени судије у случају када је споразум одбијен, садржана у одредбама члана 282в став 9. и 10, пуко су поигравање формом, која ни на који начин не може оповргнути чињеницу да постоји сазнање да је окривљени признао кривицу, да је о томе закључио споразум и да тај споразум, из формалних или материјалних разлога, суд није прихватио. Ово утолико пре што је „рочиште“ на коме суд одлучује о томе да ли ће прихватити споразум, без схватљивих разлога јавно (члан 282в став 6. у вези са ставом 5).

9. Пет гломазних и распричаних чланова не доприноси одређености текста. Напротив!

а) Могућност предлагања споразума дата је окривљеном и браниоцу (члан 282а став 1). Везник „и“ упућује на кумулацију, а не на алтернацију, па се с разлогом може поставити питање да ли је предлог валидан ако га нису заједнички упутили окривљени и бранилац, или ако од стране тужиоца није упућен и окривљеном и браниоцу. Такође, поставља се питање да ли се овде бранилац појављује као процесни псеудосубјект, или и даље задржава само супсидијарна права која му генерално даје одредба члана 76. став. 1. ЗКП?

б) У одредби члана 282б став 3. говори се о границама ублажавања казне прописане у члану 57. КЗ, при чему се не помиње искључење ублажавања (члан 57. став. 2. и 3. КЗ), које би елиминисало и разлог и могућност закључења споразума уколико се ради о истоврсном поврату или о кривичним делима из чл. 134. ст. 2. и 3, чл. 178, чл. 179, чл. 180, чл. 214. ст. 2. и 3, чл. 246. ст. 1. и 3, чл. 350. ст. 3. и 4. и чл. 388. КЗ.

в) У одредби члана 282б став 4. није означено да се могућност да се окривљени споразумом обавезе на испуњење обавеза из члана 236. став 1. ЗКП односи само на кривична дела са прописаном тежом казном од оне казне која је, у складу са чланом 236. ЗКП, по врсти и мери предвиђена за одлагање кривичног гоњења и одбацивање кривичне пријаве. То је, свакако, било потребно учинити, имајући у виду право на склапање споразума и пре подношења оптужнице, па и пре покретања кривичног поступка уколико постоје услови за непосредно оптужење (чл. 244. ЗКП).

г) У члану 282а и 282в уводе се нови појмови, као што су „прво рочиште за одржавање главног претреса“ или „рочиште“, који се наводе десетак пута. Оваквих појмова нема у поглављу о главном претресу, па ни у неким другим процесним ситуацијама када суд позива странке, као што су, на пример, саслушања у вези са одређивањем притвора (члан 142а ЗКП). То не значи да је појам „рочиште“ неприхватљив, него само да је у ЗКП унет без вођења рачуна о његовом садашњем појмовном апарату и без нужног уједначавања кључних израза. Слично је и са увођењем речи „усвајање“ споразума и „усвајање жалбе“ (члан 282в став 1. и 8, члан 282г став 2. и 4, члан 282д став 1), иако се у сличним ситуацијама, када је реч о одлукама другостепеног суда, користи реч „уважавање“ жалбе (члан 389. став 1, члан 391. став 1). Појмовни несклад постоји чак и унутар саме главе ХХа, јер се у њеном наслову и већем делу њеног садржаја споразум назива „споразумом о признању кривице“, док се једино у одредби члана 282б став 8. тачка 5. назив мења утолико што се уместо речи „признање“ користи реч „признавање“.

д) У укупно 5 чланова овог поглавља предлог „односно“, чије значење је, у зависности од контекста, често недовољно јасно (може да значи:

„управо“, „то јест“, „и“, „или“) и који би при нормирању требало избежавати, употребљен је равно 12 пута. Узрок су, поред осталог, тешкоће са стилем, синтаксом и правописом.

Ових неколико запажања, која нису свеобухватна ни у односу на све оно што садржи глава XXа, а поготово у односу на све одредбе које су накнадно и непотребно унете у новелу, говори да мане нове процесне уставне знатно превазилазе њене предности. Предности које су програмског карактера, заправо су потпуно угушене формалним слабостима у уобличавању норми: нејасним местима, недореченостима или противречностима. Пука жеља за осавремењавањем нашег кривичног поступка, очигледно, не иде у корак са брзоплетошћу, неукошћу, импровизацијама и изразитим одсуством дара за нормирање. Као да из неуспеле и скупе авантуре са ЗКП из 2006. године нису извучене никакве поуке! Од оваквих и сличних подухвата више је штете него користи, јер отклањање грешака само одомаћује праксу доношења краткотрајних закона, подложних честим и олаким променама, чак и када се ради о процесној материји која се директно одражава на ниво људских слобода и права, као што је то случај са ЗКП.

Slobodan Beljanski, PhD.
attorney at law, Novi Sad

Agreement on Confessing Guilt

Summary

The last changes and supplements of the Serbian Law of Criminal Procedure (september 2009) introduced the institute of an agreement on confessing guilt. The author points to advantages of this institute as well as to disadvantages in standardizing it. Then he concludes that the numerous contradictory and partly said or unclear regulations are results of unreliable application of the law, passing the law without the usual procedure and unsatisfactory and not properly qualified writers.

Keywords: criminal procedure, Law of Criminal Procedure, agreement on confessing guilt, advantages, disadvantages.

UDK: 340.134:343.13(497.11)

Др Милан Шкулић

редовни професор Правног факултета
Универзитета у Београду

ОСВРТ НА НЕКЕ НОВИНЕ У ЗАКОНИКУ О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ СРБИЈЕ

Сажетак

У раду се излажу неке од промена у Законику о кривичном поступку Србије, при чему се аутор посебно фокусира на условљени опортунитет кривичног гоњења, као део ширења тзв. диверзионих процесних механизма и споразум о признању кривице, али анализира и неке друге процесне институте и механизме, настале или модификоване последњим, прилично великим, променама основног извора кривичног процесног права Србије. У раду се износи став да су разлози за жалбу против пресуде другостепеног суда сувише радикално сужени, исто као што је и прилично радикално смањен број ванредних правих лекова.

У раду се запажа да се у Србији понекад чују и сасвим неаргументоване тврдње да су многе промене у позитивном ЗКП-у, произишле из коришћења решења садржаних у Законику о кривичном поступку из 2006. године. То углавном није тачно. Само релативно ограничен број решења из тог Законика је коришћен, попут оних веома позитивних, као што је могућност проширења одређених ограничења личне слободе, као ефикасне замене за притвор, као свакако најрепресивнију меру процесне принуде, могућност комбинавања јемства са таквим мерама итд. Посебно, не треба заборавити да су, према одредбама тог Законика, постојала *три ванредна љавна лека*, а да је у ствари и *четврћи* некада постојећи ванредни правни лек – захтев за испитивање законитости правноснажне пресуде био у највећем делу садржан у оквиру захтева за заштиту законитости, те да је тај од стране Адвокатске коморе много нападан Законик, што је углавном чињено паушално и без јаким аргумената, омогућавао улагање жалбе против пресуде другостепеног суда у чак *четири случаја*. Таква је жалба била могућа, како из свих оних разлога који су и иначе (пре последњих промена), били основ за жалбу у трећем степену, тако и увек када је другостепени суд, након два укидања првостепене пресуде, сам својом пресудом одлучио о предмету кривичног поступка.

1. Уводна разматрања

Последњим изменама Законика о кривичном поступку извршена су одговарајућа усклађивања овог Законика са Уставом, Кривичним закоником,¹ те неким међународним правним актима, а поред тога, унете су и одређене модификације за које се очекује да допринесу ефикаснијем и економичнијем кривичном поступку. Ради се о прилично великим променама, јер Закон о изменама и допунама ЗКП-а („Службени гласник РС бр. 72/09), из септембра 2009. године, садржи 150 чланова, што значи да се ни у ком случају, не ради о „малом“, односно „кратком“ закону.

2. Забрана напуштања стана и места боравишта

Када постоје околности које у најширем смислу представљају *опашност од бекства*, односно *недосиђујности окривљеног*, а то су оне околности које указују да би окривљени могао побећи, сакрити се, отићи у непознато место или у иностранство, суд му може образложеним решењем забранити да без одобрења напусти свој стан или место боравишта, а уз ту меру окривљеном може бити забрањено посећивање одређених места или састајање са одређеним лицима или прилажење одређеним лицима, или наложено да се повремено јавља одређеном државном органу, или привремено одузета путна исправа или возачка дозвола. Ове мере више се не одређују искључиво као допунске, односно адхезионе мере уз забрану напуштања стана или места боравишта, већ постоји могућност и њиховог самосталног одређивања у три, алтернативно прописана случаја: а) у циљу заштите оштећеног или сведока, или б) у циљу спречавања окривљеног да утиче на саучеснике или прикриваче, или в) ако постоји опасност да ће окривљени довршити започето кривично дело, поновити кривично дело, односно учинити кривично дело којим прети (члан 136. став 11).

Наведеним мерама не може се ограничити право окривљеног да живи у свом стану, да се несметено виђа са члановима породице, блиским сродницима и својим браниоцем. У односу на *блиске сроднике и чланове породице*, сада је могуће наметнути одговарајуће ограничење (што представља законску новину), ако они спадају у круг лица с којима је окри-

¹ Усклађивање са КЗ-ом ипак није спроведено у потпуности. На пример, према правилима кривичног законодавства (члан 51 КЗ), **више не постоји могућност принудне наплате новчане казне**, али се то још увек омашком помиње у ЗКП-у (члан 356. став 2). Више о овоме: З. Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, „Службени гласник“, Београд, 2006, стр. 193–194.

вљеном забрањено да се састаје, или да им прилази, односно ако забра-на посећивања одређених места, по логици ствари, подразумева и кон-такт са блиским сродницима. Законик више не предвиђа да се окривљеном не сме забранити обављање професионалне делатности, те суду сада остаје на располагању и ова могућност. У члану 136 став 1, уве-дена је могућност одређивања „*кућној пришвора*“, као *посебној облика ли-шења/ограничења личне слободе*, што није израз било каквих репресивних тенденција, већ се тиме стварају услови за веће супституисање класичног притвора, који је за окривљеног увек неугоднији, а за државу скупљи. Ако постоје околности које указују да би окривљени могао побећи, сакрити се, отићи у непознато место или у иностранство, суд му може образло-женим решењем забранити да без одобрења напусти свој стан или место боравишта.

У члану 136. став 10, прописана је могућност *електронској надзора* поштовања ограничења која су одређена окривљеном, попут забране по-сећивања одређених места, забране комуницирања са одређеним лицима итд. Суд може наложити да се према окривљеном, коме је одређена јед-на или више мера из оквира мера забрана напуштања стана и места бора-вишта, примени електронски надзор ради контролисања поштовања ограничења која су окривљеном одређена, под условом да то неће шкоди-ти здрављу окривљеног. Уређај за лоцирање окривљеног (одашиљач), на зглоб руке или ноге окривљеног, односно на други начин, причвршћује стручно лице, које при том окривљеном даје детаљна упутства о начину рада уређаја. Стручно лице рукује и уређајем којим се даљински прати кретање окривљеног и његов положај у простору (пријемник). Електрон-ски надзор обавља орган унутрашњих послова, Безбедносно-информатив-на агенција или други државни орган. Електронски надзор могуће је одредити и као самосталну меру у три, алтернативно прописана случаја: а) у циљу заштите оштећеног или сведока, или б) у циљу спречавања окри-вљеног да утиче на саучеснике или прикриваче, или в) ако постоји опа-сност да ће окривљени довршити започето кривично дело, поновити кривично дело, односно учинити кривично дело којим прети (члан 136. став 11). Поред суда у инокосном саставу (истражног судије, односно председника већа) оставља се могућност да и веће донесе решење о одре-ђивању, продужењу или укидању наведених мера (члан 136. став 6. и 7).

Посебно је значајна *могућности комбиновања забране најушћивања ста-на или места боравишта са јемством* и са том мером повезаним ограни-чењима, јер се према члану 137. став 2, прописује да се јемство може одредити и као мера за обезбеђивање поштовања ограничења из члана 136. ст. 2. и 10. Законика. Ово у пракси може бити посебно значајно ка-

да је у питању забрана напуштања стана, мада није сасвим јасно да ли би се јемство могло давати и у односу на ту обавезу, с обзиром да је она регулисана у члану 136. став 1, а у претходно цитираној одредби ЗКП-а (члан 137. став 2), упућује се на могућност одређивања јемства и као мере за обезбеђивање поштовања ограничења регулисаних одредбама члана 136. ст. 2. и 10. Законика. Чини се да би у овом погледу могла бити примењена аналогија, а поред тога треба имати у виду да се у одредби члана 136. став 10. и иначе утврђује могућност електронског надзора у односу на забрану из члана 136. став 1. (забрана напуштања стана без одобрења). Стога би требало сматрати да се јемство може одредити не само у циљу поштовања обавезе окривљеног да не посећује одређена места, односно да се не састаје са одређеним лицима или да им не прилази, већ и када је у питању забрана окривљеном да без одобрења напусти свој стан.

3. Нове могућности за поступање према условљеном опортунитетској кривичној гоњења и условно одустајање јавног тужилаца од кривичној гоњења

Могућности поступања према условљеном опортунитету кривичног гоњења су значајно проширене, што представља израз модерних тенденција стварања тзв. алтернативних могућности за решавање кривичног предмета, а што се у иностраној литератури често означава као тзв. као диверзиони модел,² што означава одговарајуће „скретање“ у односу на класичан начин решавања кривичног предмета. Обавезе које се могу одредити осумњиченом, чијим испуњавањем у току одлагања кривичног гоњења, он „заслужује“ да не буде кривично гоњен, су у члану 236. став 1. тач. 7. и 8, допуњене са *две нове могућности*: 1) извршење обавезе устављене правноснажном одлуком суда, односно поштовање ограничења утврђеног правноснажном судском одлуком, те 2) полагање возачког испита, обављање додатне возачке обуке или завршавање одговарајућег курса. Тиме је значајно проширен дијапазон обавеза које се алтернативно или кумулативно, могу одредити осумњиченом у току одлагања кривичног гоњења и чијом се реализацијом испуњава услов за поступање према начелу опортунитета кривичног гоњења.³

Када се ради о кривичним делима за која је прописана новчана ка-

² S. Seiler, Strafprozessrecht, „Facultas.wuv“, Wien, 2009, стр. 184–185.

³ Више о начелу опортунитета кривичног гоњења: C. Roxin und B. Schünemann, Strafverfahrensrecht, 26. Auflage, „Verlag C. H. Beck“, München, 2009, стр. 70–71.

зна или казна затвора *до шри іодине*, јавни тужилац може сам, тј. аутомно и без одобрења суда, одложити кривично гоњење, а ако су у питању кривична дела за која је прописана казна затвора *іреко шри іодине, а до іейі іодина*, тада је за одлагања кривичног гоњења, као додатни неопходан услов, потребно још и одобрење ванрасправног већа (члан 236. став 2).

Као и раније, за обавезе из члана 236. став 1. тач. 2. и 3, као *conditio sine qua non* за њихово одређивање, потребна је *саіласності оштіећеноі*, али тај услов више није одређен као апсолутан, јер је одредбом члана 236. став 5, прописана могућност да се одговарајућим ставом суда, онда када је то оправдано, *суістійіуише саіласності оштіећеноі*, онда када се ради о оштећеном, коме је причињена штета већ у потпуности надокнађена, а који на одлагање кривичног гоњења не пристаје из одређених нерационалних разлога.

Јавни тужилац ће затражити да ванрасправно веће својим решењем одобри извршење обавеза за које је иначе потребна сагласност оштећеног, ако постоје следећи *кумулашівни услови*: 1) оштећеном је већ у потпуности надокнађена причињена штета, 2) оштећени не пристаје да осумњичени изврши обавезе из члана 236. става 1. тач. 2. и 3. (плаћање одређеног новчаног износа у корист хуманитарне организације, фонда или јавне установе, односно обављање друштвенкорисног или хуманитарног рада), 3) јавни тужилац је оценио да оштећени не пристаје на одлагање кривичног гоњења из очигледно неоправданог разлога, те 4) јавни тужилац је нашао да је извршење таквих обавеза целисходно. Ако веће из члана 24. став 6. овог законика одобри извршење обавеза из члана 236. став 1. тач. 2. и 3, а осумњичени их у потпуности изврши, одредбе члана 61. Законика се не примењују, што значи да оштећени у таквом случају не може стећи својство оштећеног као супсидијарног тужиоца.

Потпуно је нова законска могућност за *условљено одустјајање од већ зайочейіі кривичноі іоњења*,⁴ што је могуће до самог завршетка главног претреса, према процесном механизму располагања јавног тужиоца својом оптужбом, за шта је неопходна сагласност суда. При томе функционална надлежност суда, који се саглашава за таквим одустанком јавног тужиоца, зависи од тежине кривичног дела које је предмет кривичног поступка. Према члану 236. став 6, јавни тужилац може до завршетка главног претреса одустати од кривичног гоњења уколико осумњичени испуни једну или више мера, тј. обавеза које се и иначе могу одредити када се од-

⁴ Више о овоме: М. Шкулић, *Кривично іроцесно іраво*, Правни факултет у Београду., Београд, 2009, стр. 47–48.

лаже кривично гоњење (члан 236. став 1). Ово је могуће ако су кумулативно испуњени следећи услови: 1) предмет кривичног поступка је кривично дело за које је предвиђена новчана казна или казна затвора до три године, те 2) суд пред којим се води главни претрес је дао сагласност за такво поступање јавног тужиоца. Када се ради о мерама, односно обавезама из члана 236. става 1. тач. 2. и 3, потребна је и сагласност оштећеног, уз могућност да се применом правила из члана 236. став 5. одобрењем суда супституише несагласност оштећеног.

Условно обустављање кривичног поступка је могуће и за кривична дела за која је прописана казна затвора до пет година. Јавни тужилац може на исти начин поступити и када се поступак води за кривично дело за које је предвиђена казна затвора и преко три године, тј. до пет година, али је у таквом случају потребно одобрење ванрасправног већа. Када се донесе пресуда којом се оптужба одбија због условљеног одустанка јавног тужиоца од кривичног гоњења, одредбе члана 62. овог законика се не примењују, што значи да у таквом случају оштећени не може стећи својство оштећеног као тужиоца (супсидијарни тужилац). Новина је и то да се јавни тужилац стриктно обавезује да, када је предмет кривичне пријаве кривично дело одређене тежине, увек и по службеној дужности испита да ли постоје услови за поступање према начелу условљеног опортунитета кривичног гоњења. Када је *кривична пријава* поднесена за кривично дело за које је као главна казна предвиђена новчана казна или казна затвора *до три године*, јавни тужилац је дужан да пре предузимања било које радње у правцу реализације кривичног гоњења, тј. пре доношења оптужног предлога, односно пре него што поднесе предлог за спровођење истражне радње пре оптужног предлога, испита да ли постоји могућност за одлагање кривичног гоњења. У ту сврху јавни тужилац може обавити разговор са осумњиченим и оштећеним, као и са другим лицима, односно прикупити друге потребне податке, што обавезно документује на одговарајући начин, тако што о томе саставља службену белешку (члан 236. став 9).⁵

4. Споразум о признању кривице (Глава XXа – чл. 282а–282г)

Споразум о признању кривице представља један изразито нови институт у нашем кривичном поступку, који је иначе, карактеристичан за

⁵ Више о овоме: М. Шкулић, *Основне новине у кривичном процесном праву Србије – измене и дојуне Законика о кривичном процесу и одредбе Закона о међународној правној помоћи у кривичним стварима*, Правни факултет у Београду, Београд, 2009, стр. 44–45.

англосаксонске кривичне поступке, односно тзв. адверзијалне (страначке) типове кривичне процедуре, али је данас веома широко прихваћен и у бројним континентално-европским кривичнопроцесним законодавствима, па се чак понекад у теорији говори и о својеврсној зарази оваквим решењем (*plea bating infection*). Овај институт је типичан за САД, мада ни све државе у саставу САД дуго нису познавале *plea barging*. Такође, ни у Великој Британији, која се с разлогом сматра колевком англосаксонске кривичноправне традиције и правног система уопште, кривичнопроцесни систем не познаје споразум о признању кривице, односно страначку нагодбу овог типа, већ постоји једино могућност да суд узме у обзир признање окривљеног, али се то, с једне стране, не чини у договору окривљеног са тужиоцем, нити је, с друге стране, то обавезно. У формалном смислу споразум о признању кривице представља посебан облик „консенсуалног“ решавања предмета кривичног поступка, што се чини на основу одговарајуће сагласности воља странака, о којој коначну реч даје кривични суд. Споразум о признању кривице истовремено представља и посебан вид сумарног, потенцијално веома брзог и ефикасног окончања кривичног поступка. Ако дође до закључења таквог споразума и уколико он потом буде верификован од стране суда, из њега по одређеном процесном аутоматизму произлази правноснажна осуђујућа пресуда.

Увођење одређених модела споразума о признању кривице у кривичнопроцесне системе мешовитог типа представља релативну новост, али то више није никаква реткост, већ супротно, представља одређену тенденцију. То је типичан пример складне конвергенције два велика светска кривичнопроцесна система, а модалитет за који смо се определили у нашем законодавству представља једну релативно умерену варијанту, коју сматрамо прихватљивом у нашим условима и која је једна врста комбинације веома екстензивних решења из типичних адверзионих поступака и знатно рестриктивнијег решења које је, на пример, деценијама постојало у немачкој пракси и које је Немачка, тек од августа 2009. године, и формално унела у своје законодавство (*Deal – Verständigung, Absprache*).⁶ Овај институт у нашем кривичном поступку реално може довести до бржег окончања многих кривичних поступака и смањења трошкова, а да се при том, ипак не угрозе интереси законитости и правичности. То представља и основни *ratio legis* овог института у нашем

⁶ Више о томе: Н. Putzke und J. Scheinfeld, *Strafprozeßrecht*, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2009, стр. 20–21.

⁷ Више о томе: В. Бајовић, Споразум о признању кривице, магистарска теза, Београд, 2009.

Законику о кривичном поступку.⁷

Иако се у нашој теорији и компаративним истраживањима често запажа да у више држава САД – чак између 90% и 95% кривичних предмета бива окончано закључењем споразума о признању кривице, не треба очекивати да тако високи проценти буду присутни и у нашој пракси, а то не би ни требало да буде случај. Треба имати у виду да горњи проценти у суштини нису сасвим тачни. Иако се заиста тако висок проценат случајева не решава пред поротом и у виду правог поротног суђења, није увек у питању признање у оквиру plea bargaining-а, тј. не ради се у тако високом проценту о „испреговараном“ признању. С једне стране, тако високи проценти у САД, који у ствари класично суђење пред поротом претварају у својеврсни изузетак – иако у тој држави сваки грађанин има неспорно уставно право на суђење пред независном и непристрасном поротом – су последица већ постојеће традиције у САД, али и неких особености укупног правног система и судске праксе. Ради се, пре свега, о чињеници да је казнена политика у тој земљи вишеструко тежа него што је то код нас случај – између осталог и то је разлог што већина окривљених тежи да се поступак оконча споразумом о признању кривице и спремни су на преговарање у старту, с обзиром на правила тзв. смерница о изрицању казни у САД (*Sentencing guidelines*), окривљени, а уз сугестије својих бранилаца, пристају и на прилично озбиљне казне. С друге стране, то је разлог што окривљени релативно често, суочени са доказима којих их терете, сами признају кривично дело и без икаквих посебних гаранција тужиоца, тј. без икаквог преговарања и споразума са тужиоцем, те се потом, само надају да ће таквим признањем „заслужити“ блажу казну, него што би иначе добили. То значи да је приближно половина признања дата без споразума са тужиоцем, док је она друга половина „испреговарана“ са тужиоцем.

Треба имати у виду да суд у већини држава САД стриктно не обавезује договор тужиоца и окривљеног, као и браниоца окривљеног, у оквиру споразума о признању кривице, тј. У случајевима када је реч о „испреговараној“ кривици, али суд увек прихвата признање, али казну која се предлаже, прихвата само у одређеном „оријентационом смислу“, што значи да она може бити и другачија него што је предложена, те би могла бити и мања (што је у пракси екстремно ретко), или већа, што се у пракси чешће дешава и представља неку врсту правила. Необавезујући карактер „предлога“ странака у односу на казну, онда када постоји споразум о признању кривице, у већини држава САД, је последица тамошње правне традиције и односа према казни, те улози суда у кажњавању. Формално гледано, казна се по правилу „механички“ одмерава према строгим обавезујућим упутствима, те се, такође, на одговарајући начин она

и умањује када постоји признање.

Овако нешто у Србији не би било могуће. С једне стране, не би било ни правично да се прихвати признање, а да се онда суду препусти да може изрећи и другачију казну од оне која је у споразуму о признању од стране странака „консенсуално“ одређена. С друге стране, суд не би ни могао изрећи казну, онда када није изводио доказе од којих зависи врста кривичне санкције, односно врста и мера казне коју ће изрећи за одређено кривично дело конкретном оптуженом, а како у случајевима када прихвата споразум о признању кривице суд нема прилику да изводи такве доказе, он ни из тих суштинских разлога не може имати право да изриче другачију казну од казне о којој су се странке споразумеле. Поред тога, код нас, како због лимита из члана 282. став 1. (кривична дела до дванаест година затвора), тако и због не претерано оштре, или понекад релативно благе казнене политике (мада начелно, увек треба бити веома опрезан у оцени благи/строги казнене политике, тј. политике криминалног санкционисања), не треба очекивати неке вртоглаво високе стопе решавања кривичних предмета на темељу споразума о признању кривице. То и не треба да буде циљ, бар не у почетку примене овог новог института, а дозвољно је да се његовом применом, у једној пристојној мери, растерети кривично правосуђе, а да то истовремено не буде штетно по интересе одбране у кривичном поступку, као ни по интересе оштећеног.

4.1. Материјални и формални услов за преговарање о закључењу споразума о признању кривице

Материјални услов за преговарање о закључењу споразума о признању кривице се своди на кривично дело које је предмет поступка, што значи да се мора радити о кривичном делу одређене тежине. Страначко преговарање о потенцијалном закључењу споразума о признању кривице је могуће ако се кривични поступак води за једно кривично дело или за кривична дела у стицају, за која је прописана *казна затвора до 12 година*. Иако није стриктно наглашено, у одредбама Законика нема сметњи да предмет споразума о признању кривице буду и кривична дела за која је прописана новчана казна као главна казна.

Формални услов за преговарање о закључењу споразума о признању је постојање одговарајуће *иницијативе субјекта који врши једну од страначких функција*. То значи да јавни тужилац може предложити окривљеном и његовом браниоцу закључење споразума о признању кривице, односно окривљени и његов бранилац могу јавном тужиоцу предложити закључење таквог споразума. Када се упуту такав предлог странке и бранилац могу преговарати о условима признања кривице за кривично де-

ло, односно кривична дела која се окривљеном стављају на терет.

4.2. Закључење споразума о признању кривице и његово подношење суду

Споразум о признању кривице је формалног карактера, што значи да он мора бити у *писаном облику*. Закључени споразум се подноси одговарајућем функционалном облику суда, у року који је фактичког карактера. Споразум се мора поднети најкасније до завршетка првог рочишта за одржавање главног претреса. Споразум о признању кривице се, ако оптужница још није поднесена, подноси председнику ванрасправног већа, а након подношења оптужнице он се подноси председнику претресног већа или судији појединцу, када се ради о кривичном делу које спада у његову надлежност. Окривљени и његов бранилац се у приговору против оптужнице могу позвати на закључени споразум о признању кривице.

Суштински и обавезни елемент споразума о признању кривице јесте *признање окривљеног*. То значи да окривљени у потпуности признаје кривично дело за које се терети, односно признаје једно или више од кривичних дела учињених у стицају, која су предмет оптужбе (запрећена казном затвора до 12 година), а споразум, поред тога, садржи и друге обавезне елементе, те може садржавати и одређене факултативне елементе. Окривљени и јавни тужилац се саглашавају о следећим *обавезним елементима споразума о признању кривице*: А) елементи који су *исолутивно обавезни*, а који обухватају споразумевање о: 1) о врсти и висини казне, односно о другим кривичним санкцијама које ће окривљеном бити изречене; 2) о трошковима кривичног поступка; 3) о одрицању странака и браниоца од права на жалбу против одлуке суда донесене на основу споразума о признању кривице, када је суд у потпуности прихватио споразум. Б) елементи који су *релативно обавезни*, где спадају: 1) споразумевање о одустајању јавног тужиоца од кривичног гоњења за кривична дела која нису обухваћена споразумом о признању кривице, што ће бити обавезни елемент споразума једино када се ради о случају кривичних дела у стицају, где јавни тужилац одустаје у односу на неко или нека од тих кривичних дела, што значи да се у таквој ситуацији ради о посебном случају опортунитета кривичног гоњења; 2) споразумевање о имовинско-правном захтеву, што ће обавезно бити елемент споразума само онда када је такав захтев и постављен од лица које је титулар права на подношење имовинско-правног захтева.

Окривљени и јавни тужилац се могу сагласити и о одређеним *факултативним елементима споразума о признању кривице*. То су следећи елементи: 1) обавезивање окривљеног да испуни једну или више од обавеза

које се могу одредити као услов за поступање јавног тужиоца према начелу условљеног опортунитета кривичног гоњења (отклањање штетне последице настале извршењем кривичног дела, плаћање новчаног износа у корист хуманитарне организације, фонда или јавне установе, обављање друштвенокорисног или хуманитарног рада, итд.), под условом да је, с обзиром на природу обавеза, могуће да их окривљени испуни до подношења споразума о признању кривице суду, односно да, до подношења споразума о признању кривице суду, започне са испуњавањем обавеза; те 2) прихватање од стране окривљеног обавезе да у одређеном року врати имовинску корист стечену извршењем кривичног дела, односно да врати предмет кривичног дела.

4.3. Висина казне утврђене у споразуму

Јавни тужилац и окривљени се могу споразумети о изрицању било које кривичне санкције, а ако се ради о казни, онда се они, пре свега, споразумевају о врсти казне, а затим о њеној мери. Када је у питању мера казне, примарно је могућа она мера која је у оквиру конкретног законског распона кажњавања, тј. посебног законског минимума и максимума, а супсидијарно изузетно долази у обзир и мера казне која је испод посебног законског минимума. У споразуму о признању кривице јавни тужилац и окривљени се могу сагласити о изрицању окривљеном казне, која по правилу не може бити испод законског минимума за кривично дело које се окривљеном ставља на терет. Само изузетно, јавни тужилац и окривљени се могу сагласити да се окривљеном изрекне блажа казна у границама прописаним правилима Кривичног законика, ако се ради о следећим алтернативно прописаним ситуацијама: 1) када је то очигледно оправдано значајем признања окривљеног у односу на: а) разјашњење кривичног дела за које се терети, чије би доказивање без таквог признања било немогуће или знатно отежано, односно б) за спречавање, откривање или доказивање других кривичних дела, или 2) када у конкретном случају постоје нарочито олакшавајуће околности.

4.4. Одлучивање суда о закљученом споразуму о признању кривице

О споразуму о признању кривице који су странке закључиле, одлучује одговарајући облик судске функционалне надлежности: а) *председник ванрасправној већи* – када је споразум о признању кривице поднесен пре подношења оптужнице или б) *председник претпресној већи*, односно *судија појединачно* – када је споразум о признању кривице поднесен након подношења оптужнице, односно ако се у приговору против оптужнице

окривљени или његов бранилац позивају на такав споразум. Одлучујући о споразуму суд га својим решењем може: 1) *одбацити* – ако је споразум поднесен након што је завршено прво рочиште за одржавање главног претреса, или ако на рочиште није дошао уредно позвани окривљени, при чему против решења о одбацивању споразума о признању кривице жалба није дозвољена; 2) *усвојити* или 3) *одбити*.

Суд о споразуму о признању кривице одлучује на рочишту, коме присуствују јавни тужилац, окривљени и бранилац, а о рочишту се обавештавају оштећени и његов пуномоћник. У овој процесној ситуацији и процесном стадијуму постоји *посебан случај обавезне стручне одбране*, тако да ако окривљени сам не узме браниоца, поставиће му га суд по службеној дужности, најкасније осам дана пре почетка рочишта за одлучивање о споразуму о признању кривице, а тако постављени бранилац ће своју дужност вршити до два алтернативно прописана процесна момента, зависно од одлуке суда о споразуму: 1) док решење о одбијању споразума не постаје правноснажно, или 2) до доношења осуђујуће пресуде на основу споразума о признању кривице. Ово рочиште се одржава јавно, а јавност се са целог тока рочишта или његовог дела, решењем суда може искључити само ако постоји неки од општих законских разлога за искључење јавности са главног претреса, када се сходно примењују и релевантне законске одредбе које се односе на искључење јавности. Рочиште за одлучивање о споразуму о признању кривице се може одржати и без присуства уредно позваног јавног тужиоца, о чему суд обавештава непосредно вишег јавног тужиоца. Одлуке о усвајању или одбијању споразума о признању кривице су мериторног карактера, јер се њима суштински одлучује о споразуму.

Суд ће образложеним решењем *усвојити споразум* о признању кривице и донети одлуку која одговара садржини споразума, ако утврди да су *кумулативно испуњени следећи услови*: 1) Услови који се односе на *свест и вољу окривљеног и квалитет његовог признања* – потребно је да окривљени свесно и добровољно признаје кривично дело, односно кривична дела која су предмет оптужбе, те да је искључена могућност признања окривљеног у заблуди. 2) Услов који се односи на *кривичну санкцију и меру казне* – потребно је да споразум обухвата сагласност странака у односу на кривичну санкцију, односно казну која мора бити у законским оквирима. 3) Услов који се односи на *свест окривљеног о консеквенцама* закљученог споразума – окривљени мора бити потпуно свестан свих последица закљученог споразума, што значи да он мора разумети да је признао кривично дело које је предмет оптужбе. Посебно је неопходно да је окривљени у потпуности разумео да се споразумом одриче два важна права: а) права на суђење и 2) права на улагање жалбе

против одлуке суда донесене на основу споразума. 4) Услов *годишної доказної пошкрейлења признања окривљеної* – неопходно је да постоје и други докази који поткрепљују признање кривице окривљеног. 5) Услов *поштовања права ошћењеної и начела правичности* – потребно је да споразумом о признавању кривице нису повређена права оштећеног, као и да споразум није противан разлозима правичности.

Споразум о признању кривице се одбија образложеним решењем суда у две алтернативно прописане ситуације: 1) када нису испуњени један или више од претходно набројаних услова, чије је испуњење потребно за усвајање споразума, или 2) када казна, односно друга кривична санкција, утврђена у споразуму о признању кривице, очигледно не одговара тежини кривичног дела које је окривљени признао У случају када је донето решење о одбијању споразума о признању кривице, признање окривљеног дато у оквирима тог споразума губи сваки доказни значај, тако да не може бити доказ у кривичном поступку. Када решење о одбијању споразума о признању кривице постане правноснажно, споразум и сви списи који су с њим повезани, уништавају се пред судом, о чему се саставља службена белешка, а судија који је такво решење донео не може учествовати у даљем току тог кривичног поступка.

4.5. Жалба против решења суда о споразуму о признању кривице и пресуда која проистиче из споразума о признању кривице

Решење суда о споразуму о признању кривице се доставља следећим лицима: 1) субјектима који врше страначке функције тј. странкама – јавном тужиоцу и окривљеном, 2) субјекту који је функцији стручне одбране – браниоцу окривљеног, те 3) субјектима који су у функцији потенцијалне супсидијарне оптужбе – оштећеном и његовом пуномоћнику. Против решења се, у року од осам дана од дана његовог достављања, може уложити жалба, а зависно од врсте решења, разликују се титулари права на жалбу.

Против решења суда о одбијању споразума о признању кривице, жалбу могу изјавити јавни тужилац, окривљени, као и бранилац окривљеног. Ово је интересантна процесна ситуација када странке, које иначе у скоро свим другим процесним ситуацијама имају супротне интересе, па и када улажу правна средства, по правилу имају супротне захтеве, не само да имају право на исто правно средство, већ би такво правно средство тј. жалбу, ако би је уложиле, усмериле у истом правцу. То произлази из консенсуалне природе споразума о признању кривице. Против решења суда о усвајању споразума о признању кривице, жалбу могу изјавити оштеће-

ни и његов пуномоћник. Наравно, ово важи само ако оштећени у датом случају заиста и постоји, а ако се ради о случају кривичног дела за које је карактеристично да нема оштећеног, као и у случајевима када се ради о тзв. кривичним делима без жртве (на пример, примање и давање мита), пошто нема оштећеног у процесном смислу, тада не може бити ни жалбе против решења о усвајању споразума о признању кривице. О жалби против решења суда о споразуму о признању кривице, било да је он усвојен или одбијен, одлучује ванрасправно веће, у чијем саставу не може бити судија који је донео решење које се побија жалбом, а то веће може донети следеће одлуке: 1) решење о одбацивању жалбе ако је поднесена по протеклу рока у којем се могла уложити; 2) решење о усвајању жалбе или 3) решење којим са жалба одбија као неоснована. Против ових решења ванрасправног већа жалба није дозвољена.

Када решење о усвајању споразума о признању кривице постане правноснажно, оно мора на одговарајући начин бити инкорпорисано у оптужницу, да би се тиме формално, у складу са начелом акузаторности, омогућило доношење пресуде која би проистекла из таквог споразума. Могуће су две процесне варијанте: 1) ако је оптужница већ поднесена, правноснажно решење о усвајању споразума о признању кривице ће се сматрати њеним саставним делом, те 2) ако оптужница претходно још није била поднесена, јавни тужилац ће у року од три дана саставити оптужницу у коју укључује споразум о признању кривице. Председник већа на основу оптужнице у коју је инкорпорисан споразум о признању кривице, односно решење о његовом усвајању, без одлагања доноси пресуду којом окривљеног оглашава кривим и изриче му казну, односно другу кривичну санкцију, те одлучује о осталим питањима предвиђеним у споразуму о признању кривице. Поред садржаја из споразума о признању кривице, ова пресуда садржи и све остале елементе који су и иначе, према општим прописима садржани у осуђујућој пресуди.

Осуђујућа пресуда донесена на основу споразума о признању кривице се, са поуком да против ње жалба није дозвољена, доставља лицима којима се у складу са општим прописима и иначе достављају пресуде. Таква пресуда је већ моментом доношења правноснажна, а извршна постаје према општим правилима. Против ове пресуде би се у складу са општим прописима, тј. ако за то постоји одговарајући законски разлог, једино могао поднети ванредни правни лек. Ако је споразумом о признању кривице предвиђено одустајање јавног тужиоца од кривичног гоњења за кривична дела која нису обухваћена споразумом о признању кривице, суд у односу на та кривична дела, доноси одбијајућу пресуду, што представља посебан вид поступања према начелу опортунитета кри-

вичног гоњења, а оштећени у таквом случају нема право на супсидијарно кривично гоњење, тј. он не може постати оштећени као тужилац.

4.6. Ratio legis немогућности подношења жалбе против пресуде донесене на основу споразума о признању кривице

Према одредби члана 36. став 2. Устава Србије, свако има право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се одлучује о његовом праву, обавези или на закону заснованом интересу. Према одредбама члана 2. став 3. Међународног пакта о грађанским и политичким правима, државе уговорнице су обавезне да: а) сваком лицу којем буду повређена права и слободе која су призната овим пактом обезбеде да располаже правом делотворне жалбе, чак и онда када би повреду учинила лица која су деловала обављајући своје службене дужности; б) обезбеде да надлежна судска, управна или законодавна власт, или свака друга власт која је у складу са законодавством државе надлежна, решава о правима лица која уложе жалбу и да се развија могућност улагања судских правних лекова; в) обезбеде да надлежне власти поступе по свакој жалби која се усвоји као оправдана. Према члану 13. Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода, установљено је право на делотворни правни лек, свакоме коме су повређена права и слободе утврђене у тој конвенцији, независно од тога да ли је повреда учињена од стране лица која су поступала у одређеном службеном својству. Према члану 2. Протокола број 7, уз ову Конвенцију постоји право жалбе у кривичним стварима. У том смислу, свако ко је одлуком суда осуђен за кривично дело има право да његову осуду или казну преиспита виши суд, а остваривање овог права, што укључује и основе за његово коришћење, уређује се законом.

Да ли је искључење жалбе у односу на пресуду донету по основу споразума о признању кривице, повреда наведених уставноправних и међународноправних норми? Сматрамо да није. С једне стране, у односу на сам споразум постоји право на жалбу, а сама пресуда директно и по аутоматизму произлази из споразума који је на активан или пасиван начин постао правноснажан, тако да се питање права на правни лек у овој ситуацији у основи решава том жалбом, а не жалбом против пресуде која само произлази из прихваћеног споразума, односно споразума који је усвојен у складу са законским правилима.⁸ У том смислу постоји право на делотворан правни лек. С друге стране, није ни логично да се омо-

⁸ Више о томе: М. Шкулић, *Коментар Законика о кривичном поступку*, „Службени гласник“, Београд, 2007, стр. 967.

гући улагање жалбе против пресуде која је у потпуности проистекла из сагласности воља могућих титулара на жалбу, а који су се у оквиру споразума који је до такве пресуде довео не само одрекли права на жалбу, већ се и споразумели о свим битним елементима решавања кривичног предмета, а што је потом и стекло својство правноснажности на активан или пасиван начин. Поред овога, постоје и друге ситуације када се титулари права на жалбу против пресуде тог права одричу, односно одустају од већ изјављене жалбе, а то се не сматра повредом њиховог права на жалбу. Коначно, и пресуда донесена на основу споразума о признању кривице, у поступку по ванредним правним лековима, по општим правилима може се преиспитивати само у корист окривљеног (члан 6. став 2). И тада се може говорити о постојању права на делотворан правни лек, било да се ради о одређеној злоупотреби из које је проистекао споразум (када се може реаговати захтевом за понављање кривичног поступка), или је у питању одређена повреда закона (захтев за заштиту законитости).⁹

5. Одржавање претреса пред другостепеним судом и немогућности вишекратној укидања пресуде у жалбеном поступку

Као и раније, претрес пред другостепеним судом одржаће се „само“, тј. примарно, ако су кумулативно испуњена два услова: 1) потребно је да се због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања изведу нови докази или понове већ раније изведени докази и 2) постоје оправдани разлози да се предмет не врати првостепеном суду на поновни главни претрес (члан 377. став 1). Међутим, изузетно у односу на ово правило, претрес пред другостепеним судом мора се одржати ако је у истом кривичном предмету пресуда једном била укинута (члан 377. став 5).

Као што је то и раније био случај, другостепени суд може у седници већа или на основу одржаног претреса, донети следеће одлуке: 1) одбацити жалбу као неблагоприятну или као недозвољену, или 2) одбити жалбу као неосновану и потврдити пресуду суда првог степена, или 3) укинути ову пресуду и упутити предмет првостепеном суду на поновно суђење, или преиначити првостепену пресуду. Изузетно, у односу на ово правило, у случају да је у истом предмету већ једанпут укинута првостепена пресуда, другостепени суд ће у седници већа или након одржаног претреса донети одлуку, при чему не може укинути побијану пресуду и упутити

⁹ Више о томе: М. Шкулић, *Коментар Закона о кривичном поступку Црне Горе*, Министарство правде Црне Горе и ОЕБС, Подгорица, 2009, стр. 834–835.

предмет првостепеном суду на поновно суђење (члан 385. став 2).

Имајући у виду дејство члана 377 став 5, чини се да другостепени суд, у сваком случају, када се ради о истом предмету у коме је једанпут већ укинута првостепена пресуда, *свакако мора држати главни претрес*, без обзира на то што би иначе, у складу са чланом 385. став 2, постојала могућност да се тада одлучи и у седници већа.

6. Редуција могућности (законских разлога) за жалбу у трећем степеноу

За разлику од некада постојећих више разлога за жалбу против пресуде другостепеног суда, сада је такав редовни правни лек могуће уложити само ако се ради о случају преиначења на горе у другостепеном поступку, и то искључиво уколико је на горе за окривљеног (погоршање положаја окривљеног), *промењена врста пресуде*, тако што је уместо ослобађајуће, донесена осуђујућа пресуда. У пракси *ово може бити ирилично нејравично* и суштински нелогично, ако је, на пример, у првостепеном поступку изречена мера упозорења, тј. судска опомена или условна осуда, а затим та судска одлука од стране другостепеног суда преиначена у осуђујућу пресуду којом је изречена безусловна казна затвора.

Такође, није логично ни да се жалба у трећем степеноу не може уложити против пресуде другостепеног суда, која је донесена након што је другостепени суд одржао претрес, јер је првостепена пресуда већ једанпут била укинута. Ово је нелогично, јер се ту, практично, ради о сасвим новој одлуци (уколико је у питању потпуно другачије чињенично стање утврђено у другостепеном поступку) или барем битно новој одлуци (када се само делимично промени чињенично стање извођењем доказа од стране другостепеног суда на претресу који је сам одржао), па би постојање могућности за жалбу у трећем степеноу, свакако имало пуно оправдање.

Против пресуде другостепеног суда дозвољена је жалба суду који одлучује у трећем степеноу само у једном случају, у оном који се односи на одговарајућу *промену врсте пресуде* – ако је другостепени суд преиначио првостепеноу пресуду којом је оптужени ослобођен од оптужбе и изрекао пресуду којом се оптужени оглашава кривим (члан 395. став 1).

7. Редуција броја ванредних њравних лекова

Укинута су два до сада постојећа ванредна правна лека: 1) захтев за ванредно ублажавање казне и 2) захтев за испитивање законитости правноснажне пресуде. Као што ће то у даљем тексту бити детаљније обја-

шњено, одређени елементи захтева за ванредно ублажавање казне су сада формулисани као разлог (могућност), за преиначење правноснажне пресуде без понављања кривичног поступка (члан 405. став 1. тачка 4).

Правноснажна пресуда може се преиначити и без понављања кривичног поступка, између осталог и када се по правноснажности пресуде појаве околности којих није било кад се изрицала пресуда или суд за њих није знао, иако су постојале, а оне би очигледно довеле до блаже осуде (члан 405. став 1. тачка 4). У таквом ће случају суд који је судио у првом степену преиначити ранију пресуду у погледу одлуке о казни, те изрећи нову казну (члан 405. став 5). Нову пресуду суд доноси у седници већа, на предлог јавног тужиоца или осуђеног, а по саслушању противне странке (члан 405. став 6).

Када је у питању разлог за преиначење правноснажне пресуде због појаве околности којих није било кад се изрицала пресуда, или суд за њих није знао иако су постојале, а оне би очигледно довеле до блаже осуде, ради се о одговарајућем уношењу одређених елемената из некада постојећег посебног ванредног правног лека (захтев за ванредно ублажавање казне)¹⁰ у механизам неправог понављања кривичног поступка. Фактичко је питање шта спада у такве околности, које су у ствари све оне околности које и иначе имају утицаја на одмеравање казне (ублажавајуће околности егземпларно наведене у Кривичном законнику) а у пракси је то, углавном, нека веома тешка болест осуђеног, или члана његове породице, до које је дошло након правноснажности пресуде, појава околности које додатно указују на драстично погоршање животних услова осуђеног или његове породице итд. С обзиром на чињеницу да о овоме одлучује првостепени суд, те да није прописан посебан и целовит поступак за такво ублажавање казне, тешко је очекивати да би разлог из члана 405. став 1. тачка 4. у пракси могао имати било какав и иоле релевантан значај, тако да се основано може очекивати његова екстремно ретка примена.

Овде треба имати у виду и један начелни проблем, да је о некада постојећем ванредном правном леку, захтеву за ванредно ублажавање казне, одлуку доносио тадашњи највиши суд у Републици – Врховни суд Србије, који је по логици ствари могао да ублажава како казне садржане у његовим пресудама (када је он потврдио одлуку нижег суда) тако и оне обухваћене пресудама других судова у Републици. Сада када је „ванредно“ ублажавање казне прописано само као једна варијанта преиначења правноснажне пресуде без понављања кривичног поступка, о којој одлу-

¹⁰ Више о томе: Т. Васиљевић и М. Грубач, *Коментар Закона о кривичном поступку*, „Службени гласник“, Београд, 2002, стр. 785–786.

чује *првостепенни суд*. Тиме се не само значајно смањују „шансе“ да до таквог ублажавања дође – као што је објашњено, није реално очекивати веће промене у ставу првостепеног суда у односу на изречену казну – већ ово ствара једну прилично „чудну“ ситуацију, да и најнижи првостепени суд може преиначавати пресуде виших судова. Наиме, ако је, на пример, пресуду изрекао основни суд, а она била потврђена или преиначена од стране апелационог суда, постоји могућност да ту пресуду у погледу одлуке о казни, као првостепени суд преиначи основни суд, што значи да формално посматрано, у оваквој ситуацији основни суд преиначује пресуду апелационог суда.

Новоусвојено решење дозвољава да својство сведока сарадника добије и лице које је већ осуђено за кривично дело организованог криминала. У том случају, јавни тужилац је дужан да у року од месец дана по правноснажности осуђујуће пресуде против осталих припадника криминалне групе, против којих је осуђени сведок сарадник сведочио, поднесе захтев за преиначење пресуде на основу које је сведок сарадник претходно осуђен. За доношење нове пресуде надлежан је суд који је у првостепеном поступку судио осуђеном сведоку сараднику, а који изречену казну умањује најмање за једну половину (члан 405а и 504ђ).

Одлука Уставног суда, као и раније, има значај ако је њоме укинута или стављена ван снаге правни извор који је послужио за доношење правноснажне пресуде, односно друге правноснажне судске одлуке. Ни одлуке Уставног суда, као ни одлуке релевантног међународног суда,¹¹ којима су утврђене повреде одређених права окривљеног у кривичном поступку, који је резултирао правноснажном осуђујућом пресудом, *немају аутоматско касационо дејство*. То значи да учињене повреде права осуђеног у кривичном поступку, које су таквим одлукама, тј. одлукама уставног или међународног суда утврђене, имају значај који је формално и правно-технички изједначен са значајем *релативно битних повреда* одредаба кривичног поступка.

Одредбе које се односе на понављање кривичног поступка сходно ће се примењивати и кад је поднесен захтев за измену правноснажне судске одлуке на основу одлуке уставног суда којом је укинута или стављена ван снаге пропис на основу којег је била донета правноснажна осуђујућа пресуда, као и када је такав захтев поднесен због повреде осуђеног у кривичном поступку, која је утврђена одлуком Уставног суда или међународног суда, у складу са потврђеним међународним уговором, а

¹¹ Више о томе: Н. Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2005, стр. 143.

повреда је била од утицаја на законито и правилно доношење пресуде.

8. Закључак

Последње промене нашег Законика о кривичном поступку су врло обимне и озбиљне. Већина промена је генерално усмерена на стварање услова за бржи и ефикаснији кривични поступак, али се неке од тих промена могу и аргументовано критиковати. То се посебно односи на сувишно сужавање разлога за жалбу у трећем степену, као и претерано радикалну редукцију броја ванредних правних лекова. При томе се извесна (пре)остала могућност ванредног ублажавања казне, сада кроз механизам преиначења правноснажне пресуде без понављања поступка, већ на први поглед може оценити потенцијално неживотном у будућој пракси.

С друге стране, неке нове могућности, попут проширења дејства начела опортунитета кривичног гоњења (условљени опортунитет) се без веће дилеме могу оценити позитивно и представљају „корак у добром смеру“, јер се њима омогућава растерећивање кривичног поступка од не претерано тешких кривичних дела, а оне истовремено погодују и окривљеном, који неће без преке потребе бити осуђен. Исто тако, одговарајућим механизмима штите се и интереси оштећеног. Слично се може закључити и о споразуму о признању кривице, који је тако конципиран да нема сувише сличности са установом која јој је представљала модел, тј. слични поступци окончања кривичног процеса у савременом свету – то је познати механизам страначке нагодбе, или „испреговаране кривице“ (*plea bargaining*) у САД. Да ли то представља американизацију европских кривичних поступака? У суштини не, мада утицај решења из упоредног права свакако постоји, али је то данас у савременом свету уобичајена појава. Америчка варијанта споразума о признању кривице, позната као *plea bargaining*, која се често преводи као „нагодба о кривици“, а о којој сами Американци радије говоре као о „испреговараној кривици“, се заснива на битно другачијим основама и функционише у потпуно другачијем правном систему.

Казнена политика у САД је у поређењу са Србијом, па и Европом уопште, неупоредиво строжија. Када се амерички тужилац споразумева са окривљеним, врло битна „ставка“ у пракси је спремност окривљеног да се појави као сведок против других „озбиљнијих“ играча. Када сам пре неколико година био у посети FBI у Сан Франциску чуо сам да је велики проблем у том граду албанска мафија, за коју ми је речено да је врло

тврд орах јер се ради о новој веома затвореној групацији, у коју је скоро немогуће продрети. Потом је амерички детектив утешно објаснио да се то увек дешава када се појави нова етничка групација, те да временом делује мелтинг пот, неко од дошљака постане и полицајац, па се створи прилика да FBI добије инсајдера у криминалној организацији. Нашалио сам се и рекао да је то можда и прилика да криминалци стекну инсајдера у полицији. Добио сам одговор да је то свакако могуће, али не и сувише вероватно, јер се већина полицајаца боји као куге од те врсте сарадње са криминалцима, знајући да ће криминалац ако „падне“, имати као карту у рукаву приликом преговора са тужиоцем, податак о корумпираном полицајцу, те да ће спасавајући своју кожу, врло радо сведочити против „другара у плавом“. Тако нешто неће моћи бити могуће у Србији, где ставка споразума не сме бити било какво будуће „кооперативно сведочење“, што значи да овај споразум не садржи елементе процесног положаја сведока сарадника.

Интересантно је да се код нас понекад чују и сасвим неаргументоване тврдње да су неке промене у позитивном ЗКП-у, које се аргументовано, али и неаргументовано, критикују, произишле из коришћења решења садржаних у Законнику о кривичном поступку из 2006. године. То углавном није тачно. Додуше, нека решења из тог Законика су коришћена, попут оних веома позитивних, као што је могућност проширења одређених ограничења личне слободе, као ефикасне замене за притвор, као свакако најрепресивнију меру процесне принуде, могућност комбиновања таквих мера са јемством итд.

С друге стране, не треба заборавити да су према одредбама Законика из 2006. године, постојала *три ванредна њравна лека*, а да је у ствари и *четврти* некада постојећи ванредни правни лек – захтев за испитивање законитости правноснажне пресуде, био у највећем делу садржан у оквиру захтева за заштиту законитости, те да је тај, од стране Адвокатске коморе много нападан Законик, што је углавном чињено паушално и без јаких аргумената, омогућавао улагање жалбе против пресуде другостепеног суда у чак *четири случаја*. Таква је жалба била могућа, како из свих оних разлога који су и иначе (пре последњих промена) били основ за жалбу у трећем степену, тако и увек када је другостепени суд након два укидања првостепене пресуде, *сам својом пресудом оглушио о њредмету кривичној њосђуйка*.

Summary

Some of the changes in the Criminal Procedure Code of Serbia, where the author is specially focused on the required opportunity of the criminal prosecution as a part of broadening of the so called diversion processing mechanisms and the agreement on guilt recognition, but also analyzes some other processing institutes and mechanisms, resulted or modified by rather big changes of the basic origin of the criminal processing law of Serbia. The attitude, presented during the work that reasons for complaint against the second degree court verdict are too radically narrowed, in the same manner as too radically reduced number of extraordinary legal remedies is.

It has been noticed during the work that some absolutely non-argued allegations are heard that many changes in the positive Criminal Procedure Code ensued from the usage of decisions defined by the Criminal Procedure Law of 2006. This, essentially is not correct. Only relatively limited number of decisions from that Code are used, those very positive ones, such as the possibility of broadening of certain personal freedom limits, as an efficient substitution for arrest, this being the most repressive measure of the processing compulsion, the possibility of combining of assurance with the mentioned measures etc. It should not be forgotten that, on basis of the provisions of that Code, there were *three extraordinary legal remedies* and that the fourth, once existing extraordinary legal remedy – request for examination of legitimacy of the verdict in effect was mostly within the contents of the request for legitimacy protection and that the mentioned very much criticized Code by the Bar Chamber, which was generally performed without any strong argumentation, enabled submitting claims against the verdict issued by the second degree court even in four cases. Such claim was possible to be raised due to all the reasons which (before the last changes) represented the ground for the third degree claim and always in cases when the second degree court, after the two revokes of the first degree verdict, decided by its verdict about the subject of the criminal procedure

UDK: 340.134:343.13(497.11)

Мирослав Бојић

адвокат из Чачка

ПРЕДЛОГ ЗАКОНА О ИЗМЕНАМА И ДОПУНАМА ЗКП

У вези са текстом Предлога Закона о изменама и допунама ЗКП дајем своја размишљања о неким од предложених законских решења

1.

Члан 9. ст. 1. тач. 2. којим се мења досадашњи чл. 18. ЗКП у предложеном тексту гласи:

„Судске одлуке се не могу заснивати на доказима који су сами по себи или према начину прибављања у супротности са Уставом или потврђеним међународним уговором, или су овим закоником или другим законом изричито забрањени.“

Овакав предлог подразумева да би се судске одлуке могле заснивати на доказима који сами по себи, или по начину прибављања, не би били у складу за осталим одредбама ЗКП, већ би такви докази могли бити елиминисани само ако је закон изричито забранио примену или начин прибављања таквог доказа. То може представљати врло значајно проширење употребе доказа који иначе нису прибављени у складу са законом. Јер, у тексту ЗКП-а врло је мало изричито забрањених доказа, како по њиховом својству тако и по начину прибављања, па оваква формулација може довести до бројних злоупотреба у погледу коришћења оних доказа који иначе нису прибављени у складу са законом, али текст закона није изричито забранио њихову примену и коришћење.

Због тога предлагам да текст чл. 9. ст. 1. тач. 2. гласи:

„Судске одлуке се не могу заснивати на доказима који су сами по себи или према начину прибављања у супротности са Уставом или потврђеним међународним уговором, или су у супротности са овим законом.“

2.

Члан 10. ст. 5. којим се брише одредба досадашњег чл. 24. ст. 7. ЗКП а који се односи на састав већа у поступцима по захтеву за ванредно ублажавање казне, у супротности је са ставом АКС да овај ванредни правни лек не треба укидати.

3.

У тексту закона изостала је измена одредбе чл. 103. ст. 1. досадашњег законика која предвиђа да није дозвољено сведоку постављати сугестивна питања. Упоредно кривично процесно законодавство овакву забрану не признаје, посебно не у условима законом предвиђеног унакрсног испитивања које се изменама закона уводи.

4.

Члан 37 предложеног закона којим се после чл. 142 додаје чл. 142а предвиђа да након што је истражни судија одредио притвор осумњиченом – о укидању тог притвора се одлучује у седници већа. Таква одредба је нелогична јер за случај сагласности јавног тужиоца, логично је да притвор може укинути онај орган који је притвор и одредио а управо на то упућује одредба чл. 145 ЗКП која предвиђа да истражни судија у сагласности са јавним тужиоцем, током истраге може укинути притвор.

5.

Апсурдан је део одредбе чл. 38 предлога закона којим се мења одредба постојећег чл. 143 ЗКП где се право на жалбу на решење о притвору даје и јавном тужиоцу. Зашто би се јавном тужиоцу таква могућност давала ако је по његовом захтеву притвор одређен у трајању које је закон унапред одредио?

6.

Члан 50 предлога закона којим се допуњује одредба чл. 171 ЗКП предвиђа да суд може обавезати странке, оштећеног и друге учеснике поступка да своје предлоге, правне лекове, друге изјаве и саопштења подносе суду и у електронском облику. Нису све странке, окривљени, па ни адвокати технолошки и стручно оспособљени да комуницирају електронском поштом, па оваква императивна одредба нема своје оправдање. Логично би било да суд странкама, оштећеном и другим учесницима у поступку само пружи могућност да своје предлоге, правне лекове, друге изјаве и саопштења, поднесу суду у електронском облику.

7.

Члан 74. предлога закона којим се уводи ново поглавље након досадашњег чл. 282. ЗКП које се тиче споразума о признању кривице, у складу са ранијим залагањем комисије коју је АКС оформила, би у предложеној одредби чл. 282а требало допунити тако што би овакав споразум био могућ код кривичних дела за која је прописана казна до 12 година (уместо до 10) али и за сва кривична дела извршена из нехата.

8.

Чланом 78 предлога закона мења се одредба ранијег чл. 299 ЗКП па се предвиђа могућност новчаног кажњавања (ст. 2) браниоца и пуномоћника оштећеног до 500.000 динара. Таква казна је непримерено висока.

Апсурдна је одредба предложеног чл. 299 ст. 2 где се након ове санкције пуномоћнику оштећеног, али не и браниоцу, од стране председника суда може изрећи нова казна од 500.000 динара или казна затвора до 15 дана, а да то лице нема могућност да председнику суда који о казни одлучује пружи своје изјашњење. Тиме се грубо повређује право лица коме прети затворска казна да изнесе своју „одбрану“.

9.

Према ставу 3. чл. 299. жалба на решење о новчаном кажњавању или затворској казни не одлаже његово извршење што је нови апсурд.

10.

Изостала је измена и допуна одредбе чл. 313. ст. 1. ЗКП која гласи: „Записник мора бити завршен са закључењем заседања. Записник потписују председник већа и записничар“.

Уколико је законодавац желео да странкама у поступку пружи веће могућности, логично би било да осим председника већа и записничара, записнике са главног претреса потписују и јавни тужилац и бранилац. Тиме би се записник на прави начин заправо „оверио“, а тиме би се отклониле сумње које се некада истичу а односе се на могуће преправке. С друге стране, нема оправдања да се записник не потписује у кривичном поступку, у коме се одлучује о највећој вредности – слободи човека, а у баналном парничном спору, чија је вредност само неколико хиљада динара, таква обавеза постоји.

11.

Изостала је допуна одредбе чл. 359. ст. 1. ЗКП која гласи: „По објављивању пресуде, председник већа ће поучити странке о праву на жал-

бу, као и праву на одговор на жалбу“. Мој предлог је да после овог треба додати став: „Уколико се након објављивања пресуде јавни тужилац, окривљени и бранилац одрекну права на жалбу, писмени отправак пресуде не мора садржати образложење“.

Овај предлог дајем јер сматрам да је непотребно да се првостепени суд оптерећује изразом образложења пресуде уколико су се странке након објављивања пресуде одрекле права на жалбу.

12.

Члан 103. Нацрта Закона предвиђа измену чл. 385. ЗКП тако што другостепени суд мора сам донети одлуку уколико је пресуду једном већ укидао.

Овакав став сматрам потпуно погрешним, јер врло често недостаци учињени у првостепеном поступку не могу бити превазиђени. Због тога је прихватљивија варијанта да ова обавеза првостепеног суда може постојати само уколико је два или можда и три пута предмет укидан.

13.

Одредбама чл. 110. и 112. Предлога Закона избрисани су ванредни правни лекови – захтев за ванредно ублажавање казне и захтев за испитивање законитости правоснажне пресуде.

Ове одредбе предлога закона сматрам потпуно погрешним. Захтев за испитивање законитости правоснажне пресуде је последњих година, након измена ЗКП-а 2006. године, добио пуну афирмацију. Јавно реферисање по овим захтевима у присуству тужиоца и браниоца дало је нови квалитет који је, према статистичким подацима, резултирао значајним повећањем броја уважених захтева. Другостепени судови у досадашњој пракси нису били имуни од пропуста и превида који се ни једним другим средством нису могли отклонити. Веома су ретки, готово да не постоје случајеви када је јавни тужилац на иницијативу окривљеног, у његову корист подигао захтев за заштиту законитости. Нема разлога да се окривљеном не дозволи да независно од воље органа који га гони (јавног тужиоца) може тражити заштиту оних права због којих је овај ванредни правни лек постојао.

Исти је случај и са захтевом за ванредно ублажавање казне. Да ли осуђеном лицу које већ издржава казну и које, примера ради, оболи од неизлечиве болести, при том је и непокретно, треба одузети право да тражи ублажење казне?

У овом делу, решења каква заговара предлог новог закона упоредна процесна законодавства, па ни у земљама Европске уније не познају.

Чак ни предлог закона чији је аутор био проф. др Шкулић, против којег смо се толико борили, није предвиђао укидање ванредног ублажавања казне.

* * *

Нисам сигуран да постоји спремност Министарства правде да сагледа оправданост предлога које је Комисија за ЗКП Адвокатске коморе Србије својевремено дала, а још мање да оцени оправданост појединачних сугестија каква је ова моја. Но, у сваком случају сматрам да АКС треба да учини све што је у њеној моћи да утиче на измену наведеног закона, посебно у делу који се односи на укидање ванредних правних лекова. Уколико у међувремену овај закон буде усвојен, свакако треба учинити све да иницирамо измене и допуне тог закона.

УДК: 343.21(497.11)

Слободан Шошкић

адвокат из Београда

КРИВИЧНО ПРАВО КАО ОГЛЕДАЛО ДРЖАВЕ

Просто је несхватљиво колика се репресивност уводи у наш правни поредак. Најпре је Закон о информисању начинио увод у репресивно решавање свих законом регулисаних области, да би се затим у тишини, без јавне расправе, донели закони о изменама и допунама закона из области кривичног права.

Већ на први поглед јасно се види да ЗКП своди кривични поступак на све израженија репресивна решења, где се права окривљеног и браниоца сужавају, као да се ради о кривичној процедури ауторитарне или полицијске државе. Иста је, ако не и гора, ситуација и са КЗ. У њему има много непотребних нових инкриминација којима се у живот грађанима уводи стално лебдећа опасност да су у извршењу неког кривичног дела. Другим речима, свако је у опасности да дође под удар Кривичног законика, јер толико неодређености и правно-техничке неписмености у законским одредбама омогућавају кривично гоњење по арбитарном избору органа гоњења.

За потребе овог чланка навешћемо једну нову инкриминацију из одредбе члана 336-а КЗ, која се зове Недозвољено јавно коментарисање судских поступака. Инкриминација гласи: „Ко за време трајања поступка пред судом, а пре доношења правоснажне судске одлуке, у намери да повреди претпоставку невиности или независности суда, даје јавне изјаве у средствима јавног информисања, казниће се затвором до 6 месеци или новчаном казном.“

Оваквом нормом као извршилац наведеног кривичног дела појављује се свако ко даје изјаве у средствима јавног информисања, а пре доношења правоснажне судске одлуке, уколико је изјаве дао у намери да повреди претпоставку невиности или независности суда.

Одмах се поставља питање зашто се претпоставка невиности не штити кривичном нормом од државних органа који учествују у преткривичном и кривичном поступку који се води према осумњиченом, односно окривљеном. Она је као цивилизацијска тековина уведена да би се побољшао положај осумњиченог и окривљеног, као и због тога да би се они заштитили од злоупотреба државних органа који воде те поступке. Кривичним правом штитити претпоставку невиности од јавности превелики је захтев и потпуно неадекватан вредности која се штити тим правом. Наведеном инкриминацијом биће извршилац кривичног дела и оштећени који у средствима јавног информисања да изјаву, која се оцењује да је дата у намери да се повреди претпоставка невиности. Да ли то значи да оштећени не може у јавности саопштити ништа о томе како га је одређени разбојник напао и истог назвати учиниоцем кривичног дела које је извршено према њему? Је ли он у том случају повредио претпоставку невиности тог нападача, против кога је иначе покренут кривични поступак?

Наравно, када имате и субјективни елемент-намеру, онда се лако оптужује свако и свачија јавна изјава у средствима јавног информисања, јер закључак да је дата са намером вређања претпоставке невиности је лако извести арбитрарном проценом намере у том правцу.

Уместо да држава штити наведену претпоставку невиности од оних који државним механизмом атакују на права и слободе окривљеног, она се поставља као свесрдни заштитник те претпоставке невиности, не би ли окривљеног штитила од сваког другог грађанина који није учесник репресивног кривичног поступка. Треба штитити окривљеног уз пуно поштовање претпоставке невиности унутар кривичног поступка, али то не радити кривичним правом, и не овако неодређеном, дифузном, просто неухватљивом нормом која инкриминише одређено понашање а да при том објективно не одређује радњу извршења тог кривичног дела.

Лицемерно звучи кривично-правна заштита претпоставке невиности која је уведена најновијим изменама ЗКП у члану 3, где се каже да се свако сматра невиним док се његова кривица не утврди правоснажном одлуком надлежног суда. Међутим, и поред тога што оваква норма декларативно садржи у себи претпоставку невиности, она је низом других одредаба ЗКП негирана, тако да се слободно може рећи да је формално предвиђена у том Законику, а да је суштински у читавом кривичном поступку нема. Ако би се пошло од тога да се претпоставка невиности безусловно поштује током кривичног поступка, онда се поставља питање како је то могуће да се према лицу које се сматра невиним може одредити притвор, телесни преглед, лични претрес и низ других

забрана.

Онај за кога важи претпоставка невиности не би могао бити подвргнут таквим мерама које су предвиђене кривичном процедуром, па је отуда наведена претпоставка невиности чиста хипокризија у односу на укупна законска решења о кривичном поступку. Отуда још више бode очи увођење нове инкриминације којом се штити претпоставка невиности од изјава оних лица која не могу нанети ни приближно она зла која наносе државни органи који воде кривични поступак против одређеног лица. Шта је требало постићи овом инкриминацијом остаје нејасно, а можда се може наслутити да се њоме жели ућутати јавност поводом сваког судског поступка и на тај начин искључити контрола јавности рада судова, што представља антидемократски корак у животу једног друштва.

У наведеној норми, као што се може видети, независност суда је означена као претпоставка, иако је независност суда једно уставно и законско начело, а не претпоставка. Када би независност суда била претпоставка, онда се поставља питање да ли се она може обарати и доказивати супротно – да суд није независан него да је зависан, уз питање од кога је зависан. Претпоставка је нешто што траје одређено време, док се супротно не докаже, па се управо у заштити независности суда уствари крије потреба за овом инкриминацијом. Законодавац је хтео да се у односу на судске поступке уведе тишина, као да су наши судски поступци савршенство ефикасног и законитог рада, а не, врло често, пример спорости и незаконитог поступања изазваних услед одређених политичких или других притисака.

Осврт на такво понашање суда у виду изјаве дате у средствима јавног информисања никако не заслужују да буду инкриминисане као кривично дело са запређеном казном затвора или новчаном казном, јер се и таквим изјавама ствара демократска клима испољавања критичког мишљења према свим властима, па и судској, чија се независност не нарушава критичким изјавама. Она се стварно може нарушити изјавама политичара, и то најчешће када се те изјаве дају скривеним путевима, а нешто ређе и путем средстава јавног информисања, када се од судова захтева пресуда у одређеном смислу.

Све у свему, јасно је да ова норма иде за тим да завлада мук у јавности у односу на рад судова, да све буде затомљено у суморним судским ходницима, а да се наведеном инкриминацијом власт може обрачунати са сваким ко јој није близак или ко јој се замерио.

Извршна власт може имати веома конкретан интерес да се направи фетиш од претпоставке невиности према одређеном лицу према коме би требало покренути кривични поступак или је већ покренут, те да оне-

могући оваквом нормом давање јавних изјава у средствима јавног информисања. Овом нормом, из истих разлога, под видом спречавања повреде начела независности суда може се постићи исти ефекат као и онај којим се штити претпоставка невиности.

Наведеном инкриминацијом ствара се привид о заштити претпоставке невиности окривљеног и начела независности суда, јер се у њој не наводе одређена лица која могу угрозити претпоставку невиности, као и лица која могу повредити независност суда. Отуда се не може рећи да је законодавац ишао за тим да кривичним правом заштити одређене друштвене вредности, већ напротив, да се снажном кривичном репресијом сузбије свако критичко мишљење које би се саопштило јавности у вези са јавном контролом рада судства и односа правосудних органа према конкретном судском поступку у коме није донета правоснажна судска одлука.

UDK: 343.214:343.353(497.11)

Др Недељко Јованчевић

адвокат из Београда

НАЧЕЛО ЗАКОНИТОСТИ И КРИВИЧНО ДЕЛО ЗЛОУПОТРЕБА СЛУЖБЕНОГ ПОЛОЖАЈА (ЧЛ. 359. КЗ)

АПСТРАКТ: Законитост уопште подразумева строго поштовање закона. То значи да није дозвољено екстензивно тумачење и примена закона. У овом раду се разматра кривично дело злоупотребе службеног положаја из чл. 359. КЗ, у односу на начело законитости. Законски текстови, теоретска схваћања и практична решења указују на то да је нормативна концепција тог кривичног дела, широко постављена, неодређена и непрецизна и као таква је била предвиђена за друштвено-економске односе који су утемељени на друштвеном власништву, социјалистичком самоуправљању, па се због тога изједначава као потенцијални извршилац службено или одговорно лице из привредног пословања. Таква законска одређеност, или боље рећи неодређеност, у новим тржишним условима је у супротности са принципом законитости, који налаже да закон мора бити *одређен, прецизан, (Lex certa)*, да би се избегло широко тумачење и да би се избегло стварање закона путем аналогија и судске праксе.

Кључне речи: законитост, злоупотреба службеног положаја, службено лице одговорно лице, тржишна привреда, тржишни ризик, пословни ризик, дискрециона права, противправност и кривица.

I

У кривичном праву постоји опште усвојено схватање, да као кривична дела треба предвидети само она понашања која су подобна за индивидуалну субјективну одговорност¹. Кривично дело злоупотребе службеног положаја законом је одређено и по наслову намењено као дело којим се штити службена дужност. Наиме, обухваћени су разни облици злоупотреба у служби од стране службених лица, али исто тако и као дело које

¹ Стојановић, З., *Кривично право*, Општи део, Београд, 2006. О принципу индивидуалне субјективне одговорности види стр. 42.

чине и одговорна лица у предузећима, па се тако у пракси представља као кључно кривично дело у области привреде. Ово стање наводи на размишљање да ли је законодавна концепција тиме контрадикторна и да ли је истим делом могуће штити потпуно различите односе у државним, јавним службама и привредном пословању, а да то буде у складу са принципом законитости. Осим тога питање је да ли је тиме нарушена и систематика посебног дела кривичног права, где се класификују групе кривичних дела. Један од темељних критеријума за такву класификацију јесте врста заштитног објекта или *іруїної зашїїїїної об'єкїїа*, према којем критеријуму су и вршене поделе појединих група кривичних дела у Кривичном законнику од 2006². Ипак, законодавна систематика је таква да је и она подложна критици и модификацијама³. Ово из разлога што су поједина кривична дела тако нормативно одређена да се могу сврстати равноправно у другу групу кривичних дела у односу на ону у којој јесу. Но, са аспекта законитости није одлучно да се поједина дела, нпр. из области имовине налазе у групи кривичних дела из области службене дужности (нпр. проневера), већ што су поједина дела тако одређена из различитих група да се чак и преклапају, а најкомпликованије је како је наведено, да су у једном делу различити објекти заштите, па је код одређивања правних квалификација могућа самовоља и арбитрарност, што није у складу са принципом законитости. Наиме, резултати привредног пословања су производ колективног организованог деловања у сложеном технолошком процесу и веома сложеном систему поделе рада, где се траже високо обучени, стручни носиоци послова у технолошкој сарадњи и где појединац само даје допринос том резултату⁴. Са кривично правног аспекта, није неважно што сваки привредни субјект своје пословање мери на годишњем па и дужем временском периоду, а не само на одређеном послу или делу посла, који може да му не доноси позитиван резултат (профит). Коначно у тржишној привреди, влада закон тржишта, уз одређене економске мере државе, тако да један резултат (производ) најсаве-

² „Службени гласник“ РС, бр. 85 од 6. X 2005. бр. 88 од 14. X 2005. (испр.) Бр. 107. од 2. XII 2005. (испр.) ступио на снагу 1. јануара 2006. Измене и допуне, „Службени гласник РС“, бр. 72. од 3. септембра 2009. године.

³ Ово не значи да су то једини критеријуму за систематизацију и одређивање група кривичних дела, то могу бити и тежина дела, својство учиниоца дела, начин извршења, запрећене казне, карактер добара који се напада кривичним делом, неки криминално-политички критеријуми и сл.

⁴ Допринос може да буде битан или небитан, што је у том технолошком процесу тешко утврдити, али је релевантно за одговорност и кажњивост. Још је сложеније питање у таквој ситуацији утврдити умишљај.

снијег рада у једном сложеном технолошком процесу, може бити губитак ако га тржиште не прихвати или не вреднује бар у мери у којој су утрошена средства рада. То надаље упућује да се мора пословати уз нужни „тржишни ризик“ (без којег тржиште не постоји), који није могуће у потпуности отклонити, па се поставља питање субјективног односа учиниоца према делу, с обзиром на то да се не ретко дешавају ствари које измичу контроли носилаца радњи у привредном пословању и доводе до штетних резултата по правна или физичка лица. Увођењем и коришћењем савремених технологија у свим привредним токовима, који доносе претежне позитивне и корисне резултате, доводи и до не малог броја штетних деловања, како појединаца тако и читавих привредних корпорација. Када се има у виду да се кривично право темељи и на *принципу индивидуалне субјективне одговорности*, отвара се питање могућности кривично-правне заштите, у тако сложеним технолошким процесима где појединац има мали или незнатан допринос настанку штетних последица. Због тога је проблем кривичноправне заштите у области привреде, данас предмет интензивног интересовања, како теоретичара тако и практичара у многим државама континента, нарочито оним које су прешле или пролазе период транзиције са *планске на тржишну привреду*. Овим питањима и проблемима треба додати и то да постоје тешкоће код одређивања појма привредног кривичног дела, које се најчешће појединачно одређује, али и код таквог одређивања то се не врши само на основу извршиоца дела, тј. одређеног лица – *одговорној лица*⁵. То је довело до мешања кривичних дела из области службене дужности и привредних кривичних дела, нарочито у земљама где је доминирала друштвена својина и планска привреда⁶. Тако су нека кривична дела а пре свих злоупотреба службене дужности, која су преузета из социјалистичког КЗ СФРЈ/76, требала сада да послуже заштити тржишног такмичења. Наравно да је то далеко од могућности правилне заштите привреде кроз те инкриминације, а да се не долази у сукоб са принципом законитости – а

⁵ Појам *одговорно лице* веже се за наше законодавство и праксу. Овај израз не постоји у законима држава Европске уније. Тамо се учинилац дела најчешће означава са „КО“ итд. И о овој чињеници би у будућим коренитим изменама законодавства из области привреде, требало водити рачуна, ради усаглашавања са законодавством Европске уније.

⁶ У социјалистичкој држави у првој фази њена развоја „сви грађани претварају се у овде у службенике у најму код државе коју чине наоружани радници. Сви грађани постају службеници једног свенародног државног „картела“. О овом опширније види, М. Радвановић, *Злоупотреба службеној положаја*, Београд, 1958, стр. 153/154, који цитира Лењина.

право Европске уније нарочито инсистира на томе делу и налаже државама које су се определиле за прикључење ЕУ, да морају своје законодавство ускладити са правом европске уније (*acquis communautaire*)⁷.

Полазећи од чињенице да је кривично дело злоупотребе службеног положаја из чл. 359. КЗ, опште кривично дело – које се може применити не само на она забрањена понашања у области државних, јавних служби или установа, где се штити *службена дужности, односно служба*, већ и на *одговорна лица* као учиниоце дела из области *љржишне љривреде* у најширем смислу – поставља се питање да ли је оно у стању да удовољи захтевима *начела законитости*. Ово дело се иначе преклапа са кривичним делом из области привреде – злоупотреба овлашћења у привреди (чл. 238 КЗ), па је то додатни проблем за практичну примену. Наиме, преко начела законитости кривично право треба да остварује заштитну функцију кривичног права, а посебно да ограничи дискрециона права и да омогући правичну обавест о томе шта је забрањено. Ако се кривично дело тако уопштено одређује као што је то случај са злоупотребом службеног положаја, онда се поставља питање могућности остварења начела законитости и поред формалног одређивања у закону. Да бисмо сагледали однос начела законитости и кривичног дела злоупотребе службеног положаја из чл. 359. КЗ, подсетићемо на основни садржај принципа законитости, као и предметног кривичног дела, и тзв. привредног кривичног дела, да бисмо коначно определили став о супротности између ове појединачне законодавне решидбе и општег института – *начела законитости*.

II

Начело законитости (лејалијетета) се односи како на кривично дело тако и на кривичну санкцију, па је стога забрањена аналогија, (правна и законска аналогија), док је дозвољена аналогија унутар закона (*intra le-*

⁷ У *хрватском Сабору* 2006, приликом расправе о изменама кривичног дела из чл. 337 КЗХ, а које је идентично кривичном делу из чл. 359. КЗ, закључено је да такво дело у време транзиције, „негативно утиче на господарски развој, одбија стране улагаче и хрватске предузетнике, потиче друштвену и индивидуалну неједнакост, те негативно утиче на друштвену стабилност и опћу социјалну сигурност“, због чега се то дело задржава али само у односу на службена лица а не на одговорна. Осим тога се наводи да то дело има низ правно-техничких мањкавости, па трпи озбиљну критику, између осталог, да оно обухваћа и кривично дело злоупотребе поверења. Све до тада мењали су то кривично дело, наводећи најпре да то дело може да изврши и „одговорна особа“ (НН бр. 110/97) а касније у чл. 337. уводе да се каква неимовинска корист или да другом проузрочи каква штета, „другом“ замењује речима; „другој правној или физичкој особи“. (НН бр. 71/06). Ипак под притиском Европске уније законодавац је морао одустати од тог дела 2007. године, тако да се то дело односи само на службена а не на одговорна лица.

gem). Тај аспект није споран, али овај принцип има бројне сегменте и суштинске захтеве, који се приликом примене повређују. Прецизним, одређеним и недвосмисленим описом појединих бића кривичних дела, законом се осигурава принцип законитости, којим се јасно одређује која су друштвено опасна понашања подложна кривичноправном третману и тиме се код грађана ствара једна гаранција и сигурност да неће бити суђени за радње које нису представљале кривично дело. Садржај кривичноправне норме мора бити толико стандардизован да не сме остављати дилему и нејасност ради сигурности грађана, тако да нико неће бити самовољно кривично гоњен. Због тога се може рећи да тај принцип одређује границе које означавају сферу слободног деловања човека. Овај принцип је основа заштитној функцији кривичног права, која подразумева, пре свега, остваривање генералне превенције, заштита грађана од кривичних дела, али истовремено гарантивна функција представља противтежу, ограничење и коректив заштитној функцији кривичног права, заштита грађана од самовоље и арбитрерности државних органа у примени кривичног права.

Законитост уопште подразумева строго поштовање закона. То значи да није дозвољено екстензивно тумачење и примена закона. Начело законитости је данас постало мање-више универзална тековина и, бар декларативно ако не увек и стварно, представља начело на којем се заснива кривично право савремених држава⁸. Због свог значаја уводи се у основна уставна права – у чл. 34. Устава Србије од 2006. године ово начело се повезује са „правном сигурности у казненом праву“, а у чл. 1. Кривичног законика одређује се „да нема кривичног дела нити казне без закона“. Ово начело се изражава познатом латинском максимом, *Nullum crimen*,

⁸ Историјски гледано постанак овог принципа се протеже у далеку прошлост. Видети, чл. 45. Велике повеље слобода од 1215. Прокламовано је ово начело у чл. 7. и 8. Декларације о правима човека и грађанина од 1789, чл. 14. Декларације о правима човека и грађанина од 1793, чл. 11. ст. 2. Универзалне декларације о правима човека од 1948. (усвојена и прокламована резолуцијом Генералне скупштине УН), чл. 7. ст. 1. Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода од 1950, и чл. 15. Међународни пакт о грађанским и политичким правима, од 1966. године.

У Европи, још пре ове декларације, ово начело уграђено је у аустријском Кривичном закону од 1787. године, који је донесен 2. априла 1787. год. за време владавине Јосипа II. Овај принцип, и поред своје латинске формулације, није постојао у старом Римском праву, ту је судија имао овлашћење да сам и ствара право, а тај принцип није био усвојен ни у средњовековном кривичном праву, осим неких тенденција у Душановом закону из 1349, допуњен 1354. године.

Надаље види, Стојановић З., *Кривично право*, општи део, XII издање, Београд, 2006. стр. 38.

*nulla poena sine lege*⁹, које се изражава кроз четири основна захтева и то: *lex scripta* (писан закон), *lex praevia* (претходни закон), *lex stricta* (тачан, узак, изричит), *lex certa* (одређен). Дакле, овај принцип захтева одређеност законских бића дела и санкција, да би се избегло широко тумачење и да би се избегло стварање закона путем аналогија.

Но, и поред уставног и законског усвајања принципа законитости не треба гајити илузију да ће оно само по себи обезбедити законитост у примени репресивних мера које предвиђа кривично право. Историја нас учи, „да је ово начело и када је било истакнуто у Уставу и Законику било само параван, украс и мртво слово на папиру“.¹⁰ Управо у пракси се овај принцип занемарује и његово дејство не препознаје у многим сегментима примене одређене кривично-правне норме, нарочито када су у питању примена кривичног дела злоупотребе службеног положаја на она понашања која предузимају одговорна лица у предузећима, установама или другом субјекту у оквиру тржишне привреде. Овде ћемо се задржати на једном сегменту тог начела и то *lex certa (nullum crimen sine lege certa)*. Ово начело захтева одређеност законских бића дела, наиме, да се избегавају неодређене норме, нејасне, дифузне и тзв. генералне клаузуле, да би се правилно провео принцип законитости¹¹. У овој расправи се сагледава да ли је концепција кривичног дела из чл. 359 КЗ, због инкриминације која се односи и на извршиоце дела из области привреде и која је толико уопштена, растезљива да се у теорији назива и тзв. „каучук норма“, у складу са принципом законитости. У сваком случају, када се одређено понашање може равноправно квалификовати по више врста кривичних дела онда такве норме треба подврћи сређивању и међусобном усклађивању, да би се отклонила могућност неправилног или паушалног квалификовања, јер такве норме нису у складу са начелом законитости. Иначе, неодређене норме су у супротности са уставним принципом о законитости кривичног дела и казне¹². Управо потребну прецизност и одређеност налаже начело законитости и то преко сегмента – *Lex certa*. Тај смисао и захтев служи за спречавање самовољног, непредвидљивог кажњавања на основу *неодређеног закона*¹³.

⁹ Ова изрека се приписује немачком теоретичару кривичног права А. Foerbachu.

¹⁰ Тако Бачић констатује да је тачно да „има мало недемократских закона, али да има доста недемократске праксе“. Бачић, Ф., *Кривично право*, Опћи дио, Загреб, 1986, стр. 97.

¹¹ У нашој литератури правилно се наглашава потреба да законска бића буду јасна и прецизна, што је више могуће конкретна, како би се једно кривично дело тачно разликовало од другог и како би био поштован сам принцип законитости. О овом опширније види, Срзентић-Ђорђевић, *Архив*, бр. 4/49 стр. 623.

¹² Било би интересантно да одговор на ово питање чујемо и од Уставног суда.

¹³ Стојановић, З., *Кривично право* – општи део Београд, 2006, види опширније, стр. 39.

III

Кривична дела против службене дужности – иако су се она сразмерно рано појавила у историји кривичног права,¹⁴ до издвајања у посебну групу кривичних дела против службене дужности долази тек у XIX веку. У различитим периодима мењала се структура овог дела. По својим битним карактеристикама могу бити веома разноврсна. Ово дело је неоправдано и непотребно добило веома широк, чак и општи карактер, посебно на овим просторима у време социјализма.¹⁵ У Кривичном законнику кнежевине Србије од 1860. године налази се глава једанаест „О злочинствима и преступлењима чиновника у званичној дужности“. Ту се говори о кршењу закона од стране чиновника, судија, свештеника и сл., услед подмићивања. У Кривичном законнику од 1929. године за Краљевину Југославију посебно се одређују кривична дела која могу бити извршена од стране државних службеника.¹⁶ У кривичном законодавству у Југославији после Другог светског рата повреде службене дужности први пут се регулишу Законом о кривичним делима против службене дужности од 1948. године. Постепеним напуштањем концепта административног управљања привредом, привредна предузећа доби-

¹⁴ Још у старом Риму ово дело настало је и везано за примање мита државних службеника, као и за давање.

¹⁵ По Никетићу, ако би се у ова дела уврстила и дела која носе на себи општи карактер кривичних дела, онда би она могла испунити читав један законик..., одељак о кривичним делима против службене дужности треба да обухвата само кривице које се тичу повреде дужности од стране државних службеника. Ако се законодавац определио за правну казуистику, онда није могуће искључити општу карактеристику државних службеника у дужности. Надаље наводи, да не постоји ни један кривични законик који поред казуистике у одређивању кривичних дела нема и одредбу која обухваћа и општу злоупотребу државних службеника у дужности. Због тога је потребно у закону одвојити сва дела која се односе на злоупотребу службе у државним органима и институцијама и систематизовати их у засебну групу дела која могу да се изврше само од стране лица са посебним својствима тј. од *службеној лица*. Види, Никетић, Г., *Кривични законик, објашњења, пракса, споредно законодавство*, Београд 1939, стр. 691.

У Кривичном законнику од 1929. законодавац се определио за правну казуистику, јер су до сада и теорија и пракса довољно утврдили које учиниоце (кривце) у службеној дужности треба позвати на одговорност због тих дела. Види Никетић, Г., *op. cit.* стр. 691.

¹⁶ Види, Глава XXVIII, Пар. 384 и др. КЗ од 1929. године. У том законнику дело може да изврши само *државни службеник*. Издвајање у посебну главу, тумачи се тиме да то „потпуно одговара потребама правилне квалификације казнено-правног материјала, јер сва та дела имају своју засебну природу“. Види М. Чубински, *Научни и праксиични коментар Кривичној законика Краљевине Југославије*, од 27. јануара 1929. године, друго издање, Београд, 1934. стр. 629 и др. Иначе, кривична дела из те главе не могу да изврше *одговорна лица* у предузећима.

вају све већу аутономију у привредном пословању у погледу планирања, руковођења и пласмана на тржишту, а улога државе се ограничава на утврђивање основних смерница економске политике. У амбијенту који је тада постојао то изгледа врло амбициозно (јер је очито да је то време било далеко од тржишне привреде и слободног тржишта) – у Кривичном законнику¹⁷ од 1951. долази до раздвајања и посебног регулисања службених и привредних функција, што се одразило и на посебно регулисање кривичне одговорности њихових носилаца. Службена дужност се повређује од стране службених лица као носилаца те дужности, што је основна карактеристика тих кривичних дела, позната као *delicta propria*. Тако се у том Законнику посебно одређују кривична дела против службене дужности, у којима је извршилац могао бити само *службено лице*, а посебно кривична дела против народне привреде, којих извршилац може бити само *одговорно лице*.¹⁸ Но, друштвено-економско и политичко уређење тог времена – где није био равноправан третман приватне и друштвене својине, где многе асоцијације и предузећа нису имала јасно одређен статус у односу на тржишно пословање, где је функција тржишта постојала само деклараторно – наметало је другачији вид заштите у односу на класичну поделу заштите привреде и службене дужности. Зато је Изменама и допунама КЗ извршеним 1959. године допуњен чл. 314. КЗ, тако да то дело могу извршити и одговорна лица у предузећима. Тиме се уносе суштинске измене концепције кривичних дела против службене дужности; то нису више дела којима се повређује само законито вршење „службене дужности“, већ и законито вршење самоуправних и јавних овлашћења.¹⁹ Таквој законодавној концепцији кривичног дела против службене дужности више није одговарао ни назив „Кривична дела против службене дужности“, јер се овде проширује тај појам и на „јавна овлашћења“, на пословање у привреди, односно овлашћења у привреди, јавним предузећима и др.²⁰ У овом случају су очито *криминалнополицички разлози* (друштвено-економски односи,

¹⁷ „Службени лист“ ФНРЈ, бр. 13. из 1951.

¹⁸ Кривични законик из 1951, „Службени лист ФНРЈ“, бр. 13. из 1951. У глави XXIV одређују Кривична дела против службене дужности, у којима је извршилац могао бити само службено лице, а у глави XIX Кривична дела против народне привреде. Извршилац може бити само одговорно лице.

¹⁹ Коментар кривичног закона Републике Србије, Група аутора, Београд, 1991. цит. стр. 676.

²⁰ Због тога је у кривичним законцима република у саставу СФРЈ назив обухваћао поред службене дужности и јавна овлашћења нпр. „Кривична дела против службене дужности и јавних овлашћења“. Види, Коментар КЗС, оп. cit. стр. 677.

друштвено власништво, планска привреда и стратешко усмерење према самоуправљању и др.) определили законодавца да у оквиру кривичног дела злоупотребе службеног положаја укључи и одговорност за исто дело одговорних лица из предузећа. У Кривичном закону СФРЈ од 1976²¹, одвојена су она дела која могу извршити службена и она која могу извршити одговорна лица. У глави XIX одређена су кривична дела против службене дужности службених лица у савезним органима. Дакле, кривично дело злоупотребе службеног овлашћења може да изврши само службено лице (чл. 174). У КЗ Србије²², у чл. 242. злоупотреба службеног овлашћења, одређено је да дело може извршити и службено и одговорно лице у организацији удруженог рада и др. Пошто је у то време дошло до подељене кривично-правне надлежности између Савезне државе и Република, у свим републичким КЗ одређено је да то дело могу осим службених лица извршити и одговорна лица из привреде. У *Кривичном законнику од 2005.* године концепција кривичног дела злоупотребе службеног положаја из чл. 359. остала је иста као она из периода 1959. године, односно 1976, иако су се данас након дужег времена темељито променили друштвеноекономски и политички односи. Наиме, у глави XXXIII „Кривична дела против службене дужности“, одређено је да извршилац дела може бити поред службеног лица и одговорно лице у предузећу, установи или другом субјекту. За овакво решење нема правних али ни криминално-политичких разлога. Напротив, кривично-правни разлози у оквиру демократски уређеног друштва, у којем је владавина права основа Устава, где је усвојен плурализам економских и политичких интереса, а економско уређење почива на тржишној привреди, отвореном и слободном тржишту, слободи предузетништва, самосталности привредних субјеката и равноправности приватне и других облика својине (чл. 82. Устава Србије), – налажу потпуно другачију концепцију кривичног дела злоупотребе службеног положаја.

Дакле, сада је време да се вратимо на сам почетак у погледу третмана и регулисања кривичног дела злоупотребе службеног положаја, јер нас је од неких природних регулатива одвојила коначно напуштена идеолошка странпутица, тако да у Кривичном законнику опстоје стара решења. Остала су решења која су важила за суштински другачији, друштвено-политички и економски систем. Такво законско решење налази разне злоупотребе у свим транзиционим привредним и пословним потезима, која се налазе у систему промена са планске на тржишну привреду, па то

²¹ „Службени лист СФРЈ“, бр. 44/06.

²² „Службени гласник СРС“, бр. 26/77.

штети и кочи системске економске промене и развој и увођење слободног тржишта. Но, и та логика је могућа али само када се гледа са аспекта, планске, дириговане, административне привреде, која је напуштена а законодавна решења су остала из тог периода. Закон мора уважавати и пратити системске економске промене²³, које се темеље на тржишној привреди, те се посебно нормативно односи према логици тржишта, „тржишном ризику“, „пословном ризику“, „дискреционим правима“ и свим сегментима које намеће закон тржишта, које је коначно мера свих пословних потеза. Зато се намеће став да су одредбе чл. 359 КЗ и *нелегитимне*, гледано с аспекта уређености друштва на напред наведеним темељима, а основ и границе кривично-правне заштите овим делом су неодређене.

*Измене и дојуне КЗ извршене 2009.*²⁴ године нису решиле проблем који је постојао већ се, веровањем у стабилну концепцију тог дела, законодавном интервенцијом покушало ово дело само прецизирати. Тако је брисан став. 4. чл. 359. који гласи „*Одговорно лице у њредузећу, установи или другом субјекту које учини дело из стп. 1. до 3. овог члана казниће се казном њројисаном за то дело*“, вероватно из техничких разлога, јер се у ставу 1. уноси да дело врши „службено или одговорно лице“, а када је реч о прибављању какве користи „себи или другом“, додате су речи и „физичком или правном лицу“. Законодавац је одредио, када је у питању стицање себи или другом „какве користи“, да она може бити „физичком или правном лицу“. Ово је вероватно учињено под утицајем судске праксе која је стајала на становишту, када се имовинска корист прибавља другом физичком лицу да се тада може радити само о злоупотреби службеног положаја, а ако је у питању корист у корист другог правног лица, тада би се радило о неком делу из области привреде а не службене дужности²⁵. Оваквом законодавном интервенцијом није се решио проблем, а озбиљни покушај измене овог дела и прецизнија одређивања неких кривичних дела из области привреде је изостала, вероватно из разумљивог страха, јер новеле не могу да се примењују ретроактивно, а бројни процеси су у току управо због кривичног дела злоупотребе слу-

²³ Уколико закон не уважава и не прати системске друштвено-економске и политичке промене, у питању је и нелегитиман закон, који треба хитно мењати.

²⁴ Чл. 160. Закона о изменама и допунама КЗ, Службени гласник, РС, бр. 72. од 3. септембра 2009. год. ступио на снагу 11. IX 2009.

²⁵ Одлука ВСС, Кзз. бр. 64/05. „Кривичним делом Злоупотребе службеног положаја, имовинска корист се прибавља себи или другом ФИЗИЧКОМ а не ПРАВНОМ лицу“. Изменама КЗ из 2009. ова разлика је избрисана.

жбеног положаја²⁶, па су коначно ова дела а и друга из ове области остала још удаљенија од права Европске уније, које ће се морати пре или касније усагласити.

IV

Кривично дело против службене дужности, се састоји од повреде службене дужности, учињене од стране службеног лица у вршењу службе.²⁷ Ово је дефиниција према субјекту – службеном лицу и она се разликује од других група јер имају истородни заштитни објекат а то је *службена дужност*²⁸. Законом је одређено да извршиоци дела могу бити и *одговорна лица* из привреде, предузећа или другог субјекта привредног пословања²⁹. Тако се кључно кривично дело против службене дужности претвара у кључно кривично дело из области привреде. Но, *привредно кривично дело*,³⁰ у правом смислу речи, има за циљ заштиту привредног система и његово функционисање, а не државне или јавне службе. И поред чињенице да се већина кривичних дела врши од стране одговорних лица, појам привредног кривичног дела се може одредити преко групног заштитног објекта, а не само преко извршиоца, али се затим намеће питање какав модел привреде треба штитити, јер од тога зависи и које ће се инкриминације у овој области прописати. Пошто је у Републици Србији

²⁶ Код нас је ова ситуација ескалирала у новије време те се у пракси готово сва недовољена понашања у привреди квалификују као злоупотреба службеног положаја, а такво понашање је уздигнуто изнад сваког правила и принципа, не зато што би органи гоњења то желели већ зато што им то закон омогућава.

²⁷ У овом питању нема битних разлика у схваћањима кривичноправних теоретичара. Види, Таховић, Ј., *Кривично право – посебни део*, Београд, 1953, стр. 453. По, Живановић, Т., „службено кривично дело је оно кривично дело које има за обележје својство државног чиновника свог извршиоца и само због тога сачињава особено кривично дело“. Живановић, Т., *Основи кривичног права Краљевине Југославије, Посебни део II књига*, Београд, 1939, стр. 4, у истом смислу, Никетић, кривично дело против службене дужности треба да обухвати „само кривце које се тичу повреде дужности од стране државних службеника“, види, Никетић, Г., *op. cit.* стр. 691.

²⁸ Живановић, Т., *op. cit.* стр. 4.

²⁹ Одговорно лице је у суштини приватно лице, те не може да се меша са службеним лицем.

³⁰ Ово само условно називамо, имајући у виду да постоје идеје о формирању засебног привредног казненог права, па и привредног кривичног дела. Многе земље, па и наша (Закон о одговорности правних лица за кривична дела, из 2008) слично као неке државе у окружењу, већ имају донесене Законе о одговорности правних лица за кривична дела. О овом види, Зоран Стојановић – Richard Shine, *Коментар Закона о одговорности правних лица за Црну Гору*, Подгорица, 2007.

Уставом³¹, успостављено такво економско уређење које почива на тржишној привреди, отвореном и слободном тржишту, слободи предузетништва, самосталности привредних субјеката и равноправности приватне и других облика својине, требало је на основу тих фундаменталних вредности одредити и уподобити кривична дела за заштиту у смислу „обезбеђења једнаких услова привређивања и др.“ Управо због основних постулата на којима почива тржишна економија, у развијеним земљама западне Европе (Немачка и др.) не предвиђају се у кривичним законима могућности примене злоупотребе службеног положаја ради заштите правилног функционисања привредног система, нити се то дело уподобљава као привредно.

Ако се у једном периоду настанка *одговорног лица* и могло разумети његово изједначавање са службеним лицем, након коренистих промена у привреди и друштву, те увођење тржишне привреде, за то више нема никаквог разлога. Одговорно лице у привредном предузећу, без обзира на друштвено значење његовог деловања, не може се изједначити са службеним лицем. Када се у чл. 359. ст. 1. КЗ, наводи као извршилац службено или одговорно лице тада се једно службено дело претвара у привредно и обрнуто. Овакво законско решење је неодређено и није у складу са принципом законитости, јер просто језичким тумачењем долазимо до бројних проблема, не због несавршености језика већ због комбинације појмова који не дају одговор да то баш мора бити тако³². Наиме, ове су одредбе технички и нормативно двосмислене, иако се телеолошким тумачењем може видети шта је циљ законодавца.³³ Ако се анализира ст. 1. чл. 359. КЗ, с аспекта извршиоца (службено или одговорно лице), *први облик*, службено или одговорно лице које искоришћавањем свог „службеног положаја или овлашћења“, види се да одговорно лице не може да искоришћава „службени положај“, јер га нема, већ евентуално само „овлашћење“, затим *други облик* извршења; „прекорачењем граница свог службеног овлашћења“, дакле, само се усмерава на службено лице, јер не

³¹ Устав РС, од 2006. год. „Службени гласник Републике Србије“, бр. 98. од 10. новембра 2006, види, Трећи део, Економско уређење и јавне финансије, чл. 82. и др.

³² Иначе закони се не измишљају већ се проналазе једино могућа решења, па се зато и зову закони. Он мора бити израз објективно постојеће везе између појава. Може законодавац изразити вољу у форми било којег закона, али то ће бити формални закони који неће заживети и доводиће до бројних проблема у пракси.

³³ Овде се намеће питање утврђивања правог значења ове норме, јер језичко и право значење норме нису подударни. По Лукићу, „право значење норме може бити само једно од језичких значења или га уопште и нема“. Р. Лукић, *Увод у право*, Београд, 1977. стр. 391.

може одговорно лице да „прекорачи границе службеног овлашћења“; и трећи облик „невршење своје службене дужности“ се односи само на службено лице, јер не може одговорно лице да не врши службену дужност. Ове законске измене у КЗ Србије ишле су истим путем као што су то чиниле неке земље у окружењу, али нема дилеме да ће пре или касније и Законодавац у Србији, под притиском Европске уније, а ради усаглашавања кривичног права са правом и стандардима које усваја ЕУ, одустати од те старе и превазиђене концепције кривичног дела из чл. 359. КЗ, која није само у складу са принципом законитости, већ шкоди и кочи развој уопште тржишне привреде.

Кривично дело злоупотребе службеног положаја је опште кривично дело, тако да би уз поштовање принципа *специјалијетета* могло доћи у обзир, када је у питању одговорно лице, тек ако се његове радње не могу квалификовати по неком посебном делу из области привреде. Иначе, ово дело се преклапа са кривичним делом злоупотребе овлашћења у привреди из чл. 238. КЗ, тако да би се код правних квалификација требало опредељивати за ово дело а не за дело из чл. 359. КЗ, јер се овде ради о односу *посебној* према *општем делу*, а иначе одговорно лице злоупотребљава своја „овлашћења“ у *привреди а не у државној служби и сл.* Ако погледамо праксу судова и процесе који су покренути пред Посебним одељењем Окружног суда у Београду, онда се види да су оптужења готово сва квалификована сходно чл. 359. КЗ, иако су оптужена одговорна лица из области привреде. Таква политика кривичног прогона може да трпи вишеструку критику, јер квалификације у оптужењима нису прилагођене новом економском уређењу у којем постоји једнакост у утакмици свих облика власништва и интереса на слободном и отвореном тржишту, а затим због слабости у самом опису дела и двосмисленим појмовима, које га доводе у сукоб са сегментом начела законитости – начелом *nullum crimen sine lege certa*. Оваква законска концепција са комбинацијом службеног и одговорног лица (у тим земљама и не користи се појам одговорно лице), није прихваћена у кривичним законодавствима држава Европске уније. У већини европских држава, нпр. Аустрији, Швајцарској, Немачкој, па и Русији³⁴, кривично-правне одредбе, којим се регулишу кривична дела против привреде и против службене дужности, су раздвојена и налазе се у бројним посебним законима, док се у кривичном законнику наводе само понека. Наш Кривични законик иде једним решењем по којем се већи број кривичних дела против привреде одређује у посебној глави XXII, а мањи у споредном или посебном законодавству. У немач-

³⁴ Од 1996. године, када је донесен нови Кривични законик Русије.

ком КЗ /StGB/³⁵, XIX поглавље одређују се; „Кривична дела учињена у служби“, те се наводе, примање користи и давање користи, примање мита и давање мита, телесне повреде у служби, изнуђивање исказа, прогањање недужног, и др. и све је то везано за деловање *службеној лица у оквиру службе*. Кривична дела која се могу учинити у привреди су распоређена у више засебних глава, као што су „Превара и проневера“, „стечајна кривична дела“, „кажњиво користољубље“, кредитна превара, злоупотреба поверења (*Untreue*) и др. На основу наведеног се види да се законски изједначавају кривична дела злоупотребе службе, са кривичним делима која могу да учине „одговорна лица“ у предузећима, те се тако мешају две потпуно различите ствари, за које нема научно стручног оправдања.

V

Бројни проблеми се налазе код утврђења *противправности и кривице* као општих елемената појма кривичног дела, када је у питању одговорно лице у злоупотреби службеног положаја.³⁶ Природа привредног пословања подразумева деловање уз одређени „словни ризик“, а савремено пословање, нарочито у неким областима, захтева широко и „дискреционо право“³⁷ одговорног лица приликом доношења пословних одлука у субјекту привредног пословања. Посебно се „словни ризик“ налази као законски основ искључења противправности у неким страним кривичним законима, али и у нашем, као фактичка чињеница се не може занемарити. Он се заснива на принципу претежног интереса³⁸. Коначно сви пласмани се врше у оквирима тржишне привреде, па се сви потези излажу тржишном ризику и вредновању³⁹, што посебно делује на противправност и може да је искључује. Ако одговорно лице у предузећу, или некој финансијској организацији или банци, наступа са својим широким дискреционим правима, ако се послови обављају на више сте-

³⁵ Кривични законик СР Немачке, од 1987. /StGB/, превод мр. Димитрије Павловић, Београд, 1998.

³⁶ Опширније види, З. Стојановић, *Коментар КЗ*, II издање, Београд, 2007, стр. 755.

³⁷ По Живановићу, ако је службеник могао по дискреционом праву да поступи онда неће постојати подмићивање већ само дисциплински преступ. Види, Живановић, Т., *ор. cit.* стр. 18.

³⁸ Стојановић, З, *Кривично право*, Општи део, Београд 2006. стр. 152.

³⁹ Треба истаћи да је и сам ризик тржишна категорија. Он је у ствари битна компонента тржишта без које оно не би могло постојати. Види опширније, Ј. Горчић, *Приручник за управљање ризицима банке према закону о банкама, систем, орјани, стандарди и процедуре*, Београд, 2006, стр. 111.

пена одговорности, ако равноправно учествује у доношењу колективних одлука⁴⁰, уз бројне тржишне ризике, онда је по себи јасно да се тај више-струко сложени грађанско-правни однос не може правилно квалификовати као злоупотреба службеног положаја, због више основа који искључују противправност.⁴¹ Конкурентност на тржишној привреди је ризична и на страни понуде и на страни тражње а ризици делују у тржишним условима у целини и на сваком (сегментираном) тржишту⁴². Због тога је управљање ризицима веома важна делатност. Ако се нужно мора поступати са већим или мањим ризиком (што се утврђује на основу одређених економских стандарда), онда се поставља питање у којој мери ризик треба прихватити, а који би утицао на искључење противправности као једног од основних елемента општег појма кривичног дела. Због тога се намеће основно питање да ли је могућа кривичноправна заштита у условима тржишне привреде са оваквом концепцијом кривичног дела – злоупотребе службеног положаја. То директно доводи не само до неефикасности кривичног права⁴³, него је супротно *начелу лејџимности*, а надаље то имплицира систем *објективне и колективне одговорности* коју не познаје кривично право. Деловањем у оквирима тржишне привреде грађани, па чак и правници, често нису сигурни шта представља забрањено понашање. Но, принцип законитости и други кривичноправни принципи, као и захтеви генералне превенције, захтевају да законски описи кривично-правних норми буду такви да их је могуће лако схватити и употребити у заштити од криминалитета. Са друге стране, они треба да буду јасни и одређени по најбољим стандардима, како би грађани могли да их препознају и да знају шта је забрањено.

Код кривичних дела злоупотребе службеног положаја у финансиј-

⁴⁰ Посебан је проблем индивидуалне субјективне одговорности код колективних одлука, било то када се гласа за заједничку одлуку, било када се уздржи или се гласа против такве одлуке.

⁴¹ Опширније види, Јованчевић, Н., Кривично дело злоупотребе службеног положаја, Научни скуп, Копаоник, 2008, стр. 178–183.

⁴² По Горчићу, банка се сусреће са ризицима који долазе из саме банке, унутрашњег окружења (локално тржиште, економска политика, привредна кретања – рецесија или конјунктура, монетарна, пореска политика, законодавство и сл.) или спољног окружења (ситуација на иностраним финансијским тржиштима, јурisdикције и други специфични ризици земаља у којима банка има пословне операције, међународна привредна и валутна кретања и сл.). Види, Горчић, Ј., *op cit.* стр. 111, 112.

⁴³ До сада су стварни ефекти кривичноправне заштите остали добрим делом непознати, а представа о тој ефикасности се заснива на „претпоставкама и теоријским спекулацијама“. О овом види, Стојановић, З., Кривично право, општи део, XII издање Београд 1996. стр. 78.

ским организацијама или предузећима, посебно је могуће да се учинилац налази и у *стварној* и у *правној заблуди*⁴⁴. Нарочито је могуће постојање правне заблуде код сложеног привредног и финансијског пословања, где извршилац није свестан да су неке његове радње забрањене, било због тога што уопште не зна да је нешта прописано као кривично дело, било зато што погрешно тумачи одређен пропис.⁴⁵ Због тога је отежано утврдити кривицу код злоупотребе службеног положаја у финансијским организацијама или предузећима где се у сложеном технолошком процесу, са високо сложеном поделом рада, обављају одређене делатности, а учинилац дела се позива на правну заблуду⁴⁶. Овде није у питању само она ситуација када учинилац није био свестан забрањености дела и једноставно држи да су радње његове у целини дозвољене и законите (*директна заблуда*), већ и у оним случајевима када се појављује заблуда у погледу неког основа који искључује противправност (*индиректна заблуда*). Нпр. директор у предузећу својом одлуком преноси одређена своја овлашћења на другог директора, не знајући да то право може да пренесе само одређено тело у правном субјекту⁴⁷. У оба случаја код учиниоца не постоји свест о забрањености дела, а пошто је свест о противправности, односно забрањености дела, елеменат кривице,

⁴⁴ Код неких кривичних дела која су зло сама по себи (*mala in se*), нпр. убистава, крађе, и сл, искључено је постојање правне заблуде. Види, Стојановић, З., *Кривично право*, општи део, XII издање Београд 1996, стр. 178.

⁴⁵ За нека од њих не зна већина грађана, па чак и правника. Види, Стојановић, З., *Кривично право*, општи део, XII издање Београд 1996, стр. 179.

⁴⁶ Стојановић, З., До сада је постојао резервисан став судске праксе у погледу примене правне заблуде, а са новим решењима која искључују постојање кривичног дела, још ће више доћи до изражаја. *Кривично право*, општи део, XII издање Београд 1996, стр. 180.

⁴⁷ У једној финансијској организацији, у којој се обавља на хиљаде разних трансакција дневно, тешко је утврдити умишљај као облик кривице, нпр. код доношења одлука о додели кредита, великих, малих или највећих, одобравања, акредитива, гаранција, јемстава или авала, уколико су одлуке донесене колективно, а неки пропусти постоје у стручним службама, или су системски ствари лоше постављене, а осим тога ако постоје бројне друге радње које утичу на та решења и коначно ако се сви послови покажу као успешни пласмани. Дакле, питање ће бити увек да ли су одређени потези вучени у *интересу службе*, или у *неком групном циљу*. На основу тога ће се моћи утврђивати субјективни однос учиниоца према делу. Исто тако се може поставити питање, да ли се ради о некој врсти злоупотребе када судија појединац уместо већа проведе поступак и донесе одлуку а није био за то надлежан.

⁴⁸ У ранијем ОКЗ, чл. 17. правна заблуда није представљала основ за искључење кривице, већ је она била од утицаја на кажњивост, наиме, ако учинилац дела није знао да је дело забрањено могао је бити блаже кажњен или ослобођен од казне. Полазило се од старог правила *error iuris nocet*. Такво решење није одговарало стању у савременом друштву где су „правне па и кривично-правне норме бројне и сложене“. Да би таква могућност

кривица је искључена (чл. 29. ст. 1. КЗ), а тиме и кривично дело.⁴⁸ Исто тако по природи ствари се не може узимати да постоји умишљај код учи-ниоца на злоупотребу, зато што је дужник запао у финансијске тешкоће у враћању кредита, или чак до немогућности враћања кредита, када постоје банке које откупљују кредите и сл. Овде се ради о указивању да у привредним делатностима постоје такви односи који нису најподобнији за кривично-правну заштиту путем злоупотребе службеног положаја из чл. 359. КЗ. Зато се са правом истиче да „постоји опасност од сувише широке примене ове инкриминације, што би, уместо сузбијања одређених облика криминалитета у привреди, могло имати штетне последице за привредно пословање у целини“⁴⁹. Овакво стање налаже хитне и корени-те промене у кривичном законодавству, изменама постојећих и прописи-вањем нових којим се штити правилно функционисање тржишта и заштите привредних добара.

Закључак

Кривично дело злоупотребе службеног положаја из чл. 359. КЗ се представља као кључно кривично дело из области привреде. Законски текстови, теоретска схваћања и практична решења указују да је норма-тивна концепција тог кривичног дела широко постављена, неодређена и непрецизна и као таква је била предвиђена за друштвено-економске од-носе који су утемељени на друштвеном власништву, социјалистичком са-моуправљању, па се због тога изједначава као потенцијални извршилац службено или одговорно лице из привредног пословања. Таква законска формална одређеност је у суштини непрецизна и неодређена норма, ко-је је у супротности са принципом законитости, који налаже да закон мо-ра бити *опређен, прецизан, (Lex certa)*. Опасност од сувише широке примене ове инкриминације може да доведе, уместо сузбијања одређе-них облика криминалитета у привреди, до вишеструко штетних последи-ца за привредно пословање у целини, па чак до онемогућавања развоја тржишне привреде. Да би се провео *принцип законитости* неопходно је у будућим изменама, ст. 1. чл. 359. брисати одредбе које се односе на од-говорно лице у предузећима, а затим сходно захтевима тржишне при-вреде прецизније одредити и извршити ревизију кривичних дела из области привреде.

постојала било је потребно да је учинилац, из оправданих разлога био у правној заблуди. Види Стојановић, З., *Кривично право*, општи део, XII издање Београд 1996, стр. 179.

⁴⁹ Стојановић, З., *Коментар КЗ*, II издање, Београд, 2007. стр. 755.

Nedeljko Jovančević, Ph. D.

CONCLUSION

Criminal act of official position abuse from art. 359 of the Criminal Law, represents the key criminal act from the field of economy. Legal texts, theoretical understandings and practical solutions indicate that the normative conception of that criminal act have been widely set up, undetermined and not precise and as such the same were provided for social and economic relations which are grounded on the social ownership, socialist self-management, and due to the mentioned reason equals as a potential performer, official and liable person from economic activities. Such legal formal orientation is in fact not precise and undetermined norm which is in contrast with the principle of legitimacy which indicates that the law must be *determined, precise (Lex certa)*.

The danger of a very wide application of this incrimination may lead, instead of repression of certain forms of criminality in economy to many harmful consequences for economic operations as a whole, it may even make impossible the development of the market economy. In order to enforce the *principle of legitimacy*, it is necessary to, in the future changes par. 1 art. 359 erase provisions which relate to the liable person in enterprises, and then in accordance with the demands of market economy, to determine and make revision of the key criminal acts from the field of economy.

UDK: 368.212 ; 347.518:656.1

Драїослав Вељковић

судија Врховног суда Србије, у пензији

КО ЈЕ ОДГОВОРАН ЗА ШТЕТЕ УСЛЕД УДЕСА ИЗАЗВАНОГ МОТОРНИМ ВОЗИЛОМ И УТВРЂИВАЊЕ НАКНАДЕ ШТЕТЕ У ВЕЗИ СА САОБРАЋАЈНИМ УДЕСОМ

У медијима се ових дана често приказују случајеви великог броја уде-са у саобраћају, са забрињавајућим последицама смртних исхода. Међу-тим, у овом напису неће се говорити о правилима која се односе на понашање учесника саобраћаја у покрету, а које регулише Закон о осно-вама безбедности саобраћаја на путевима, нити о доношењу новог зако-на који ће заштити правила понашања учесника у саобраћају, прописујући оштре мере за прекршаје и привредне преступе, до одузи-мања возачке дозволе. Такође, неће бити речи ни о кривичној одговорно-сти учинилаца кривичног дела против безбедности јавног саобраћаја.

У овом напису биће речи о грађанско-правној одговорности учесни-ка у саобраћају поводом одговорности, материјалној (стварној – имовин-ској штети на возилу) и нематеријалној штети (штета која се не изражава у имовини као што су: претрпљени физички бол, повреда части и угле-да, душевни бол услед наружености, повреда, страха и др.) у случају уде-са изазваног возилом у покрету.

Та питања регулише Закон о облигационим односима, који је извор свих животних догађаја, насталих уговором или без уговора. Управо ови

односи „без уговора“, предмет су нашег разматрања, којима поменути закон даје адекватна решења.

Основно правило, које прописује наведени закон, јесте да се у случају удеса изазваног моторним возилом у покрету, који је проузрокован искључивом кривицом једног имаоца, примењују правила о одговорности по основу кривице, што значи да је онај ко другоме проузрокује штету дужан да је накнади, наравно, уколико не докаже да је штета настала без његове кривице. Поред тога, правило је да, ако постоји обострана кривица, да сваки ималац возила одговара за укупну штету коју су они претрпели, сразмерно степену своје кривице, а ако нема кривице ни једног имаоца возила, да одговарају на равне делове, ако разлози правичности не подразумевају што друго. И на крају, да за штету коју претрпе трећа лица, имаоци возила која су причинила штету одговарају солидарно, што значи да оштећено лице може да захтева накнаду целокупне штете од једног учиниоца штете, или од свих учесника који су учествовали у проузроковању штете.

То што је у поменутој основној одредби наведено да се примењују правила о одговорности по основу кривице, значи да се одговорност имаоца моторног возила заснива на обавези да накнади штету коју је другоме проузроковао својом *кривицом* (тзв. субјективна одговорност – јер је основ овакве одговорности КРИВИЦА, а кривица је субјективне природе – нанета је другом материјална штета). Ово због тога, када имаоци моторних возила својим возилима у покрету изазову удес, односно када се два или више возила сударе и причине штету, настаје однос само између њих, јер је штета настала једном од њих, или и једном и другом, па тај однос морају решити по правилима о одговорности по основу кривице, а *кривица постоји када је штећеник проузроковао штету намерно или непажњом*, али се она односи и на одговорност без кривице (тзв. објективна одговорност, у ком се случају одговара – ако се испуне објективни одређени услови – да постоји штета и да је она у узрочној вези са штетом коју је причинио учинилац, која је објективне природе, дакле по основу опасане ствари која је штету причинила, јер се возило објективно сматра као „опасна ствар“).

Појам „удеса“, пре свега, претпоставља „незгоду“ између два возила, која су се сударила, за који могу бити одговорна оба имаоца возила, или само један од њих, али и онда ако су два возила својим кретањем на путу, и без судара, изазвала незгоду неком од њих (на пример, један од њих слетео је са пута да би избегао већу штету) или трећем лицу.

Тако, на пример, ако се једно возило неправилно креће путем, а друго возило, које долази из супротног правца, мора да избегне судар и скре-

не у страну, па тако себи, возилу или трећем лицу причини штету, настаје одговорност по основу кривице власника возила које се непрописно кретало путем. У том случају одговорност између власника возила се расправља у оквиру одговорности по основу кривице, односно субјективне одговорности, а одговорност према трећем лицу по основу објективне одговорности, углавном солидарно, при чему касније солидарни дужник који није крив остварује право на рефундацију од стране која је крива за штету, ако је штету исплатило трећем лицу.

Ако је удес настао, а нема кривице ни једног од учесника за тај удес, (а штета је настала по основу објективне одговорности – опасне ствари) онда имаоци одговарају на равне делове, осим ако „разлози правичности не захтевају што друго“. Наиме, њихова одговорност се заснива на објективној, каузалној одговорности. Ово због тога што њихова кривица није основ одговорности, па оштећени уопште не мора доказивати кривицу имаоца моторног возила да би остварио право на накнаду штете. Због тога се одговорно лице не може ослободити одговорности доказивањем да до њега нема кривице ако се штета догодила од његове „опасне ствари“, моторног возила.

Одговорност власника возила за штету коју причини друго лице и када се учесник у удесу може ослободити одговорности

По правилу, власник моторног возила одговара за штету коју је проузроковао приликом вожње свог возила, али је одговоран и у случају ако је штету проузроковало треће лице, ако је то треће лице вожњу извршило са знањем и одобрењем власника возила. Он не би одговарао само ако је треће лице коме је поверио возило штету причинило у случају више силе, кривицом оштећеника, кривицом трећег лица, или кривицом неког другог возача, које је противправно одузело возило и са њим извршио штету.

Он се може ослободити одговорности и ако докаже да је штета настала из разлога да његово возило, као опасна ствар, није било узрок штете.

Закон не регулишу питање одговорности власника моторног возила, ако је његово возило украдено и кривично-правни извршилац причинио штету трећем лицу, односно не регулише питање одговорности власника моторног возила ако му је неко противправно одузео возило и са њим извршио штету. У судској пракси се постављало питање да ли власник моторног возила одговара за штету коју је његово возило причинило трећем лицу, које му је неко противправно одузео и са њим извршио штету.

Одговор на то питање треба потражити у случају који се овде наводи. Наиме, један власник аутомобила, оставио је своје возило у свом дво-

ришту и дуже време га није користио јер је био на раду у иностранству. У међувремену је неко лице ушло у његово двориште и украдо то возило. Возећи га противправно, и то још у алкохолисаном стању, проузроковао је штету трећем лицу, за коју је кривично одговарао, али је у парничном поступку оштећени остварио право на накнаду штете од власника возила, кога је заступало неко недовољно стручно лице.

Знамо да се за штету од ствари од којих потиче повећана опасност штете за околинду одговара без обзира на кривицу.

Али ко одговара ако је аутомобил, који представља повећану опасност, украден из дворишта власника тог аутомобила? Законом је прописано да кривица постоји када је штетник проузроковао штету намерно или непажњом. У овом случају неко би тврдио да је власник био непажљив када је своје путничко возило оставио у свом дворишту. То је делимично тачно, али ако је двориште део стана, односно зграде, онда се такво двориште третира као целина са стамбеним објектом, која је по закону заштићена.

Обичај је код нашег народа да се не закључавају не само дворишне капије (које се могу и прескочити), већ ни врата од стамбене зграде, односно стана, мада се у последње време ово мења. Према томе, таквом лицу се не може ставити на терет несавесност, због које би он одговарао – због тога што је своју „опасну“ ствар пасивно држао у свом дворишту. Поставља се и питање да ли је остављени кључ у аутомобилу околност која би упућивала на несавесност власника возила? Не, јер крадљивац може већ познатим методама ставити мотор у погон, кидајући и спајајући каблове за покрет возила, утолико пре што крадљивац возила није ни знао да се у возилу налазе кључеви аутомобила.

У једној кривичној одлуци Врховног суда Србије стоји да је противправно присвајање материјала ускладиштеног на отвореном плацу, обезбеђеном помоћу чврсте жичане оградe, извршено путем исецања жицане оградe клештима и прављења отвора кроз који су покретне ствари са тог плаца и извучене, да се у радњама извршиоца стичу сва законска обележја кривичног дела тешке крађе.... извршеног проваљивањем – без обзира на то да ли је извршилац до тих ствари могао доћи и без проваљивања те оградe.

Дакле, и у овом случају се потврђује правило – ако је имаоцу одузета опасна ствар на противправан начин, за штету која од ње потиче не одговара он, него онај који му је одузео опасну ствар, ако ималац није за то одговоран. Према томе, могло би се ослободити одговорности лице чијим је аутомобилом причињена штета другом, ако му је возило украдено и ако је возач украденог возила причинио штету другом.

Детаљно се о ослобађању од одговорности говори у закону у коме се, поред осталог, наводи: да се ималац ослобађа одговорности ако докаже да штета потиче од неког узрока који се налазио ван ствари, а чије се дејство није могло предвидети, ни избећи или отклонити и уколико ималац ствари докаже да је штета настала искључиво радњом оштећеника или трећег лица, коју он није могао предвидети и чије последице није могао избећи или отклонити.

Правило је, дакле, да власник опасне ствари одговара по прописима о објективној одговорности, односно због тога што је штету проузроковало његово возило које се сматра опасном ствари, али је његова одговорност за штету проузроковану опасном ствари искључена ако је штета настала дејством више силе, кривицом трећег лица или искључиво кривицом трећег лица.

Путничко возило у покрету представља опасну ствар и његов власник, односно корисник, одговоран је за штете које употребом аутомобила буду проузроковане трећим лицима. Ту одговорност, као што је речено, искључује само дејство више силе, кривица трећег лица или искључива кривица оштећеног.

Ако би чињенично стање било као што је наведено, власник аутомобила који је причинио штету вођњом другог лица, крадљивца, и који је погрешном правоснажном одлуком суда обавезан на накнаду штете, углавном и због погрешног заступања, власник возила би могао да оствари право на накнаду према оном лицу коме је дао овлашћење да га заступа, ако то лице није поступало у складу са правилима о савесном заступању странке пред судом. Наравно, он би накнаду штете могао да тражи и од лица које је штету проузроковало али, чини се, било би то теже ако је то лице без икакве имовине.

У наведеном случају и суд би имао дужност да позове туженог – власника аутомобила и да га упозори на несавесно заступање његовог пуномоћника, односно да му на неки начин скрене пажњу да ангажује неког другог, савеснијег, односно стручнијег пуномоћника. А ако је досадашњи пуномоћник стварно лоше поступао у заступању, не предузимајући правне радње које му омогућава Закон о парничном поступку, његова одговорност је очигледна.

Присуство веће количине алкохола од недозвољене у крви возача још увек не представља основ за обавезу таквог возача да накнади штету која је проузрокована његовом вођњом при таквом степену алкохолисаности, и то све дотле док се не докаже да је управо алкохолисаност возача била у непосредној узрочној вези са настанком штетног

догађаја, односно да је она представљала непосредан узрок настанку штете. Ту околност, пак, доказује лице које је управљало возилом и проузроковало штету.

Подељена одговорност – ако постоји обострана кривица

Подељена одговорност представља вид умањења накнаде штете која је већ утврђена у виду потпуне накнаде, ако се докаже да је и оштећени допринео да она настане или да буде већа него што би иначе била.

Када се расправља о одговорности за штету увек се мисли на оног ко је штету причинио – који је својим радњама, чињењем или нечињењем, причинио какву штету другом лицу. Међутим, у неким случајевима и оштећени може неким својим поступком или пропуштањем да допринесе да штета настане, или буде већа него што би иначе била, или својим радњама допринесе да се још више погорша положај онога који је причинио штету. У том случају штетник није дужан да штету накнади у пуној вредности, јер није једино он одговоран за настанак штете за коју одговара.

Због тога постоји подељена одговорност, која се у погледу обима одговорности свакога од њих процењује са становишта доприноса да штета настане. То значи да се она не дели пола према пола, већ према доприносу сваког од њих посебно. У условима подељене одговорности висина накнаде штете коју дужник сноси умањује се сразмерно одговорности оштећеног.

Оштећени може допринети да штета настане или да буде већа него што би иначе била уколико би, на пример, повредио начела савести и поштења, односно ако би занемаривао своје обавезе у спречавању настанка штете, или уколико би се у случају настанка штете пасивно односио према оштећеној ствари и не би предузео потребне мере за умањење вредности оштећене ствари.

Судска пракса је забележила неке карактеристичне случајеве који су настали у примени института подељене одговорности. Тако, на пример, за настанак штете услед повреде пешака путничким возилом, док се мимоилазило са другим возилом, крив је и пешак који се противно прописима кретао својом десном страном. Затим, неприлагођена возња моторног возила условима пута и неправилно кретање пешака ван пешачког прелаза представљају допринос настанку штете оба учесника у саобраћају. Такође, лице које зна да је возач у алкохолисаном стању и пристане на вожњу под тим околностима сноси део одговорности за евентуалну штету која за њега настане из такве вожње, јер се свесно изложило ризику настанка штете, итд.

Ако је, пак, немогуће утврдити који део штете потиче од оштећеникове радње, накнада се досуђује узимајући у обзир околностима случаја. То значи да околности случаја могу упутити на закључак да одговорност штетника може бити већа или мања од штете која би се могла приписати оштећеном, да је својим радњама допринео да штета настане, или да буде већа него што је иначе била. То значи да се оштећени не може ослободити одговорности за свој део штете, па макар био и мањи од дела који се приписује у кривицу оштећеног.

У једном случају штету је проузроковао радник власника возила, па је суд утврдио да је власник возила одговоран да накнади штету оштећеном. У поступку који је покренут код суда, власник возила је тужио свог радника и тражио да му исплаћену штету накнади. Како није дошло до споразума, суд би утврђивао колики су удели којег од солидарних дужника према повређеном лицу у саобраћајној незгоди, па би утврдио и констатовао који су основи њихове солидарне одговорности. Власник возила, који је накнадио штету коју је проузроковао његов радник, има одговорност по основу власништва над возилом којим је проузрокована саобраћајна незгода, и то као вид објективне одговорности и одговорност за свог радника, који је по кривичној пресуди искључиви кривац за проузроковану саобраћајну несрећу, као вид одговорности за другога. Законом успостављена одговорност власника возила и његовог радника који је проузроковао штету и њихова солидарност према оштећеном прописани су у циљу обезбеђења оштећеног лица, односно побољшања његовог положаја у погледу могућности наплате накнаде штете.

Питање поделе њихових удела у причињеној штети, за коју су оштећеном солидарно одговорни по регресном захтеву једног од њих који је исплатио штету у целости, мора се решити анализом узрока штете, од чега ће зависити удео који ће пасти на сваког од њих. То не значи да се по регресном захтеву не може утврдити да је само један од њих дужник укупног износа штете, уколико на то указују околности случаја. Њихова солидарност се односи само на оштећеног, да би се побољшао његовог положај, а њихови међусобни односи могу се решити по принципу одговорности за проузроковану саобраћајну незгоду у којој је штета настала.

Подељена одговорност и снижење накнаде

Закон прописује правило да суд може, водећи рачуна о материјалном стању оштећеника, осудити одговорно лице да исплати мању накнаду него што износи штета, ако она није проузрокована ни намерно ни крајњом непажњом, а одговорно лице је слабог имовног стања, те да би га исплата потпуне накнаде довела у оскудицу.

Разлика не постоји у погледу начина на који се решава питање снижења накнаде и подељене одговорности. Као и код снижења накнаде материјалне штете, суд води рачуна и код признавања нематеријалне штете штетнику, о материјалном стању оштећеника, како је напред наведено.

Правило о подељеној одговорности код нематеријалне штете има у виду и одговорност оштећеног који је допринео да штета настане или да буде већа него што би иначе била, у ком случају суд својом одлуком сразмерно смањује накнаду нематеријалне штете.

Битно је нагласити да се правила о снижењу накнаде и о подељеној одговорности морају применити у току поступка којим се тражи накнада за нематеријалну штету. То значи да ће одлука суда расправити сва та питања и, ако постоје услови за то, снижити потраживање оштећеног до износа која задовољавају правила о снижењу накнаде. Према томе, правоснажна одлука о нематеријалној штети мора мора јасно показати да је суд приликом доношење одлуке имао у виду све околности које су утицале на снижење накнаде или на подељену одговорност. Једном већ донета правоснажна одлука се убудуће не може мењати, осим у случајевима које предвиђају одредбе Закона о парничном поступку.

Утврђивање одговорности свих учесника у саобраћајном удесу

Ако један од учесника у ланчаном судару у поступку тражи накнаду штете, не може се закључити да је возач који је причинио штету другом возилу одговоран само због тога што није држао прописно одстојање. По становишту судске праксе, понашање учесника у ланчаном судару не може се на једној страни начин посматрати и закључити да су сви учесници у одређеном судару подједнако криви за штету која је настала у том судару. Наиме, мора се утврдити да ли у удесу има кривице и осталих учесника, те да ли има основа за одговорност оних који су тужени. То значи да би се суд морао позабавити понашањем сваког од учесника у предметном удесу, тим пре што се вештачењем може утврдити какво је њихово понашање било непосредно пре удеса, као и елементе за утврђивање да ли су таквим понашањем повређена прописана правила о мењању брзине кретања возила, односно заустављању возила.

Ослобађање одговорности ако се несрећа није могла спречити нити предвидети

Има случајева да возач моторног возила није могао да отклони, односно спречи несрећу и штету, због чега се поставља питање који услови у датом тренутку морају бити испуњени да би возач био ослобођен одго-

ворности за штету. По правилима о одговорности, власник, као и други имаоци моторног возила, одговарају за штету по начелу узрочности, која објективно постоји између узрока и његове последице, без обзира на кривицу (а обично се одређене људске радње сматрају као узроци последице). Због тога ималац моторног возила није дужан да накнади штету која је настала у вези са моторним возилом из узрока који је изван моторног возила, а није се могао предвидети ни отклонити. Код примене начела објективне одговорности (одговорност без кривице – због поседовања возила као опасне ствари, којом је штета проузрокована) терет доказивања о искључивој кривици оштећеног лежи, односно о узроку несреће која се није могао предвидети ни отклонити, на имаоцу моторног возила.

У једном случају, нижестепени судови су донели одлуку, на основу мишљења судских вештака, да је шофер прилагодио брзину вожње условима клизаве улице, да је предузео потребно кочење, но да у датим условима није могао да заустави возило благовремено и тако отклони штетне последице, пошто је пешак изненада ступио на коловоз и почео прелазити улицу ван прелаза за пешаке. На основу тако утврђеног чињеничног стања такав закључак се није могао прихватити – да је за несрећу искључиво крив оштећени (пешак), а да на страни шофера нема никаквог пропуста ни неправилности у вожњи, те да је по том основу тужени ослобођен одговорности за штету од његовог моторног возила.

У конкретном случају требало је утврдити да ли у датим околностима изненађени возач није могао да отклони односно спречи несрећу и штету. По правилној примени материјалног права за ослобођење од одговорности потребно је не само то да се несрећа није могла спречити у датим околностима, већ да се није могла ни предвидети. О томе да ли се несрећа могла предвидети одлучују судови, али ту околност треба ценити. Према реченом, није извесно да се не може предвидети могућност настанка штете, наравно према околности случаја.

Тачно је да ималац моторног возила одговара без обзира на кривицу за штету која је настала деловањем његовог моторног возила, као опасне ствари.

Међутим, ималац моторног возила ослобађа се одговорности само ако је за штету искључиво крив оштећени. Оштећени сноси део штете ако је он делимично својом кривицом допринео да настане штета. Фактичко и правно је питање кад постоји искључива кривица оштећеног која је основ ослобођења одговорности имаоца моторног возила.

Прописи о одговорности, без обзира на кривицу (каско објективне одговорности) одговара правни став да се ималац ослобађа потпуно одговорности ако је штета настала услед понашања оштећеног, под условом

да су понашање и штета од моторног возила, условљени тим понашањем, нису могли предвидети ни спречити, односно отклонити.

То је чињенична претпоставка за примену правила о ослобођењу од одговорности имаоца моторног возила због искључиве кривице оштећеног.

Проблем одговорности се не завршава ако се не наведу и случајеви утврђивања накнаде за причињену штету, а наиме: како се утврђује обим накнаде материјалне штете, посебно накнада материјалне штете у случају смрти, телесне повреде и оштећења здравља, затим утврђивање накнаде материјалне штете у случају повреде части и ширења неистинитих навода, као и накнада нематеријалне штете.

I. Како се утврђује обим накнаде материјалне штете

За одређивање висине штете од значаја је да ли оштећеник има право само на накнаду обичне (стварне) штете или и на накнаду измакле (изгубљене) користи.

Обична штета представља свако умањење нечије имовине, тј. оне имовине коју је оштећени имао у моменту настанка штете. Измакла корист представља само ону корист за коју је извесно да би је оштећени, према редовном току ствари или према посебним околностима случаја, остварио да штетник није причинио штету, односно да је своју обавезу накнаде штете извршио о року и како треба.

Штетник је дужан да оштећеном накнади и једну и другу врсту штете, у зависности од тога да ли би оштећена ствар, или нека друга околност која оштећеном умањује оштећено добро, од које је остваривао користи, доприносила стварању користи, односно добити, односно ако би ту корист остварио да штета није била причињена.

Обична штета може бити материјална и нематеријална, а измакла корист само материјална.

Материјална штета настаје умањењем вредности ствари, или њеним потпуним уништењем, затим штета учињена некоме на имовини, односно смањење функционалности ствари, или немогућности коришћења ствари од које је остваривао приход, што као последицу ствара немогућност оштећеног да нормално користи ствар, као и да остварује корист која се по природи ствари може очекивати од ње.

Нематеријална штета (неимовинска штета) представља повреду личних права или интереса оштећеног лица, који немају утицаја на његову имовину. Она се материјализује кроз претрпљене физичке болове, за претрпљене душевне болове, због умањења животне активности, наружено-

сти, повреде угледа, части, слободе или права личности, смрти блиског лица, као и за страх.

Висина накнаде штете зависи од низа околности. По правилу, она се одређује према ценама у време доношења судске одлуке. Цена ствари која је била предмет штете може бити утврђена ценовником предузећа које врши промет таквих ствари, али се може утврдити и вештачењем, а ако то није могуће онда се цена одређује у смислу одредаба Закона о парничном поступку, по којима ако се утврди да странци припада право на накнаду штете, на новчани износ или заменљиве ствари, или се висина износа, односно количина ствари не може утврдити или би се могла утврдити само са несразмерним тешкоћама, у том случају суд одлучује по слободној оцени.

Ако суд одлучује о висини штете по слободној оцени, он се прво креће у границама тужбеног захтева, што значи да не може да досуди већи износ штете од оног који је тражен тужбом, али кад утврђује штету он се руководи неким знањем, уз помоћ вештака који ће му пружити податке релевантне за доношење одлуке по слободној оцени суда.

У судској пракси забележени су неки случајеви који упућују судове како би требало да поступају приликом утврђивања штете. Тако, на пример, висина причињене штете на оштећеном аутомобилу утврђује се на основу набавне цене овог аутомобила, умањена за износ амортизације, рабаћења, односно вредности осигураног моторног возила у време утврђења штете, умањену за вредност остатка оштећеног аутомобила. Набавна цена моторног возила утврђује се на основу фактуре за купљено возило, а ако је у питању инострано возило набавна цена је она која представља продајну цену таквог аутомобила на нашем тржишту. Уколико је возило набављено страним средствима плаћања тада се врши прерачунавање девиза по домаћем курсу на дан доношења судске одлуке.

Ако би се радило о проузроковању тоталне штете на моторном возилу, а његовом власнику је делимично исплаћена накнада, онда при остваривању права на накнаду материјалне штете по овом основу утврђује се прво укупна висина штете према ценама у време пресуђења, а затим се од тог износа умањује проценат за који је он делимично обештећен, па му се досуђује накнада у висини за коју је тотална штета остала непокривена.

За утврђивање измакле користи дата су упутства по закону, по којима се при оцени висине измакле користи узима у обзир добитак који се могао основано очекивати према редовном току ствари или према посебним околностима, а чије је остварење спречено штетниковом радњом или пропуштањем. Тако, на пример, таксиста коме је оштећено возило кривицом другог, због чега није у могућности да остварује приходе које

је раније редовно остваривао, има право поред накнаде штете за уништено или оштећено возило и право на изгубљену зараду, и то од дана када му је штета причињена до дана пресуђења, а на основу података које је он приказивао надлежним органима о оствареним приходима у последњем периоду, до настанка штете.

Закон прописује правило да кад је ствар уништена или оштећена кривичним делом учињеним са умишљајем, суд може одредити висину накнаде према вредности коју је ствар имала за оштећеника. Утврђивање висине штете по овом основу је деликатно, али с обзиром на начин којим је штета причињена, суд се приликом доношења одлуке руководи објашњењем оштећеног о томе зашто сматра да оштећена ствар за њега представља посебну вредност, при чему води рачуна да оштећени досуђеним износом не повећа своју имовину у несразмери са причињеном штетом и тиме доведе у питање егзистенцију штетника и лица које он издржава. Дакле, то мора бити умерена вредност, која може бити и већа од оне за коју је купљена, али само ако је у питању ствар која представља уникат или која за оштећено лице представља посебну вредност (успомена, поклон, и сл.).

Изгубљена зарада и трошкови лечења и сахране

Закон прописује правила о накнади штете за изгубљену зараду и трошкова лечења и сахране. У питању је материјална штета која настаје смрћу неког лица.

Смрт неког лица може да буде последица радње штетника, без обзира да ли је смрт тог лица проузрокована телесном повредом или на други начин. Смрт услед задобијених повреда не мора одмах настати, али и у случају смрти, без претходног лечења, и смрти која је касније настала услед задобијених повреда, прописана је обавеза штетника да накнади штету оштећеном до његове смрти, а после његове смрти његовој породици.

Смрт неког лица може настати као последица извршења кривичног дела, затим као последица неког саобраћајног удеса, или тешким повредама на послу са последицама које су довеле до смрти радника, као и у другим случајевима које проузрокују смрт или повреде са смртним последицама.

Смрт неког лица ствара одређене трошкове породици тог лица. Ови трошкови могу настати због материјалних издатака за сахрану тог лица, као што су: трошкови преноса настрадалог лица од места несреће до места сахране; трошкови за куповину сандука за сахрану; трошкови опре-

ме, као што су покров и друго што је уобичајено за упокојење настрада-лог; трошкови за крст или неко друго обележје; као и материјални трошкови у вези обезбеђења (куповине) гробног места и трошкови одржавање гроба. Затим то могу бити трошкови које има родбина настрада-лог, као што је набавка црнине потребне за сахрану, али и трошкови за подизање споменика, под условом да је споменик подигнут и да ти трошкови не прелазе висину уобичајених трошкова за подизање споменика у месту где је настрадали сахрањен.

Ако је настрадали био социјално осигуран, његова породица остварује право на трошкове у обиму који су одређени прописима надлежног завода за осигурање, а уколико трошкови које признаје завод за осигурање не обухватају стварне издатке за сахрану, породица настрадалог остварује разлику до стварних трошкова од штетника, тј. онога који је штету причинио. У сваком случају, та права се не могу кумулирати, већ се могу утврдити само у износу који имају дозвољени основ за накнаду штете. На пример, ако је трошкове сахране сносила синдикална или нека друга организација или установа, морају бити узети у обзир при остваривању права на накнаду трошкова од лица које је штету причинило.

Као трошкови сахране настрадалог признају се, на пример, трошкови верског обреда извршени само на дан сахране, а не и касније за помене и слично, а признају се у неким случајевима и трошкови у вези посмртница, венаца од стране породице и они трошкови који су уобичајени у средини у којој је настрадали сахрањен.

Трошкови лечења настрадалог рачунају се од часа повреде до часа смрти, ту спадају трошкови лечења од задобијених повреда, али и зарада изгубљена због неспособности за рад.

Трошкови лечења обухватају болничке трошкове или у некој другој здравственој организацији или установи (укључујући бањско или санаторијумско лечење), али само ако их је настрадали заиста и платио, за разлику од неосигураног настрадалог лица коме припадају сви трошкови изазвани његовим лечењем, али у границама трошкова који су стандардни за већи број здравствених институција. Затим, трошкове лечења обухватају и издаци за лекове.

Настрадали у току лечења има право и на изгубљену зараду ако је био у радном односу. Ако је самостално обављао неку делатност има право на накнаду коју је остваривао док је обављао делатност, а чија се виси-на утврђује на основу пријављених података о раду и уплаћених средстава на име доприноса за социјално осигурање. У питању је „зарада“, па се тај појам користи само према свом значењу.

Право лица које је погинуло лице издржавао

Материјална штета обухвата и оне облике штете који произлазе из обавезе издржавања лица које је погинули издржавао и редовно помагао, као и она лица која по закону имају право да захтевају издржавање погинулог. Ова накнада се остварује наплатом кроз новчану ренту, чији се износ одмерава према околностима случаја, а највише до висине онога што би оштећени добијали од погинулог да је остао у животу.

Право на издржавање почиње даном престанка издржавања услед смрти лица које је било у обавези да даје издржавање, имајући у виду одредбе закона, по којима се обавеза накнаде штете сматра доспелом од тренутка настанка штете, а суд одређује време за које ће штетник плаћати ренту. То време не може бити дуже од времена за које се претпоставља да би погинули живео, да није било насилне смрти.

Од значаја је утврђивање висине новчане ренте, чији се износ одмерава свакоме од оних који су били издржавани или помагани, а не може бити виши од износа који би оштећеник добијао од погинулог да је остао у животу. Та висина не може бити једнака за сва издржавана лица, при доношењу одлуке суд води рачуна о низу околности које су везане за свако од тих лица посебно.

Утврђивањем новчане ренте одређује се почетак накнаде од доношења судске одлуке све док не наступе нове околности које изискују промену одлуке о висини утврђеног новчаног износа.

Накнада у случају телесне повреде или нарушење здравља

Закон регулише накнаду за случај телесне повреде или нарушеног здравља оштећеног лица, уколико је за време лечења имало и друге трошкове везане за лечење, укључујући и време за које није остваривало зараду због неспособности за рад.

Трошкови лечења и други посебни трошкови, односно њихова висина, зависе од тежине нанетих повреда и оштећења здравља. Ови трошкови се могу приписати лицу које је штету причинило само ако су настали у условима стандардних медицинских установа. Исто правило се примењује и у погледу набавке потребних лекова за лечење. Сматра се да су стандардне здравствене установе оне у којима се лече лица осигурана из радног, или неког другог сличног односа, чије трошкове признаје завод за здравствено осигурање. То исто односи се и на лекове које путем преписаних рецепата одобрава завод, али оштећени има право и на вредност оних потребних лекова које завод не одобрава, а нужни су за лечење оштећеног лица. Наравно, то не могу бити прескупи лекови, односно ле-

кови који се уобичајено не користе код терапија које примењују стандардне здравствене установе.

У погледу изгубљене зараде, оштећеном се висина утврђује према томе да ли је у радном односу, или делатност обавља самосталним занимањем.

Накнада штете се, по правилу, за осигурана лица покрива лечењем у здравственим установама, по основу социјалног осигурања. Све оно што у току лечења оштећени не може да обезбеди преко здравствене организације, или није у могућности да прибави потребне лекове за своје лечење, па исте прибави од својих средстава, тај вид штете, као материјална штета, признаје се оштећеном и лице које је причинило штету дужно је да је надокнади.

Лица која уопште нису осигурана, а претрпела су штету од другог, имају право на накнаду свих трошкова које је то лице имало за своје лечење и друге потребне трошкове, јер за њега ови трошкови представљају материјалну штету.

Судови имају различите критеријуме приликом досуђивања накнаде штете због телесне повреде или нарушења здравља. Оштећеном се, на пример, признају трошкови за превоз од стана до здравствене установе, ако му тај превоз није обезбеђен од здравствене установе, затим накнада за појачану исхрану која није условљена тиме да је она оштећеном неопходна, већ је довољно да је корисна и да поспешује оздрављење. Ако је оштећени социјално осигурано лице, њему се не могу признати трошкови за туђу негу и помоћ, ако та помоћ није условљена прописаним правилима здравственог осигурања. У сваком случају, суд код признавања трошкова оштећеном за лечење и друге потребне трошкове има у виду критеријуме које примењује установа здравственог осигурања, који су верификовани од надлежних органа. Све преко тога пада на терет оштећеног и он их не може остварити наплатом од штетника.

Под изгубљеном зарадом подразумева се онај новчани износ или друга корист коју оштећени није могао да оствари из радног односа или самосталног занимања за време лечења. То би био случај, на пример, ако би радник за време лечења добијао мањи износ од оног који би могао да оствари да је радио на свом радном месту. Тада раднику припада разлика између примљене зараде и оног дела зараде који није остварио док је био на лечењу.

Код самосталних занатлија, односно приватних предузетника то право се остварује на исти начин. Наиме, код расправљања захтева за накнаду штете по основу потпуне или делимичне неспособности за рад, суд води рачуна о свим околностима које могу имати утицаја на признање

накнаде штете, односно њену висину, руководећи се пре свега критеријума који су утврђени прописима здравственог осигурања. Наравно, стручну помоћ суду пружа вештак, или здравствене установе, достављањем података који могу послужити ради опредељења код доношења одлуке.

Лица која остваре право на инвалидску пензију због неспособности за рад примају мањи износ од оног који би примали да су били на раду. Ту разлику дужан је да надокнађује штетник кроз месечну ренту, али и ону штету коју је оштећени имао због умањене зараде пре него што је остварио право на инвалидску пензију, односно пре него је почео да прима ту врсту пензије.

Измена досуђене накнаде

Рента (плаћање за извесно време, или до смрти оштећеног лица) као облик накнаде штете због смањења радне способности, а и других случајева наведених у закону, досуђује се увек према стању ствари у часу пресуђења. Она се одређује као да ће трајно постојати у истом стању. Али, како се околности у вези досуђене ренте мењају на штету или у корист оштећеног, он или штетник могу у измењеним околностима, путем тужбе, тражити измену досуђене ренте.

Услов за измену правоснажно досуђене новчане ренте настаје уколико се знатније промене околности које је суд имао у виду приликом доношења раније одлуке.

Већ досуђена рента се може изменити ако је ранија одлука суда о издржавању, односно досуђеној ренти, постала правоснажна, а касније су се знатније промениле околности које су биле од утицаја приликом доношења раније одлуке. При том се имају у виду околности као што су промена материјалних прилика примаоца ренте, а које настају услед економских промена у друштву, нарочито у вези повећања или смањења оних прихода које би оштећени остваривао да је био на раду, затим ако би се побољшало или погоршало здравствено стање оштећеног, односно лица које прима издржавање, а његови трошкови живота би били погоршани у односу на време доношења судске одлуке.

Измена одлуке о досуђеној накнади има у виду околности које се одnose на стање оштећеног, односно других лица која примају накнаду у облику ренте. Наиме, погоршање или побољшање прилика штетника није у вези са околностима које имају утицаја на одређивање накнаде штете за наведена лица, јер штета представља штетно стање онога коме је она и причињена, дакле у оном обиму и висини која задовољава његове

потребе, које би биле исте или приближно исте као да их је остваривао оштећени да није био повређен, односно усмрћен.

Због тога се услов за измену ренте везује за стање оштећеног, да ли је због погоршања здравственог стања оштећеног дошло до повећаних трошкова у вези његовог здравственог стања и његовог стања живљења уопште. Уколико би, пак, дошло до побољшања његовог здравственог стања, и у том случају наступа околност због које штетник може тражити умањење досуђене ренте.

Уколико оштећени сасвим оздрави или му се радна способност поправи или поврати, штетник може тражити да се ослободи сасвим, односно делимично од даљег плаћања ренте. Исто тако, и оштећени може тражити повишење накнаде ако му се радна способност у вези с повредом још више смањи, или се укаже потреба даљег лечења, а те околности нису биле раније присутне када је суд одређивао накнаду.

Непреносивост права

Већ утврђена права на накнаду штете у виду новчане ренте услед смрти блиског лица или услед повреде тела или оштећења здравља не могу се пренети другом лицу. Од овог правила се може одступити само у случајевима када је износ накнаде новчане ренте одређен писменим споразумом странака, пре доношења судске одлуке, или је правоснажном судском одлуком одређено да се досуђена материјална штета у наведеном облику може пренети на друга лица.

На пример, у судској одлуци, на предлог странака, може бити досуђени износ новчане ренте и право странака наведено у изреци те одлуке да се она може пренети ако странке на то касније пристану и тај однос регулишу споразумно, дакле због неких промењених околности које могу касније настати.

Мада су законом прописане обе могућности преноса права на накнаду штете у виду новчане ренте, оне нису у зависности једна од друге, што значи да странке могу уговорити новчану ренту за материјалну штету вансудским путем, као и право преноса ренте на друго лице. Њихово је диспозитивно право да о томе одлучују, али то могу да учине и споразумом пред судом, дакле док суд још није донео одлуку о досуди права на накнаду штете у виду новчане ренте. Ако странке споразумом нису регулисале питање тог преноса, код већ донете правоснажне одлуке суда о доспелим износима накнаде новчане ренте, која не предвиђа могућност преноса те ренте, право на накнаду штете у виду новчане ренте, за наведене случајеве, не може се пренети на друга лица.

Наведени закључак произлази из децидно јасно утврђеног правила да се право на накнаду штете, из разлога који су у закону наведени, не може пренети другом лицу. Закон има у виду и могућност преноса новчане ренте на друго лице, али само ако је износ накнаде одређен писменим споразумом страна. У том случају, без обзира да ли су у том споразуму предвидели могућност преноса утврђеног износа новчане ренте на друго лице, оне могу, опет писменим споразумом, одредити промену већ утврђеног стања, односно да се новчана рента може пренети на друго лице. Наравно, писмени споразум подразумева сагласност обеју страна учесника тог споразума. То значи, ако је новчана рента утврђена писменим споразумом страна, а једна од њих не пристане на пренос тог права на друго лице, остаје онако како су странке основним споразумом то утврдиле.

У другом случају, могућности преноса новчане ренте „ако је износ накнаде одређен ... правоснажном судском одлуком“, то представља основ да се новом судском одлуком доспели износ накнаде штете пренесе на другог. Ако је износ накнаде штете одређен ранијом пресудом, али у њој није предвиђена могућност промене права на накнаду штете у виду новчане ренте на другог, онда суд не може новом пресудом, односно изменом раније пресуде, да одлучи о промени наведеног права на друго лице. Ако би се друкчије мислило, онда став први овог члана не би био потребан.

Поред тога, из садржаја става 1. овог члана види се да се не може преносити досуђена рента која се односи на ренту коју је уживало лице по основу смрти блиског лица, или сам оштећени по основу повреде тела или оштећења здравља. Ово подразумева два случаја, први који се односи на досуђену ренту блиском сроднику услед смрти настрадалог, и други, који се односи на самог оштећеног, а у вези досуђене му ренте због повреде тела или оштећења здравља.

Због чега је тако регулисано наведено питање потврђује значај досуђене ренте за наведене случајеве. Наиме, досуђеном рентом се обезбеђује лице коме је то право признато, с обзиром на околности које су постојале пре смрти или повреде оштећеног, а чија се материјална стања битно мењају после настанка тог случаја, тиме што не могу да остварују она права, или имају оне услове живота које су имали док је погинули, односно штећени могао да привређује, односно остварује приход. Додуше то не стоји у самој норми овог члана, али се може претпоставити постојање наведених разлога да се једном досуђена материјална рента не може преносити на друго лице.

Питање непреносивости права на накнаду материјалне штете у облику новчане ренте доводи се у везу са наслеђивањем. Али, треба имати у виду одредбе Закона о облигационим односима, да се у случају смрти, те-

лесне повреде или оштећења здравља накнада одређује, по правили, у облику новчане ренте, доживотно или за одређено време. То још више потврђује изнети став да се накнада материјалне штете не може преносити ни путем наслеђивања, јер се она везују за саму личност која је остварила право на ренту, на пример због изгубљеног издржавања или због губитка зараде коју оштећени губи насталом штетом, па је новчана рента досуђена да је ужива до краја свог живота или за одређено време, тј. док се стање оштећеног не побољша, или ако се излечи па настави са ранијим радом.

II. Новчана накнада код нематеријалне штете

Неимовинска штета (морална) представља повреду неимовинских (личних) права оштећеног. За неимовинску штету се каже да се она састоји у повреди моралне имовине. Под моралном имовином подразумевају се сва лична добра, која припадају једном лицу, а то су: телесни интегритет, здравље, слобода, част, естетски изглед, и др. Ова добра представљају, у ствари, објект неимовинске штете.

Накнаду за неимовинску (моралну) штету досуђује суд у новцу, водећи рачуна о значају повређеног добра и циљу коме служи та накнада, али и о томе да се њоме не погодује тежњама које нису спојиве са њеном природом и друштвеном сврхом.

Код излагања накнаде за имовинску штету речено је да је одговорно лице у првом реду дужно да успостави стање које је било пре но што је штета настала. Ако успостављање ранијег стања не уклања потпуно штету, одговорно лице је дужно да за остатак штете да накнаду у новцу. Ако, пак, успостављање ранијег стања није могуће или кад суд сматра да није нужно да то учини одговорно лице, суд ће одредити да оно исплати оштећенику одговарајући износ новца на име накнаде штете. Накнаду у новцу суд увек досуђује оштећенику кад он то захтева.

Међутим, када се ради о накнади нематеријалне штете, не може се говорити о успостављању пређашњег стања (натуралној реституцији), нити о еквивалентној новчаној накнади. Истина, може се доношењем и објављивањем осуђујуће кривичне пресуде против штетника због кривичног дела увреде и клевете (повреде части, угледа и др.) отклонити проузрокована неимовинска штета оштећеном, увређеном и оклеветаном. Но, не постоје друге могућности за обештећење оштећеног осим новчане накнаде, која се као и код имовинске штете, узима као средство за обештећење лица, коме је проузрокована неимовинска (морална) штета.

Код имовинске штете новчаном накнадом се покрива претрпљена проста штета, па и измакла добит. Код неимовинске штете досуђује се

извесна новчана накнада оштећеном за претрпљену штету, уколико суд нађе да је таква новчана накнада оправдана тежином кривице штетника или тежином нанесене штете. У ствари, новчаном накнадом за неимовинску штету иде се на отклањање оног субјективног поремећаја изазваног у личности оштећеника (бол, страх, туга, патња, повређена част, лично достојанство и др.).

Полазећи од тога да неимовинска штета представља повреду неимовинских (личних) добара оштећеног (телесни интегритет, здравље, слобода, част, естетски изглед и др.), а повреда се не изражава непосредно у повреди имовинских права оштећеног (у облику стварне, просте штете и изгубљене добити), у правној теорији и судској пракси је указано на извесне видове, облике неимовинске (моралне) штете. Ти видови, односно облици, не могу се сматрати искључивим, јер се у одређеним ситуацијама могу исказати и други видови, односно облици неимовинске штете, због којих се признаје судска заштита.

Међутим, ако неки облици штете и имају нека обележја слична нематеријалној штети, као што је на пример повреда части и ширење неистинитих навода, таква штета се сматра материјалном штетом у смислу одредаба члана 198. Закона о облигационим односима. Наиме, одредбама тог члана прописано је да ко другом повреди част, као и ко износи или преноси неистините наводе о прошлости, о знању, о способности другог лица, или о чему другом, а зна или би морао знати да су неистинити, и тиме му проузрокују материјалну штету, дужан је да је надокнади. Примери за то наведени су у делу о материјалној штети.

Облици нематеријалне штете

Закон о облигационим односима има у виду више облика нематеријалне штете као последице повреде тела или смрти блиског сродника, за које се досуђује новчана накнада.

- То су: а) за претрпљене физичке болове;
б) за претрпљене душевне болове због умањења животне активности,
в) за наруженост;
г) за повреду угледа, части, слободе или права личности;
д) због смрти блиског лица и
ђ) за страх.

Накнада нематеријалне штете представља сатисфакцију (задовољење) којом се ублажавају поремећаји у духовној (психичкој) сфери оштећеног. Она није цена бола који се трпи и не представља супституцију имовинских вредности уместо личних добара.

Накнада за претрпљене физичке болове

Накнада за претрпљене физичке болове досуђује се само повређеном лицу, а не и његовим сродницима. Висина накнаде зависи од тежине телесног оштећења, имајући у виду и евентуално дуже лечење и рехабилитацију.

Физички бол се процењује са становишта његовог интензитета и времена трајања, од чега зависи и висина новчане накнаде која се досуђује. При том се цени и субјективни моменат, јер се он различито манифестује код људи који трпе физичке болове. У једној одлуци суда заузет је правни став да код одређивања висине накнаде за физичке болове треба узети у обзир и субјективни моменат, „јер интензитет и дужина трајања болова, који се поред тежине повреде узимају у обзир код одређивања висине накнаде за претрпљене болове, често зависи и од субјективних момената, с обзиром да код неких лица повреде брже нестају, а код других зарашћење дуже траје, те и болови дуже трају“.

Болови су по свом интензитету класификовани као слаби, средњи, јаки или нарочито јаки, наравно све то са становишта тежине штете на организам, односно здравље оштећеног. Иначе, суд одређује висину по слободној оцени, сагласно одредбама Закона о парничном поступку, уз претходно прибављено мишљење лекара вештака. У противном, слободно судијско уверење не би имало значаја, јер суд није стручан за оцену степена физичких болова. Али, уз коришћење налаза вештака суд доноси одлуке у границама које даје судска пракса. Да би оштећено лице остварило право на накнаду за претрпљене физичке болове, потребно је и да се утврди о којој врсти интензитета болова се ради. Тако је у једној одлуци Врховни суд Србије заузео правни став, који се и даље евидентира у судској пракси, да се „накнада штете за претрпљене физичке болове, по правилу, не досуђује ако је у питању лака телесна повреда, јер је претпоставка да таква повреда нема за последицу физичке болове који су јаког интензитета и дужег трајања. Међутим, изузетно, ако би повреда оквалификована као лака телесна повреда, имала за последицу физичке болове средњег интензитета и дужег трајања, накнада штете у таквом случају била би оправдана“.

Накнада за претрпљене душевне болове због смањења или губитка опште животне активности

Накнада за претрпљене душевне болове због умањења или губитка опште животне активности представља вид неимовинске штете која настаје онда када услед телесне повреде код повређеног наступи немогућ-

ност, или смањена могућност функционисања органа у целини, или једног његовог дела, што доводи до тога да повређени не може вршити уопште, или може вршити ограничено и уз појачане напоре и тегобе, опште животне функције и активности, као што су кретање, вршење свакодневних радњи у животу, обављање физиолошких функција, или задовољење других општих или уобичајених животних потреба. У суштини, смањење опште животне активности манифестује се као физички и психички бол, или као обе ове врсте бола уједно, или због улагања напора да би вршио покрете и обављао радње у задовољавању обичних, редовних и свакодневних животних потреба и интереса, како је то у сажетом смислу навео суд у једној одлуци.

У погледу повећаних напора, у судској пракси заузет је правни став да повећани напори у раду који су условљени оштећењем организма и који су потребни ради постизања извесног радног успеха, извесног личног дохотка, не представљају имовинску штету. Накнада за повећане напоре не улази у оквир накнаде штете за умањење радне способности, јер је ова, како је поменуто, по својој природи имовинска штета. Повећани напори услед оштећења организма појављују се као неимовинска штета и као таква улази у оквир умањења тзв. опште животне способности, па се и накнада за повећане напоре квалификује као накнада за неимовинску штету. То вреди и у случају кад је потребно улагање повећаних напора у раду којим се стиче зарада (односно у раду који има привредни значај). То значи да накнада за умањење тзв. опште животне способности као вид неимовинске штете обухвата не само накнаду за оно што оштећени трпи услед ослабења организма и његових функција приликом задовољавања својих непосредних животних потреба већ и уопште, у непривредном раду, као и накнаду за повећање напора у раду којим се стиче и доходак.

Због тога, приликом одмеравања новчане накнаде за овај вид неимовинске штете, судови воде рачуна о тегобама које оштећени трпи, како у свакодневном животу, тако и за време рада, па у складу са таквим напорима, односно трпљењем, одмеравају и новчану накнаду за претрпљене душевне болове због умањења или губитка опште животне активности.

Код утврђивања висине овог облика накнаде штете узимају се у обзир, поред процента умањења животне активности који утврђује лекар вештак, и узраст, односно старост оштећеног лица, затим послови које је оштећени обављао до повређивања, као и други елементи који имају значаја за утврђивање да накнада штете буде мања или већа од оне која би зависила само од степена повреде оштећеног лица.

Накнада за наруженост

Накнада за наруженост представља такође вид нематеријалне штете. Наруженост се огледа у тзв. нагрђености оштећеног лица, која се изражава у потпуном или делимичном губитку неког екстремитета, естетског изгледа или наружења неког дела тела, али се накнада штете због наружености досуђује због душевног бола које такво лице трпи. У једној одлуци суда стоји, што је и суштина појма наружености, да накнада штете за унакажење обухвата управо накнаду за психичко трпљење што га нагрђење спољњег изгледа тела, односно телесних функција и органа изазива код повређеног, с обзиром на утисак што га нагрђење оставља у средини у којој повређени живи. Дакле, мере нагрђења не утврђују се према степену телесне повреде, односно степену нагрђења, већ према томе како се нагрђење оцењује у средини у којој живи оштећени и како он то преживљава.

Накнада штете због смрти блиског лица

Накнада штете због смрти блиског лица, односно штете за претрпљене душевне болове због смрти блиског лица, један је од облика накнаде нематеријалне штете. Право на ову накнаду имају брачни друг погинулог, његова деца, његови родитељи, као и браћа и сестре погинулог ако је између њих и умрлог постојала трајна заједница живота. Ова врста накнаде се досуђује за њихове душевне болове због смрти њиховог сродника и она мора бити правична, према свим околностима случаја које су од утицаја за досуђивање те врсте новчане накнаде.

Ова накнада се досуђује у висини која представља сатисфакцију за претрпљене болове, односно за болове због губитка блиског сродника, али због тога она мора бити правична накнада, дакле према блискости сродства и интензитету душевног бола који оштећени трпи. То је и разлог да висина досуђене накнаде због смрти блиског лица не мора бити досуђена у једнакој висини.

Када је у питању родитељ који остварује ово право, од значаја је околност да ли је родитељ сам, да ли има још деце и да ли је погинули био носилац активности у кући родитеља, односно у заради од које су зависили родитељи и остали сродници. У једној пресуди стоји правно становиште суда – утврђено је да је погинули био једини син оштећеног и једино дете које с њим живи, а оштећени је старији човек и уз то болестан, да живи од врло скромне пензије. Погинули био веома пажљив према оштећеном, а као млад био је вредан и солидан у свом раду и постизао успехе, те да се отац са разлогом оправдано надао да ће му погинули у да-

љем животу бити ослонац, како у материјалном погледу тако и у моралном. Смрћу сина оштећени није изгубио само наду да ће га син у позним годинама материјално помагати, што се могло очекивати, већ је изгубио и задовољство да гледа сина као изграђеног радника и човека. У својим позним годинама остао је усамљен, препуштен сам себи, због чега се из свих ових околности морало закључити да је синовљевом смрћу код оштећеног настао психички бол нарочито великог интензитета.

Када накнаду штете по овом основу остварују деца, није од значаја њихова старост јер њихов душевни бол постоји увек, чак и код детета које је тек рођено, дакле после смрти родитеља, јер се душевне патње детета не процењују само у тренутку када дете сазна за смрт свог родитеља, већ и касније због, на пример, губитка неге, старања, као и за нормалну подршку коју родитељ пружа детету док оно не одрасте.

Чак и ванбрачни друг погинулог у одређеним околностима има право на накнаду штете за претрпљене душевне болове због смрти свог ванбрачног друга, нарочито ако су они дуги низ година живели заједно, у слободној заједници, који су се узајамно помагали и пазили, посебно ако су изродили децу.

За остале сроднике (браћа и сестре) важи правило за остваривање права на накнаду штете ако је између њих и настрадалог постојала трајна заједница живота.

Накнада штете за претрпљени страх

Накнада штете за претрпљени страх се признаје, по правилу, само ако је страх био нарочито интензиван, а последице изазване њиме су трајне природе. С обзиром на то да законом није опредељено шта је то страх са становишта грађанско-правне одговорности због губитка блиског сродника, судови обично полазе од тога да ли је страх релативно кратко трајао, затим да ли је био блажег облика, или је он представљао дужи психички поремећај.

Страх је очигледно стање изазвано услед настанка неког догађаја, који је у некој вези са особом која тај страх трпи, који због тога ствара последицу таквог психичког стања код те особе да се оно неповољно одражава на његове животне функције.

Новчана накнада за претрпљени страх представља неку врсту животног задовољства, којим се одстрањује или ублажава страх нанет смрћу блиске особе, односно нека врста сатисфакције, као средство које ће имати утицаја да се страх ублажи или отклони.

Може се рећи да су одредбама закона прописана правила при оцени

питања одлучивања о захтеву за накнаду нематеријалне штете, као и о висини њене накнаде, при чему суд води рачуна о значају повређеног добра и циљу коме служи та накнада, али и о томе да се њоме не погодује тежњама које нису спојиве са њеном природом и друштвеном сврхом.

У вези са применом наведених услова може као изузетно корисно послужити мишљење професора др. Обрена Станковића, који у својој књизи *Новчана накнада неимовинске штете*, пише: „Ми нисмо у стању да изменимо чињеницу да је жртви у једном тренутку проузрокован душеван или физички бол и да учинимо као да она тај бол није трпела. Али ми можемо нешто друго. Ми можемо жртви омогућити да себи прибави извесну пријатност, извесну радост, извесно уживање, неко задовољство у најширем смислу речи и да се тако у њен психички живот унесе један позитиван и активан елеменат насупрот болу који је претрпела односно трпи. То може бити неко чулно, интелектуално или духовно уживање, што ће зависити од укуса и диспозиција жртве и од врсте бола који трпи. Сама жртва ће најбоље знати да оцени какво ће задовољство најуспешније неутралисати бол који трпи. Ми, према томе, досуђујемо накнаду за неимовинску штету не зато што новац представља њену цену, већ зато што желимо да омогућимо оштећенику да њеним посредством прибави себи неко задовољство и да на тај начин што је могуће потпуније успоставимо ону психичку и емоционалну равнотежу која је постојала пре штетникове радње“.

Лица која имају право на новчану накнаду у случају смрти или тешког инвалидитета

Законом је одређен круг лица која имају право на новчану накнаду у случају смрти или тешког инвалидитета оштећеног.

У погледу остваривања наведеног права у односу на одређена лица направљена је разлика. Неке одредбе закона односе се на накнаду у случају смрти неког лица, а неке на накнаду у случају нарочито тешког инвалидитета неког лица, с тим што је у односу на ванбрачног друга, за случај смрти или нарочито тешког инвалидитета прописано посебно правило које се односи на услове у којима се оно може стећи.

У случају смрти неког лица одређен је круг лица која, без обзира на то да ли је између њих и умрлог постојала заједница живота, имају право на правичну новчану накнаду за њихове душевне болове. То су: брачни друг, деца и родитељи. Навођењем речи у закону „правичне накнаде“, има се у виду упут суду да код одлучивања о овој накнади не одређује новчану накнаду у истој висини свакоме од наведених сродника. Иако ови сродници према умрлом имају одређена осећања, љубав, поштовање, ипак нека од тих лица могу имати већа осећања, у зависности од тога да

ли су непрестано до смрти тог лица живела у заједници с њим, те да ли су и како једно према другом ускладили навике заједничког живота, односно тесно били везани и у добру и у злу. Наравно, када су у питању родитељи умрлог та повезаност, односно повећана осећајност и љубав долази из природног односа родитеља и деце.

Право на новчану накнаду не би имали блиски сродници који су са умрлим дужи период времена били у лошим породичним односима, ако су се због неслагања, њиховом кривицом, одвојили од умрлог за живота, ако су били чак и у једној заједници али су њихови односи били толико поремећени да се њихов родбински однос не би могао користити код остваривања овог права. Но, и у таквим случајевима суд утврђује да ли је и код тих лица постојао душевни бол за умрлим и колики је он био, те да у зависности од тога утврди њихова права и висину на ову врсту накнаде.

Други круг лица, такође блиски сродници умрлог, су његова браћа и сестре. Да би они могли да остваре право на накнаду, због смрти свог блиског сродника, услов је да је између њих и умрлог постојала трајна заједница живота, а да се новчана накнада одређује због њихових душевних болова. Ово је и природно, јер смрт сродника, брата или сестре, увек подразумева одређени степен душевног бола. Он зависи од тога колико су били блиски у тим односима, нарочито однос сестара, па и однос сестара према брату, и обрнуто, без обзира на њихове године живота Трајна заједница живота подразумева трајно живљење у једној породици тих сродника, нарочито ако су били упућени једно на друго толико да нису могли ни да замисле да могу живети одвојено, посебно ако се умрли према свом брату или сестри понашао са посебном пажњом, да их у сваком случају помогне и обезбеди сигурно живљење. Душевни бол брата или сестре за умрлим братом или сестром може бити великог интензитета.

Други облик накнаде штете односи се на случај нарочито тешког инвалидитета лица, због кога се његовим блиским сродницима, брачном другу, деци и родитељима, може досудити новчана накнада за њихове душевне болове. У питању је висок степен инвалидитета, квалификован као нарочито тежак степен, који га чини неспособним за рад у потпуности, а не и ако је инвалидитет квалификован као тежак, а не и као „нарочито тежак“, са становишта медицинских стручњака, нарочито ако је у могућности да врши неке функције, па и радне, које га одржавају у животу. У овом случају, код нарочито тешког инвалидитета лица, постоји душевни бол не само код блиских сродника, који имају право на ту накнаду, већ посебно и код оног ко због задобијених повреда, односно умањења животне активности, остварује наведено право, независно од степена инвалидитета.

Накнаду за случај смрти, или за случај нарочито тешког инвалиди-

тета неког лица има и ванбрачни друг настрадао, ако је између њега и умрлог, односно повређеног, постојала трајна заједница живота. Раније, све до доношења Закона о облигационим односима, то право није признавано ванбрачном другу, чак и ако су дуги низ година живели у заједници, понашајући се један према другом као брачни другови.

Закон о облигационим односима дефинитивно решава овај случај, јер су потребе друштвених односа то налагале, имајући у виду да велики број лица живи у ванбрачним заједницама, не признајући значај форми закључења брака. С обзиром на те околности, а посебно што између њих постоји дуготрајна веза заједничког живота, да су једно према другом исказивали све особености које су карактеристичне и за брачне односе, да су изродили децу, да су се помагали и пазили, исказивали међусобну љубав, а посебно према својој деци, изједначени су са другим сродницима у погледу права на остваривање новчане накнаде за њихове душевне болове, и то за случај смрти или за случај нарочито тешког инвалидитета лица са којима је постојао заједнички ванбрачни живот.

Накнада будуће штете

Будућа нематеријална штета, за коју се на захтев оштећеног лица може досудити одређена накнада, има у виду стање оштећеног у моменту досуђења основне накнаде, за постојеће стање штете, које указује на то да ће извесно трајати и у будућности.

Према томе, да би могао да оствари право на накнаду и за будућу нематеријалну штету, потребно је испуњење следећих услова: да је штета проузрокована чињењем или нечињењем штетника, да је из такве радње штетника настала штета за оштећеног, да је оштећени доказао постојећу штету и да је суд за ту врсту штете (за претрпљене физичке болове, за претрпљене душевне болове због умањења животне активности, наружености, повреда угледа, части) одредио неимовинску штету у одређеном једнократном износу, као и да је по редовном току ствари извесно да ће та штета трајати и у будућности, чија се висина накнаде приписује досуђеном износу за већ утврђену постојећу штету.

Закон нема у виду нематеријалну штету која ће тек настати у будућности, односно нема у виду претпоставку да ће се та штета догодити касније, тј. настати у будућности, већ ону штету, која због стања у време пресуђења указује да ће та утврђена штета, по редовном току ствари, трајати перманентно, односно до неког времена када се основано може очекивати да она престане услед излечења.

При том се, дакле, не мисли на неизвесну штету, односно евентуалну

штету, јер закон указују само на онај вид штете који постоји у тренутку пресуђења, али који ће извесно трајати и у будућности. Ради се, дакле, о континуираној штети, штети која је већ настала и траје непрекидно, посебно ако је у питању наружење оштећеног лица које он не може да отклони са свог тела, које је предмет посматрања од других лица, а изазива сажаљење или подругљивост неких, што очигледно утиче и на трајање душевних болова.

Дакле, није у питању ни будућа нематеријална штета, односно штета која би се касније испојила, а која би као таква наносила душевни бол оштећеном лицу. Код таквих случајева се увек може новим тужбеним захтевом тражити новчана накнада према стању у коме се та штета изражава, односно стању душевног бола због кога оштећени трпи одређене последице. Ово посебно због тога што та штета није постојала у време досуђења постојеће штете, већ је настала касније, као узрок раније штете, а суду приликом досуђења основне штете није могло бити доказано да ће та штета трајати и у будућности.

Из саме формулације коју даје закон види се да је у питању накнада нематеријалне штете, јер се и новчана накнада за постојећу штету третира као нематеријална штета, за видове штете предвиђене законом, па навођење речи у закону „и за будућу нематеријалну штету“, указују да се има у виду нематеријална штета коју оштећени добија за постојећу штету.

Ово и због тога што није у питању накнада у облику новчане ренте, већ нематеријална штета која се исплаћује једнократно у смислу Закона о облигационим односима.

Summary of Recycled Topic

In the last time, and earlier, in the media are constantly published cases of traffic accidents, incidents, particularly those with tragic consequences. At the same time it always points that for the hard state is responsible law which prescribes mild punishment measures for perpetrators of violations of traffic rules, as well as for traffic incidents almost always is blamed the so-called „Human factor“.

This text aims to point out to the other side of this problem, namely, to answer the question of who is responsible for damage due to incidents caused by motor vehicle in motion, as well as to point out to all forms of damages in cases caused by traffic accidents, using vehicles in the movement.

The first part is written about civil-legal responsibility of the participants in the transportation, and material and insubstantial damage, and how the issues are regulated by the Law of Obligations. Namely, the author points out that the basic rule that the law stipulates is that in case of accident caused by motor vehicle in the movement that is caused by exclusive fa-

ult of one holder, are used the rules of responsibility on the basis of guilt, which means that the one who causes damage to another is obligated to compensate it, of course, unless he prove that the damage occurred without his guilt. In addition to this rule is that if there is mutual fault, each holder of vehicles is responsible for the total damage they suffered, in proportion to the degree of his guilt, and if nobody is guilty they respond to the flat parts, if the reasons of fairness do not point to something else. And finally, if the third person suffers the damage, holders of vehicles that caused the damage correspond jointly, which means that the affected person may request the entire compensation of damage from a single perpetrator of damage, or from all the participants who participated in generating damage.

There are also explained the cases of responsibilities of vehicle owners for damage caused by another person, especially if the damage is caused by person who came in possession of vehicles in illegitimate way, and caused damage to another person with that vehicle, and there are specified the cases when a participant in the accident may be free of responsibility. There is specified the case of the responsibility of persons who drove the vehicle under the influence of alcohol, or if and when that person responds for the damage.

In the second part of this text are cases about the way of determining the amount of material damage, and how to determine the scope of compensation of material damages, of the lost earnings, the cost of treatment and funerals, about the rights of the person who was supported by the died person, the benefits in the case of bodily injury or health message, about changes of ordered benefits, about non-negotiability of rights.

There is an explanation of non-material damages in cases of incidents caused by motor vehicle in motion, along with the financial benefit which is recognized in non-material damage, and the forms of non-material damage are specified, such as: a) suffered physical pain, b) suffered mental pain due to reduced life activities, c) monstrosity; d) violations of the reputation, honor, freedom or rights of personality; d) the death of a close person; f) fear, then it is about the persons who have the right to financial compensation in the case of death or severe disability, and about the compensation for future damages.

UDK: 347.441.12

Mr Ђорђе Сараџа

адвокат из Београда

ОДРЕЂЕНОСТ И ОДРЕДИВОСТ УГОВОРНЕ ОБАВЕЗЕ КОД ОБЛИГАЦИОНИХ УГОВОРА

Сажетак

Предмет облигационоправног односа је обавеза дужника и право повериоца да тражи испуњење те обавезе. Предмет уговорне обавезе је дужникова чинидба, која се може састојати у давању, чињењу, нечињењу или трпљењу. По члану 46, став 2. Закона о облигационим односима, уговорна обавеза мора бити могућа, допуштена и одређена односно одредива. Пошто је предмет уговорне обавезе чинидба, утврђење одређености и одредивости односи се на одређеност или одредивост чинидбе.

Предмет уговорне обавезе је одређен ако се у часу закључења зна тачно шта ће дужник у часу испуњења уговора бити у обавези да даје, чини, не чини или трпи.

За разлику од одређеног предмета уговорне обавезе, одредив предмет уговорне обавезе је потпуно или делимично неодређен у часу закључења уговора, али се може накнадно одредити помоћу података које уговор садржи, или су уговорне стране оставиле трећем лицу да га одреди.

Предмет уговорне обавезе је један од објективно битних елемената облигационог уговора. Зато, кад није одређен, или барем одредив, сходно члану 47. Закона о облигационим односима, уговор се сматра ништавим.

1. Уводна разматрања

1.1. Уговор је двострани правни посао (*negotium bilateralis*), који настаје сагласним изјашњавањем воља уговорних страна. У складу са оваквим доктринарним одређењем уговора су и одредбе Српског грађанског законика из 1844. године¹.

С обзиром на то да уговорне стране својом вољом ступају у правне односе, код уговора је у највећој мери изражен принцип страначке дис-

¹ Одељак други, Глава XVII, О уговорима уопште, параграф 531: „Уговор је закључен онда кад једна страна што обећа а друга то прими, или се изјасни да прима.“

позитивности. По Улпијану, „сагласност воља уговорних страна даје уговору снагу закона“ (*Contractus ex conventione legem accipiunt*²).

Облигациони уговори су двострани правни послови код којих је воља странака управљена на заснивање, модификацију или престанак облигационих односа. Код те врсте уговора једна уговорна страна се обавезује другој на одређену чинидбу.

Код нас је материја облигационих уговора регулисана одредбама Закона о облигационим односима (у даљем тексту: ЗОО).

1.2. ЗОО не дефинише појам уговора. Члан 26. ЗОО одређује:

„Уговор је закључен кад су се стране сагласиле о битним састојцима уговора“.

Ова формулација је врло уопштена и под њу се може подвести било који уговор, из чега би произлазило да се односи на уговоре генерално. До оваквог закључка долази се лингвистичко-формалистичким тумачењем. Иако у Одељку 1, Одсеку 1. и поднаслову члана 26. ЗОО стоји „Уговор“ (без навођења врсте уговора), очигледно је да се ради о облигационом уговору. Уговор, као виши родни појам од облигационог уговора, уједно је и шири. Уговором се могу заснивати различити правни односи (као нпр. стварноправни, наследноправни, облигационоправни и други). Облигационим уговором заснива се облигационоправни однос. Према томе, облигациони уговор је врста уговора, и као такав ужи од појма уговора у генералном смислу.

Већ сам назив закона (Закон о облигационим односима) (нагласио Ђ. С.) упућује на то да су предмет регулативе облигациони уговори. То се потврђује у општем делу, у члану 1. ЗОО:

„Овим законом уређују се облигациони односи који настају из уговора, проузроковања штете, стицања без основа, пословодства без налога, једностране изјаве воље и других законом одређених чињеница“ (нагласио Ђ. С.).

Као један од начина настанка облигационих односа члан 1. ЗОО наводи облигационе односе који настају уговором. Облигациони однос настаје облигационим уговором. Међутим, и у члану 1. ЗОО као и у члану 26. ЗОО, и осталим члановима ЗОО, ти уговори се означавају генералним појмом „уговор“, иако је очигледно да се ради о облигационим уговорима. Такође, и Глава II, у којој је садржан члан 26. ЗОО, носи наслов „Настанак обавеза“, што упућује на то да се ради о изворима облигационоправних односа. С обзиром да природа правног односа даје карактер уговору којим се регулише, реч је о облигационим уговорима.

² Ulpianus, D. 16, 3, 1, 6.

Пошто је основни принцип тумачења правних норми да се прави садржај и циљ правне норме изналази довођењем у везу са осталим нормама закона чији је она део, као и са смислом и циљем самог закона, евидентно је да се појам „уговор“ може и мора тумачити и узети искључиво као облигациони уговор. Из наведених разлога, и појмови „уговорна обавеза“ и „предмет обавезе“ треба да се тумаче и схвате као уговорна обавеза облигационих уговора и предмет обавезе облигационих уговора*.

2. Предмет уговорне обавезе

У члановима од 46. до 50, ЗОО објект регулативе је предмет уговорне обавезе. У пракси се понекад не чини разлика између предмета уговора и предмета уговорне обавезе.

Код облигационих уговора предмет уговора су права и обавезе које темељем уговора настају између уговорних страна. Та права и обавезе чине облигационоправни однос.

Предмет облигационоправног односа је обавеза дужника и право повериоца да тражи испуњење те обавезе. Овакво, и данас општеприхваћено одређење облигационоправног односа утемељено је на правној традицији римског права. Паулус дефинише облигационоправни однос на следећи начин: „Суштина облигације се не састоји у томе да нека ствар или службеност постане наша, већ да другога обавезе према нама на неко давање, чињење или нечињење“ (*Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*³). Синоним за обавезу дужника је уговорна обавеза. Тај појам користи се и у ЗОО. Уговорна обавеза и право повериоца да тражи њено испуњење стоје у односу кумулативних корелата. Уговорну обавезу прати захтев повериоца на испуњење чинидбе дужника, јер се чинидбом дужника остварује субјективно имовинско право повериоца. Без захтева, поверилац би био

* Пошто се у Закону о облигационим односима за појам „облигациони уговори“ користи термин „уговор“, ради усклађености овог текста са формулацијом из Закона о облигационим односима, користимо се и ми термином „уговор“, подразумевајући под тим облигациони уговор. На неким местима у овом тексту било је нужно да се користи и термин „облигациони уговор“. То је учињено на оним местима где је требало да се нагласи разлика у односу на уговор у општем смислу или неку другу врсту уговора. Исто се односи и на појмове „уговорна обавеза“ и „предмет обавезе“.

³ Паулус, Н. 44, 7, 3. Дефинисањем облигације на овакав начин, уједно је одређена и суштинска разлика између облигационоправног односа и стварноправног односа.

онемогућен у реализацији свог права.

Предмет уговорне обавезе је дужникова чинидба. Она се може састојати у давању (*dare*), чињењу (*facere*), нечињењу (*non facere*) или трпљењу (*pati*). Тако је одређена и у члану 46, став 1. ЗОО:

„Уговорна обавеза може се састојати у давању, чињењу, нечињењу или трпљењу.“

С обзиром на одредбу члана 46. ЗОО, те на чињеницу да поднаслов члана 46. гласи „Какав мора бити предмет уговорне обавезе“, очигледно је да се под „II Предмет“ (а што се односи на чланове од 46. до 50. ЗОО) не ради о предмету уговора него о предмету уговорне обавезе.

3. Одређености уговорне обавезе

Одређеност предмета уговорне обавезе је један од законом прописаних квалитета уговорне обавезе. Став 2. члана 46. ЗОО одређује:

„Она (уговорна обавеза – најомена Ђ. С.) мора бити могућа, допуштена и одређена односно одредива“.

Ниједан члан од 46. до 50. ЗОО не дефинише одређеност предмета уговорне обавезе. До одређења овог појма долази се тумачењем *argumentum a contrario* члана 50, став 1. ЗОО, уз уважавање општеприхављених стандарда, постојећих још у римском праву.

Најчешће цитиране дефиниције одредивости из римског права су дефиниције Гаја и Паулуса. Гај дефинише одређеност на следећи начин:

„Одређено је оно за што се из самог назива види шта је, какво је и колико је“ (*Certum est quod ex ipsa pronuntiatione apparet quid, quale quantumque sit*⁴). По Паулусу, „одређено је оно чији назив или опис показују његову врсту и количину, какво је и колико је“ (*Certum est, cuius species vel quantitas, nomine aut demonstratione, qualis, quantaque sit ostenditur*⁵). Облигационоправни односи код којих је предмет уговора обавезе био одређен на напред описани начин називали су се *obligationes certae* (одређене обавезе).

Предмет уговорне обавезе је одређен ако је индивидуално одређена обавеза. Обавеза је индивидуално одређена када се у часу закључења уговора (*in obligatione*) тачно зна шта ће дужник бити у обавези да даје, чини, не чини или трпи у часу испуњења уговора (*in solutione*). Дакле, без

⁴ Gaius, 45, 1, 74.

⁵ Paulus, D. 12, 1, 6.

обзира на то шта је садржај дужникове чинидбе то мора бити уговором прецизирано у часу закључења уговора. Када дође време испуњења уговора нема потребе да се на било који начин додатно одређује.

Пошто је предмет уговорне обавезе чинидба, утврђење одређености односи се на одређеност чинидбе.

Ако се чинидба састоји у давању ствари (*dare*), утврдити чинидбу значи индивидуализовати ствар. Код ствари то није проблем јер ствар физички постоји, како у часу закључења уговора, тако и у часу испуњења уговора. То значи да је индивидуализација ствари фактичка. Другачија је ситуација кад се чинидба састоји у чињењу (*facere*), нечињењу (*non facere*) или трпљењу (*pati*). Код такве чинидбе, чинидба се у часу закључења уговора може индивидуализовати само као апстрактан појам, јер индивидуализација, као фактичко индивидуализовање, наступа тек часом извршења обавезе. И овако појмовно индивидуализована чинидба, као предмет уговорне обавезе, сматра се одређеном ако се у часу закључења уговора зна тачно шта ће дужник у часу испуњења уговора бити у обавези да даје, чини, не чини или трпи.

4. Одредивост уговорне обавезе

Облигационоправни односи са одредивим предметом уговорне обавезе познати су још из времена римског права. Римско право их је третирало као одређене обавезе (*obligationes certae*), дефинишући то на следећи начин: „Одређено је оно што се може учинити одређеним“ (*Id certum est, quod certum reddi potest*).

Српски грађански законик не користи ни појам одређености ни појам неодређености. Регулишући материју уговора генерално, у параграфу 536.⁶ користи само један појам – „опредељен“.

Параграф 536. Српског грађанског законика:

„Уговор ваља да буде јасан и разумљив, и опредељен.“

Према одредби члана 46, став 2. ЗОО предмет уговорне обавезе може бити и одредив. Кад се предмет обавезе сматра одредивим регулисано је чланом 50, став 1. ЗОО:

„Предмет обавезе је одредив ако уговор садржи податке помоћу којих се може одредити или су стране оставиле трећем лицу да га одреди.“

Упоредјујући ову одредбу са напред цитираном максимумом римског права, уочавамо готово идентичност у дефинисању појма одредивости.

За разлику од одређеног предмета обавезе, одредив предмет обавезе је

⁶ Глава XVII, О уговорима уопште.

неодређен у часу настанка обавезе. Неодређеност може бити потпуна или делимична. Међутим, без обзира да ли се ради о потпуној или делимичној неодређености, уз помоћ података које уговор садржи, предмет уговорне обавезе могуће је накнадно одредити, до часа испуњења обавезе. Таква уговорна обавеза назива се *obligatio certa vel quod certa reddi potest*. У томе је темељна разлика између одредивог и неодређеног предмета уговорне обавезе. Иако у часу настанка обавезе ни код одредивог ни код неодређеног предмета уговорне обавезе предмет није одређен, код неодређеног предмета обавезе искључена је могућност да се накнадно одреди, до часа испуњења обавезе. Код одредивог предмета обавезе та могућност постоји, јер „... уговор садржи податке помоћу којих се може одредити или су стране оставиле трећем лицу да га одреди.“ (члан 50, став 1. ЗОО)

4.1. Генеричне обавезе

Генеричне обавезе су оне код којих је садржај дужникове чинидбе одређен родом или врстом, и остављен, углавном дужнику, на избор. Код генеричне обавезе избор се односи на цели скуп ствари одређене врсте или рода (ако се чинидба састоји у давању), односно на скуп чинидби одређене врсте (ако се чинидба састоји у чињењу, нечињењу или трпљењу). Дужник се решава обавезе ако даде у уговору утврђену количину ствари одређене врсте или рода, односно ако изврши, не изврши или трпи чинидбу одређене врсте.

Код одређене обавезе, кад се чинидба састоји у давању ствари, у случају пропасти индивидуално одређене ствари, дужник се ослобађа уговорене обавезе јер након пропасти индивидуално одређене ствари обавеза постаје објективно немогућа. Напротив, код генеричне обавезе, пошто је ствар одређена родом или врстом, дужник остаје у обавези, јер се не ради о индивидуално одређеној ствари. Позната је максима „Сматра се да ствар одређена по врсти не може пропасти“ (*Genus perire non censetur*).

4.2. Алтернативне обавезе

Према теорији резолутивне пенденције алтернативна обавеза (*obligatio alternativa*) је она кад постоји обавеза дужника на две или више одређених чинидби (*duae res in obligatione*), али се ослобађа обавезе извршењем само једне од тих чинидби (*una res in solutione*). При томе, избор може бити на дужнику, повериоцу или неком трећем лицу. Дакле, предмет обавезе је одређен, али се односи на предају две или више ствари, или на два или више чињења, нечињења или трпљења, зависно од тога од чега се састоји чинидба. Без обзира на то што се ради о одређеним

стварима или чињењу, нечињењу или трпљењу, ове обавезе сматрају се одредивима а не одређенима, зато што у време закључења уговора није прецизирано која ће од две или више ствари, односно два или више чињења, нечињења или трпљења бити предмет извршења чинидбе.

Исправнија и ближа суштини специфичности алтернативних обавеза је теорија по којој се алтернативност не односи на обавезе него на чинидбе. Овакав став заузима и Андрија Гамс: „Алтернативна је обавеза онда када дужник или, ређе, поверилац може да бира између две или више чинидби с тим да ако је избор извршен обавеза се сужава само на ту изабрану чинидбу као да је она била уговорена од самог почетка“⁷. У складу са оваквим теоретским схватањем алтернативности је и одређење члана 404. став 2. ЗОО:

„Извршењем избора сматра се да је обавеза од почетка била једноставна и да је њен предмет од почетка била изабрана ствар“.

Лезичке формулације из чланова 403. до 408. ЗОО, који се односе на алтернативне обавезе, отварају питање шта је предмет уговорне обавезе код алтернативних обавеза.

Члан 403. ЗОО:

„Ако нека обавеза има два или више предмета, али је дужник дужан *дати* само једну да би се ослободио обавезе, право избора, ако није што друго уговорено, припада дужнику и обавеза престаје кад он буде *предао* предмет који је изабрао“ (нагласио Ћ. С.).

Реч „дати“ подразумева давање физичких ствари. Такође, и реч „предати“, односи се на физичке ствари. Ово наводи на закључак да би предмет уговорне обавезе, на начин како је одређен у члану 403. ЗОО, била само чинидба на давање (*dare*). На такав закључак наводе и формулације из члана 404. став 2. и члана 405. став 1. ЗОО, у којима се ствар наводи као предмет обавезе.

Члан 404. став 2. ЗОО:

„Извршењем избора сматра се да је обавеза од почетка била једноставна и да је предмет од почетка била изабрана *ствар*“ (нагласио Ћ. С.).

Члан 405. став 1. ЗОО:

„Дужник има право избора све док у поступку принудног извршења једна од дугованих *ствари* не буде потпуно или делимично *предана* повериоцу по његовом избору“ (нагласио Ћ. С.).

С обзиром на наведене формулације, лингвистичко-формалистичким тумачењем текста произлазило би да су предмет уговорне обавезе

⁷ Андрија Гамс: *Увод у грађанско право*, општи део, Београд, 1963, стр. 190.

код алтернативних обавеза само чинидбе на давање ствари. Тиме би се искључиле обавезе са садржајем чинидбе на чињење, нечињење или трпљење. Ни правнотеоретски ни практички, не постоји разлог због кога чинидбе које се састоје у чињењу, нечињењу или трпљењу не би биле предмет уговорне обавезе код алтернативних обавезе. Специфичност алтернативне обавезе је у томе што постоји могућност избора између две или више чинидби. То, међутим, не искључује чинидбу која се састоји у чињењу, нечињењу или трпљењу.

4.3. Одређивање предмета уговорне обавезе по трећем лицу

Сходно одредби члана 50. став 1. ЗОО предмет уговорне обавезе сматра се одредивим и кад уговорне стране оставе трећем лицу да га одреди. Ово је у складу са начелом слободе уговарања из члана 10. ЗОО који гласи:

„Стране у облигационим односима су слободне у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја, да своје односе уреде по својој вољи“.

Остављајући трећем лицу да одреди предмет уговорне обавезе, уговорне стране се свесно доводе у ситуацију да ваљаност уговора чине зависном од поступка трећег лица. Члан 50. став 2. ЗОО одређује:

„Ако то треће лице неће или не може да одреди предмет обавезе, уговор је ништав“.

Закон предвиђа две ситуације у којима треће лице не одређује предмет уговорне обавезе. Прва је кад то неће. То подразумева да је предмет могуће одредити, али треће лице не жели то да учини. Друга је кад то не може учинити. Немогућност може бити објективна и субјективна. Објективна немогућност постоји онда кад то не би могао учинити ни било ко други. Субјективна немогућност је кад то не може учинити то треће лице, али би могао неко други. То је немогућност која није објективно условљена, него је условљена личним својствима лица које треба да одреди предмет уговорне обавезе. Без обзира на то да ли треће лице не може или не жели да одреди предмет уговорне обавезе, уговор је ништав.

5. Правне последице неодређености предмета уговорне обавезе

Предмет уговорне обавезе је један од објективно битних елемената облигационог уговора (*essentialia negotii*). Законске одредбе о битним елементима уговора су *ius strictum*. Из тог разлога, кад предмет уговорне обавезе није одређен или барем одредив, сходно одредби члана 47. ЗОО,

уговор је ништав.

Summary

The subject of obligatory-legal relation is the liability of the debtor and the creditor's right to request fulfillment of the said obligation. The subject of the agreed obligation is the debtor's performance which may consist of giving, performing, non-performing or tolerating. In accordance with art. 46 para. 2 of the Law on Obligatory Relations, the contractual obligation must be possible, allowed and determines, namely determinable. Since the subject of the contractual obligation is performance, the establishment of determinateness and determinability relates to determinateness or determinability of performance.

The subject of the agreed obligation is determined if it is absolutely clear, on the occasion of the contract conclusion, what the debtor will be obliged to give, perform, not to perform or tolerate.

In contrast to the determined subject of the agreed obligation, the determinable subject of the contractual liability is absolutely or partially undetermined at the moment of contract conclusion, but it can be determined later, by using the data as regulated by the contract, or the contractual parties have left to the third parties to determine.

The subject of the contractual liability is one of objectively important elements of the obligatory contract. Therefore, in case it is not determined, or at least determinable, pursuant to art. 47 of the Law on Obligatory Relations, contract is considered to be null.

Илија Радуловић

адвокат из Београда

СУДИЈА ЈЕ НЕСМЕЊИВ

У електронским и штампаним медијима се, ових дана, развила повелика расправа о законитости избора судија у Србији, али нико у њој не спомиње, нити истиче да је повређено, у смислу члана 146. ст. 1. Устава Републике Србије, уставно начело судијске независности, које гласи: „Судијска функција је стална“!

Сталност судијске функције, или инамовибилитет и непокретност судијске дужности представљају два основна својства и обележја судијског статуса!

Ова сталност подразумева правило да судија не може бити лишен свога звања и положаја, ничијом вољом или самовољом, осим својевољно као и из законом утврђених разлога престанка судијске функције.

Сталност представља најенергичније средство којим се гарантује независност судова. Под овим појмом се подразумева, како каже проф. др. Живојин Перић на стр. 14 своје књиге *О судијској независности*, да судија не може бити лишен свога положаја вољом извршне власти, него једино на основу пресуде редовних судова, или дисциплинарне пресуде Касационог суда. Само онда када је судија сигуран да не може доживети никакве неприлике у случају да се његова одлука не буде допала извршној власти или јавном мњењу, можемо имати вере у његову непристрасност. Али, ако су судије у положају у коме се налазе и остали чиновници, ако они по жељи извршне власти могу бити свргнути са свога места, онда слободно можемо рећи да ће теразије правде бити у веома, веома несигурним рукама.

Под садржином појма сталности судијске функције подразумева се и право судије да не буде премештен у други суд без његовог пристанка, с обзиром да он у том случају не би био непокретан!

Дакле, инамовибилитет, или несмењивост судије представља услов без кога се не може остварити независност судова, нити се може остварити оно што се означава као правна држава!

Монтескије, творац теорије о подели власти и правне државе, каже:

„Да би се остварила правна држава, извршна власт се мора одвојити од законодавне и од судске власти. Тек кад се одвоји од законодавне власти, извршна се власт може ограничити правним поретком. У праву, нико не може бити ограничен својом властитом вољом, него туђом; зато, ако се хоће да вршиоци закона доиста буду ограничени законом, не сме се издавање закона поверити оним истим људима који их врше. Да носиоци извршне власти не би изиграли законска ограничења, тумачећи законе како им кад треба, од извршне се власти мора одвојити не само законодавна него и судска власт“.

Из тих разлога, у систему поделе власти на законодавну, управну и судску, судска власт се у теорији и у јуриспруденцији (судској пракси) именује као Трећа власт (*troisieme pouvoir*) која представља услов за постојање правне државе.

Иначе, од 1344. године судијски позив постаје сталан, или професија, али тек од XVI века судије постају несмењиви (*inamovibles*). Ова судијска сталност је представљала услов без којег се није могла, рекох, остварити правна држава, која штити, обезбеђује и гарантује јавна права грађана према државној власти. Једино се на овај начин могла извести заштита индивидуе, појединца, или грађанина.

Због тога је несмењивост судије, или сталност судијске функције уздигнута на ниво уставног начела већ у Уставу Књажевства Србије од 1835. године, или у тзв. Сретењском Уставу, јер је у њему предвиђено да „судија не зависи у изрицању своје пресуде ни од кога у Србији, до од законика Србског и да никаква, ни већа ни мања власт у Србији не има право отвратити га од тога, или заповедити му да друкчије суди, него што му закони предписују.“

Ово исто је превиђао Устав Књажевства Србије од 1838. године, или тзв. Султански Хатишериф.

Исто тако, за време Устава за Књажеводство Србију од 1869. године, или тзв. Намесничког устава, донесен је посебан Закон 1881. године, којим је уведена сталност и непокретност судија.

И Устав Краљевине Србије од 1888. године изричито предвиђа да су „судије у својим звањима сталне“ и „судија не може бити лишен својега звања, нити ма под којим изговором уклоњен са дужности против своје воље, без пресуде редовних судова или дисциплинарне пресуде Касационог суда. Судија не може бити тужен, чак, за свој судски рад без одобрења Касационог суда. Судија може бити премештен само новим постављењем по својем писменом пристанку.“

Устав Краљевине Србије од 1901. године (време владавине краља Александра Обреновића) задржава прокламацију да су судови независни у изрицању правде и закона.

Потпуно је правно нормално што је Устав Краљевине Србије од 1903. године преузео у целости одредбе о судијској независности из Устава од 1888. године!

Ово исто је учинио Устав Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца од 1921. године, или тзв. Видовдански устав, који предвиђа, такође, независност судова у изрицању правде и да суде по законима.

Суштински иста одредба о независности судова у изрицању правде и суђењу по законима преузета је у Уставу Краљевине Југославије од 1931. године!

Устав Републике Србије од 29. септембра 1990. године, у члану 101, одређује да је судијска функција стална, с једне стране, и да судија не може бити премештан против своје воље, са друге стране.

Коначно, Устав Републике Србије од 2006. године задржава, у чл. 146. став 1, сталност судијске функције као Начело:

„Судијска функција је стална!“

Ако је то тако, а јесте, произлази да се право на правично суђење, у смислу члана 32. став 1. Устава РС, може остварити једино уколико се реализује, оствари и примењује, у смислу члана 146. став 1. Устава Републике Србије, уставно начело о сталности судијске функције.

Право на правично суђење подразумева право грађанина на независан, непристрасан и правичан, законом установљен суд!

„Да би судска власт могла извршити свој задатак, она треба да је у положају у коме ће смети, без плашње и без опасности, слободно законе применити и пред њу изнесени спор решити онако како то правда (закон) захтева“. (Живојин Перић)

Заиста, „једино у својој независности, вели проф. др Garsonnet, судија се осећа довољно храбар да се одупре и молбама и претњама, ма откуд оне потицале; да казни сваког кривца, ма како висок био положај његов и да не слуша никада другога гласа, сем гласа своје савести“!

Међутим, свака Извршна власт у свету гледа на Скупштину као на своју „личну писарницу“, на државу као на свој домазлук, на устав као на нешто што се не поштује и на судије „као на ћирице“ које треба ставити испод сача своје самовоље.

Овај вечити Правни Десант Извршне власти на судску независност онемогућава начело поделе власти, алиас речено, постојање Правне државе!

Политички је природно да извршна власт може успешно да реформише оне друштвене делатности које долазе одоздо, као што су то пореска, банкарска, комунална, трговинска, спољнополитичка, јавноделатничка, имајући у виду да располаже снагом воље и акције.

На жалост, ова власт не располаже снагом логоса, па зато нити разуме, нити може да разуме *sui generis*, специфичну, непоновљиву, јединствену, сакралну природу судства као делатности одозго!

Судовање је бесмртна искра, седми пламен, божанско ЈА, епифанијска, брахманска, посвећеничка мисао, коју не привлачи нити моћ, нити власт, нити имање, нити бљештавост каријере, нити вредности дана. Она има једну једину тежњу: Шта би на његовом месту, дакле, судијском месту, учинио Господ? Такви су били архаички законодавци: египатски Менес, хиндуски Ману, критски Минос, вавилонски Хамураби, кинески Велики Жути Краљ.

Основно обележје оваквог судовања је дух Закона, који није ни пристрасан, нити благ, нити строг, него индивидуализован, а не нека тежња да се удовољи потреба ма дана.

Углавном, судска власт и извршна власт су различите по својој природи и морају бити одвојене онако као што то прокламује начело поделе власти (Монтескје).

Наиме, Судија је човек Одозго, Политичар је човек Одоздо, Судија носи у себи Дрво живота, Политичар носи Дрво имања, Судија носи у себи Закон, Политичар носи корист; Судија је закон који говори, политичар је фарисеј који лично добро представља као опште добро, Судија живи од Рада, Политичар од прилагођавања Корупцији, Судија има Глорију сиромаштва, љубави и жртве, Политичар има Шеол богатства, моћи и славољубља, Судија носи у себи седам хришћанских врлина у облику смерности, дарежљивости, моралне чистоте, човекољубља, уздржљивости, кротости, ревности у вери и молитви, Политичар носи у себи Скерлетну Звер седам смртних грехова у виду гордости, среброљубља, разврата, зависти, неумерености у јелу и пићу, лакомости и пијанству, гневу, очајању и немарности према свом вечном спасењу.

Свештенство је као шеста Света тајна несмењиво, непокретно, стално, а Судство је као прва Световна тајна, такође, несмењиво, непокретно, стално и доживотно.

Ако свештеник чинодејствује и служи Богу Љубави, онда судија служи Богу Закона!

Постоји суштинска сличност између сакралне свештеничке делатности и логосне судијске функције, с обзиром да је „Закон у држави оно што је Бог у Свемиру“, како каже Алтузиус.

Судија је *defensor legis*, или, заштитник закона, па његова функција мора бити крунисана сталношћу и непокретношћу!

Овакво схватање произлази из осећања да је „закон краљ свих и смртних и бесмртних“, како је мислио Плутарх, или, да је „Цар царева закон“, како га допуњава Свети Јован Златоуст.

То је правна држава!

Закон постаје „чаша за сједињење“. Ако се хришћани крсте једним духом у Једно тело Христово и остварују саборност тако и грађани правне државе крстећи се једним законом у Једно тело Земаљско постају грађани света!

„Без судије нема права, а без права живот нема никакве вредности. Судија је оживотворени закон. Закон у њему своју личност и живот добија,“ каже Димитрије Матић, професор Отеченственог права Универзитета у Београду. (*Српске новине*, бр. 49, од 10. септембра 1849. године.)

Међутим, сада су несмењиве судије постале смењиве, па је правно ирелевантно ко је на овим противзаконитим и противуставним изборима од њих изабран, или, неизабран имајући у виду да више на овом државном простору не постоји Судска власт као тзв. Трећа власт у систему поделе власти, нити постоји оно што се означава као Правна држава!

Овај модерни политичко-бирокуратско-јуридички клерикализам представља правни десант на независност судства, а не његово реформицање!

Извршна власт гради једну вешту, скривену, суптилну, лажну, обмањујућу, димну, привидну и ефикасну политику непостојеће борбе против криминала, чији је основни циљ да вешањем тзв. Криминалних Голубова прикрије и сакрије непроцесуирање тзв. Мафијашких Голубова и њихово устоличавање, или, хиротонирање у изванзаконску, или, *praeter legem* позицију.

Ова политичка тактика скривања злочиначке стварности није се мењала још од времена фарисејства, јер власт не воли сметње. Дух жели да открије оно што је сакривено као зло, а власт као лаж хоће да сакрије

оно што је већ испољено имајући у виду да се налази у опозицији у односу на истину!

Овом садашњом популистичком, лажном, празном, привидном, игнорантском, противзаконитом и противуставном дреком и виком испуњава се само једна празнина непостојеће борбе против корупције, с обзиром да се стварна борба против ње води искључиво у оквиру кривично-криминолошке истине да се истовремено морају вешати тзв. Мафијашки гавранови и тзв. Криминални голубови!

Највеће неправде и безакоња догодила су се у Велику славу Божију, или *Ad maiorem Dei Gloriam!*

Рецимо, Инквизиторска војска заузела је Бесије и војсковођа је упитао Кардинала како да установе ко је јеретик, а ко није; кога да убију, а кога да не убију. „Убијајте све одреда“ – одговорио је Кардинал, „Бог ће одабрати своју јагњад!“

Овај противзаконити и самовољни реизбор, у смислу члана 146. ст. 1. Устава Србије, произвео је најтеже, најмучније, најнесигурније и понижавајуће стање у Судству у историји српског државног постојања!

Правни рат између Суда Закона и Суда Потребе се наставља, јер је „глад за правдом и законом Осмо Блаженство“!

Оливера Бојовић

судија Окружног суда у Краљеву

ОДБАЦИВАЊЕ ОПТУЖНИЦЕ

Чл. 349. Законика о кривичном поступку¹

Законик о кривичном поступку у чл. 349. наводи када ће суд донети пресуду којом се оптужба одбија. У том члану се наводе формални откљониви разлози који стоје као разлози за доношење решења о одбачају оптужнице. То су разлози где не делује начело *ne bis in idem*, услед чега се поступак може наставити пред надлежним судом и по захтеву овлашћеног тужиоца, односно по предлогу оштећеног или по престанку других сметњи. Тако су у чл. 354. остали само материјални и формални неоткљониви разлози који доводе до доношења пресуде којом се оптужба одбија, а то су разлози где делује начело *ne bis in idem*, односно где се не може поновити поступак.

Чл. 349. Законика предвиђа да ће у току, или по завршетку главног претреса, веће решењем одбацили оптужницу ако утврди: 1) да суд није стварно надлежан (чл. 37. ст. 1); 2) да је поступак вођен без захтева овлашћеног тужиоца, без предлога оштећеног или без одобрења надлежног државног органа, или је надлежни државни орган одустао од датог одобрења²; 3) да постоје друге околности које привремено спречавају гоњење.

Набрајања у тачкама 1. и 2. су дата само ради примера на шта указује формулација употребљена у тачки 3. Набрајања обухватају најчешће случајеве, али не искључује и друге ненабројане. Те друге околности

¹ Законик о кривичном поступку, од 2001, Сл. лист СРЈ бр. 70/01, са измена и допунама, Сл. лист СРЈ бр. 68/02 и Сл. гл. РС 58/04 и 85/05, те измене и допуне из 2009, Сл. гласник РС бр. 72/09.

² Решењем Окружног суда у Београду Кж. 937/04 од 19. 4. 2004. године и пресуда Општинског суда у Младеновцу К. бр. 219/03 од 31. 10. 2003. год.

Решењем Врховног суда Србије Кж. II 2032/05 од 7. 12. 2005. и решење Окружног суда у Београду Кв. 2657/05 од 1. 11. 2005. године.

које привремено спречавају кривично гоњење у тачки 3 нису дате ни ради примера. Правна теорија је мишљења да би овде могло спадати душевно обољење и душевна поремећеност оптуженог после извршеног кривичног дела. Оптужба би се по одредбама ове тачке одбацила како у случају привременог, тако и у случају трајног душевног обољења, односно душевне поремећености.

Према чл. 308. ст. 1. Законика главни претрес се одлаже ако се у његовом току утврди да је код оптуженог после учињеног кривичног дела наступило душевно обољење или душевна поремећеност. Веће треба према околностима случаја да одлучи да ли ће главни претрес да одложи или га заврши решењем о одбацивању оптужбе. Уколико веће донесе одлуку да се претрес одложи, предмет ће стајати код суда као одложен, некад све до застарелости кривичног гоњења. Повољније је донети решење о одбачају оптужбе, јер се тиме поступак окончава, а ствар је овлашћеног тужиоца да поступак настави ако сметња отпадне³.

Правоснажним решење Окружног суда у Краљеву К. бр. 30/04 од 21. 10. 2004. године. Из образложења: Тачка 3. чл. 349. Законика предвиђа „друге околности“. На напред наведеном примеру смо видели примену ове тачке у случају привременог или трајног душевног обољења или душевне поремећености настале после извршења кривичног дела.

Поставља се питање како ће поступити суд у случају када настане *органско обољење код кога долази до телесних и психичких промена које трајно онемоћућавају адекватно изјашњавање пред судом, односно учествовање у поступку (од тих болести најчешће се јављају разна оштећења мозга – шраума, зајалење, шумори, слабија мождана циркулација, инсулт – шло; заштим крајња стања у дубрежној суфицијенцији, терминална – трајна стања код оштећења функције јетре – шумори цироза, трајна стања код малићних шумора) после извршења кривичног дела*. Да ли се и у тим случајевима може применити тачка 3. чл. 349. Законика. Наиме, Законик ни једном својом одредбом не регулише овакве ситуације. Стога сматрамо да се под „другим околностима које привремено спречавају гоњење“ могу сматрати случајеви када је дошло до неког органског обољења или повреде настале после извршења кривичног дела и да би наведени случајеви могли да се сматрају формалним – отклоњивим разлозима, где не делује начело *ne bis in idem* за доношење решења о одбачају оптужнице. На овај начин доношењем решења о одбачају оптужнице, поступак би се окончао, предмет не би стајао као одложен, што би свакако смањило како укупан број нерешених предмета у суду, тако и број застарелих

³ Правоснажно решење Окружног суда у Краљеву К. бр. 30/04 од 21. 10. 2004. године.

предмета, при чему се не би дирало у право тужиоца да поступак настави када сметња престане.

Суд је након завршетка главног претреса, у поступку одлучивања донео одлуку да се у овој кривично-правној ствари одбаци оптужница, сходно чл. 349. ст. 1. тач. 3. ЗКП, налазећи да постоје околности које привремено спречавају гоњење. У околности које привремено спречавају кривично гоњење спадају душевно обољење и душевна поремећеност оптуженог после извршеног кривичног дела. Оптужница се по овом члану одбацује како у случају привременог, тако и у случају трајног душевног обољења, односно душевне поремећености. Суд је имао могућност да одлучи да ли ће главни претрес одложити на основу чл. 308. ст. 1. ЗКП, како је предложио тужилац или га завршити решењем о одбацивању оптужнице. У конкретном случају суд је одлучио да донесе решење о одбацивању оптужнице, с обзиром да се на овај начин поступак окончава, али остаје овлашћење надлежног тужиоца да поступак настави уколико сметња отпадне.

Суд је решењем одбио предлог тужиоца да се главни претрес одложи или прекине на основу чл. 308. ст. 1. и 2. ЗКП. Наиме, код оптуженог је после учињеног кривичног дела наступило душевно обољење које представља околност која привремено спречава гоњење, па је суд са тих разлога одлучио да оптужницу одбаци примењујући чл. 349. ст. 1. тач. 3. ЗКП и на овај начин оконча поступак не дирајући у право тужиоца да поступак настави када сметња престане.

Мр Милан С. Јанковић

адвокат из Београда

ОПСЕГ ПРИМЕНЕ ЧЛАНА 60. ЗАКОНА О ОСНОВАМА СВОЈИНСКО-ПРАВНИХ ОДНОСА

(са посебним освртом на стицање права становања одржајем)

Закон о основама својинскоправних односа (Сл. лист СФРЈ бр. 6/80 са каснијим изменама и допунама, даље Закон) у члану 60 предвиђа да се право плодуживања, право употребе, право становања, као и право стварног терета уређује законом.

Право становања спада у категорију тзв. „личних“ службености. То су службености непосредно намењене задовољавању потреба одређене особе и које су стога временски ограничене до смрти овлашћеног лица, непреносиве су и по правилу ненаследиве (тако, Младен Жувела у свом коментару Закона из 1985. год.)

Ова врста службености, годинама иначе маргинализована због постојања позитивних законских прописа из области становања који су ову материју скоро у потпуности „покривали“, може сада доживети својеврсну „ренесансу“ у новим друштвеним условима, када је већина станова откупљена и када је приватно власништво над стамбеним фондом доминантан облик својине.

Републички закон из ове области још није донет, тако да се имају применити **правна правила** ранијих закона.

У § 521 Аустријског грађанског законика службеност становања је дефинисана на следећи начин: „Службеност стана јесте право служити се ради своје потребе деловима такве куће који су за становање. Она је дакле службеност употребе куће за становање. Али, ако се коме предаду сви делови куће, који су за становање да их, чувајући суштину, ужива без ограничења, онда је то плодуживање куће. Према овоме изложени прописи примениће се на правни однос између овлашћеника службености и власника“.

Ранија судска пракса се афирмативно (иако доста ретко) изјашњавала о могућности заснивања права становања (које у себи обухвата или само употребу или/и плодуюживање), тако да се под тим појмом подразумева стварно право које обухвата могућност употребе туђе зграде или њеног физичког дела за становање у корист одређеног лица

У пресуди Врховног суда БИХ Рев. бр. 528/80 од 29. 1. 1980. год., објављеној у Збирци судских одлука 1981. год., наводи да „власник стана може захтевати након смрти носиоца личне службености становања (habitatio) иселење његовог брачног друга, осим ако служност становања није била уговорена и у корист наследника носиоца служности, који су заједно с њим стан користили“. У пресуди Врховног суда Хрватске Рев. бр. 1600/85–2 од 19. 11. 1985. године, објављеној у „Судској пракси“ 4/84 и 12/86. г., наводи се да се „право служности стана (habitatio) просуђује по правним правилима имовинског права – чл. 521. и 523 ОГЗ-а, јер прописи који би уредили право из члана 60. Закона о основним својинско-правним односима нису донети“, с тим што је у више одлука наглашено да се заснивањем ове службености не сме дирати у когентне одредбе Закона којима се регулишу стамбени односи.

Поставља се питање да ли се ова службеност може стећи тзв. **ванредним одражајем**, тј. под условима када се не испитује ни законитост ни савесност државине.

Чланом 54. Закона не тражи се ни законитост ни савесност државине када је у питању одржај од 20 година.

Међутим, као услов (негативни) тражи се да се „власник послужног добра **томе није противио**“ (ст. 1) и да службеност није вршена **силом, преваром** или ако **није уступљена до опозива** (ст. 2) .

Интересантно је питање да ли би примена овог института могла наћи своје оправдање при правном регулисању статуса брачних другова од којих ни један није регулисао (правним послом за живота или за случај смрти) свој статус на стану у приватном власништву, у коме станују дуги низ година.

Пример из праксе:

У конкретном примеру брачни другови су се, након закључења брака, уселили у стан 1965. године, на коме је власник стана непосредно по усељењу постао отац једног од брачних другова (по основу купопродаје од ранијег власника), да би ускоро, након смрти оца, по основу наслеђивања, право својине прешло на мајку једног од брачних другова. Стан су оба брачна друга користили заједно са мајком – власником стана, да би

након смрти једног од брачних другова (сина власника стана), супруга преживелог брачног друга, наставила да стан користи са својом свекрвом, коју је гледала и о њој се бринула, све до њене смрти. У међувремену се у стан уселио други син родитеља умрлог брачног друга који је власништво на стану стекао по основу уговора о доживотном издржавању са својом мајком, и који је сада покренуо парницу за исељење своје снахе, тврдећи да она стан користи без правног основа, иако је у њему боравила непрекидно од удаје за свога, сада покојног мужа, који је умро пре своје мајке и са којим није имала деце.

Поставља се питање да ли би се у конкретном случају могло говорити о **одржају** ове врсте службености, уз претходно испуњење **два услова** (пошто се, након протека овако дугог временског периода – више од 20 година, више не испитује ни законитост ни савесност државине):

1. да није било противљења од стране власника и

2. да је власник дозволио („толерисао“, било изричито или прећутно) употребу добара (стана), при чему је, у овом конкретном случају, временски период нарочито битан. Јер, ако је неко у тако дугом периоду користио неко добро, тада се тешко може говорити да је власник ово фактичко стање државине, „толерисао“ само из пријатељских побуда („уступио до опозива“), у ком случају се не би могло говорити о стицању одржајем ове врсте службености.

Ако се испуне сви ови побројани законски услови, ова лична службеност, одн. овај начин стицања ове врсте службености (путем одржаја), могла би наћи **ширу примену** у пракси.

Као **подстицај и путоказ** за изналажење решења у пракси може послужити и **Нацрт новог законика о својини и другим стварним правима на непокретности** из 2006. године (даље Нацрт), који је, са своје стране, инспирисан идејом да допринесе својим решењима, ако за неко правно питање има **реалне** могућности да се постави у пракси, а да својом нерешеношћу оптерећује **правну сигурност** (стр. 15 – уводног излагања проф Водинелића, председника радне групе поводом Нацрта законика из 2006. године), те нуди низ врло интересантних формулација у вези са питањем одржаја службености уопште (а што се може применити и на одржај службености становања).

Тако је, на пример, у члану 329. Нацрта предвиђен тзв. **ванрегистарски одржај**, који би одговарао појму тзв. ванредног одржаја од 20 године из члана 54. Закона.

Овим је чланом предвиђено да стварну службеност стиче законити, савесни и исправни држалац, који је три године вршио њену садржину,

законити и исправни држалац који ју је вршио 10 година, односно исправни држалац који ју је вршио 20 година, без противљења власника по служног добра који је знао или је могао знати за њено вршење (ст. 1)

У ст. 2. је предвиђен случај када је власник по служног добра из обичне услужности или до опозива дозволио неком лицу да врши садржину стварне службености, у ком случају то лице не стиче службеност одржајем.

Анализом ових одредаба примећује се одмах да се у Нацрту врши извесно ближе дефинисање појмова у односу на текст Закона.

1. прецизирано је да је тзв. ванредни одржај за који је потребан протек времена од 20 година, сада „ванрегистарски“ одржај.

2. тражи се за одржај постојање тзв. „исправне“ државине (што се делимично поклапа са „манљивом“ државином из члана 54. ст. 2. Закона) па се каже (чл. 50. ст. 1. Нацрта закона), да је „неисправна“ државина таква државина која је прибављена: силом, преваром, претњом, потајно, злоупотребом поверења, самовласним заузећем, самовласном променом поседувања у односу на оно које је по молби одобрено, или на други неисправан начин (подвукао М. Ј.).

Дакле, не само на начин како је по предвиђено у тексту основног закона (Закон о основама својинско правних односа), већ и на начин самовласног заузећа, самовласном променом поседувања у односу на оно које је по молби одобрено и на сваки други начин, што значи да се не ограничава број „неисправних“ државина, што је пошито оправдано решење, с обзиром на брзину промена у нашем друштву и на практично неограничену могућност разних злоупотреба поседа.

Уколико је, међутим, државина ослобођена свих горе побројаних ма-на, тада је она исправна и може у смислу члана 329. Нацрта бити основ за одржај права становања, чија је појмовна садржина дефинисана у члану 405. Нацрта на следећи начин:

Право становања је право лица да, за потребе становања, употребљава, сопствену, своје породице односно чланова породичног домаћинства, туђу стамбену зграду или стан, односно део стамбене зграде или стана (послужно добро), без могућности преноса права а, ако је тако уговорено, са могућношћу преноса овлашћења трећем лицу (ст. 1) У ставу два је предвиђено да се на право становања сходно примењују одредбе о праву плодоуживања.

Ђорђе Нинковић

адвокат из Београда

ИМОВИНСКА СИГУРНОСТ

Својина је специфична друштвена установа, а посебно својина на непокретностима и земљи. Древна изрека каже: „Земља никада не умире“, чиме се подвлачи дуговечност, или боље речено, вечитост својине над непокретним добрима. Другим речима, право својине је неприкосновено и без сагласности власника не може се мењати власништво имовине.

Због те сталности и жилавости својине појављује се проблем реституције или денационализације непокретности које су одузимане разним законским актима комунистичке власти од 1945. до 1958. године. Земља је одбила да умре и да се покори идеолошким наредбама власти и неправичним законима. Својина је запала у хибернацију, али је живот у њој тињао, и сада, када су се политичке околности промениле и престао прогон дошло је до њеног буђења.

Комунисти су превидели да у цивилизованом свету још од времена Римљана, пре више од 2000 година, пренос својине над земљом може да се обави једино уз пристанак власника. Припремајући испит из Римског права читали смо да је власник узимао грумен земље у руку и предавао га купцу пред сведоцима, а обојица су три пута изговарали прописане речи: „Да ли се обавезујеш?“ – „Обавезујем се!“ („Spondesne? – „Spondeo!“).

Знамо да је чланом 15. Закона о приватизацији одређено да се одузета имовина продаје у поступку приватизације. Међутим, економисти који су сачинили Нацрт закона нису схватили нити уважавали трајност и жилавост права својине. Продаја одузете имовине у поступку приватизације само продубљује правну и имовинску несигурност и отвара нове парнице и спорове. Осим тога таква продаја је превара купаца, јер купци без добровољног пристанка власника никада не могу постати „нови власници“. Држава својом грубом силом може поново суспендовати вла-

сницима посед и коришћење њихове имовине, али не може никада укинути њихово право својине.

Пошто су имовинска и правна сигурност темељи државе поставља се питање карактера државе која сама руши темеље на којима почива. Задатак добро уређене државе је да успостави и одржава личну и имовинску сигурност својих грађана, да смањује број спорних ситуација, а не да их умножава.

Ако се државном силом демократске Србије „бившим власницима“ ускраћује право на посед, онда се подразумева да држава себи имплицитно задржава право да декретом свим власницима одузме посед. Јер, ако право на имовину није гарантовано власницима из категорије „бивших власника“, онда то право није никоме загарантовано. Цело питање имовинске сигурности као темеља модерне државе још се пластичније указује када се види да власт враћа, сасвим правилно и оправдано, одузету имовину црквама и верским заједницама.

Противници реституције су самим тим противници модернизације Србије и уласка у Европску унију. Не треба заборавити да је Србија, од почетка 19. века, чинила крупне кораке да се модернизује и смањи своју заосталост у односу на Европу. После одласка комунизма задатак Србије је отежан, јер прво треба да рашчисти са остацима ауторитарног режима, па тек онда да настави процес модернизације заустављен немачком окупацијом 1941. године.

Најтеже оптерећење су разни закони о прогону, хапшењу и смакњу идеолошких противника, а затим закони којима је одузимана приватна имовина. Закони против личне сигурности су одавно стављени ван снаге, и донет је Закон о рехабилитацији неправедно осуђених лица на основу кога је већи број жртава прогона повратио своју грађанску част.

Међутим, закони којима је одузимана имовина још увек су на снази и на основу њих држава, или организације одређене од државе, још увек држе у поседу сву одузету имовину. Шта више, ни пресуде о рехабилитацији којима се укида решење о конфискацији имовине нису довољан основ за реституцију у појединачним случајевима.

Дакле, Србија прво треба да збаци окове антицивизацијских закона којима је уништена лична слобода и имовинска сигурност, па тек онда да настави модернизацију по угледу на Европу, тамо где је њен ток присилно прекинут Другим светским ратом.

Противници модернизације Србије истичу низ доле набројаних приговора против реституције за које ћу показати да имају чисто идеолошку позадину и да не представљају озбиљну препреку за обављање тог неопходног задатка.

1. Држава нема новца. Ту се ради о замени теза. Власници не траже новац, него потражују повраћај своје имовине. Врло је мало одузете имовине која не може да се врати у *нашури*. Проблем недостатка новца може такође да се реши на разне начине, укључујући заменом за имовину исте вредности ако оригинална имовина не може да се врати.

2. Реституцију не треба спроводити у природи него исплатом кроз државне обвезнице. Ово је посебно опасна заблуда. Устав Србије, као и већина међународних конвенција чији је Србија потписник, забрањују дискриминацију. Закон о повраћају имовине црквама и верским заједницама, који је донет 2006. године и успешно примењен, предвиђа повраћај имовине у природи. Сваким другачијим решењем у општем Закону о реституцији извршила би се дискриминација између грађана Србије. То би било противно како Уставу Републике Србије тако и Европској конвенцији о људским правима, и било би подложно тужби пред Уставним судом Србије и Судом за људска права у Стразбуру.

3. Да се следеће генерације не оптерете дуговима из прошлости. Управо би повраћај имовине путем обвезница значио да се следеће генерације оптерећују дуговима из прошлости. Током 60 година отета имовина је доносила приходе који су улагани у изградњу нових фабрика, канцеларија, станова и других добара, тако да се акумулирана вредност током година више него удесетостручила у односу на одузету вредност имовине. Та вишеструко увећана имовина преноси се следећим генерацијама. Осим тога, повраћај имовине у природи значи да она остаје у Србији на корист како власника, тако и на општу корист. Супротно томе, накнада имовине у новцу, односно обвезницама, би омогућила одлив капитала из Србије у иностранство.

4. Да се исправљањем старих неправди не створе нове. Овај аргумент може да се тумачи на два начина: (а) да се не почини неправда према новим поседницима имовине; (б) да се не почини неправда неравноправним намирењем старих власника.

У случају (а) ради се о великом броју грађана који су откупили одузете станове, којима би те станове требало оставити, а старим власницима дати накнаду. Међутим, има и појединаца који су искористили транзицију да по повлашћеним условима прибаве туђу имовину, те није неправда ако се та имовина врати власницима.

У случају (б) јасно је да треба све што је могуће вратити у природу, а где није могуће заменити другом ствари исте вредности као одузета ствар. Уколико се нека имовина не може вратити на други начин осим исплатом новца, онда треба извршити поштену процену отете имовине и одредити пуну накнаду.

Дакле, уколико држава са својим повериоцима, а власници одузете имовине су *de facto* повериоци државе, поступи поштено, нема бојазни од стварања нових неправди.

5. Закон о реституцији треба да обезбеди власнику објекта право својине на земљишту. Ово је супротно правном начелу да је својину немогуће отуђити без сагласности власника. Укључивањем једне овакве неправичне одредбе, фаворизовали би се они којима је бивши режим доделио, и који су касније јефтином куповином вредних објеката дошли у посед врло скупих парцела земље. Аргумент да је то пракса свуда у свету, такође не стоји – познато је да у Енглеској, и не само у Енглеској, врло добро функционише систем у коме су раздвојени својина над земљиштем и над зградама: власници зграда држе у дугорочном закупу земљиште.

6. Денационализацију није могуће спровести до краја. Самим доношењем Закона о реституцији постиже се најважнији циљ, а то је успостављање имовинске и правне сигурности. Читањем закона адвокати би могли да саветују клијенте чију имовину купују и од кога треба да је купе. Податак да је у Словенији решено 98% захтева за реституцију показује да денационализација може успешно да се спроведе. Питање времена потребног за спровођење реституције није од значаја за најважније позитивне ефекте враћања имовине правим власницима.

7. Денационализација би створила нови богаташки слој. Ово није тачно, из разлога што стари власници имају велики број потомака и наследника, тако да би се и највећа имања раздробила на десетине делова. Сваки власник би дакле добио релативно скроман удео. Осим тога Србија од Кнеза Милоша до 1841. године није имала ниједнога богаташа рангираног на листама најбогатијих људи Европе, као што је то сада случај.

Напротив, денационализација би створила средњи слој, оживела средњу класу која је носилац друштвене одговорности и економског напретка у свим цивилизованим и демократским државама, што је неопходно свакој земљи која жели да се правилно развија.

Ненаг Целебџић

адвокат из Београда

МРЕЖА СУДОВА У БЕОГРАДУ

Све истраге и кривична суђења за територију града Београда одвијаће се од 1. јануара 2010. године у Палати правде у Савској улици. Здања садашњег Петог општинског суда на Душановцу и садашњег Трећег општинског суда на Црвеном крсту биће парнични судови, а оставинске расправе, радни и породични спорови водиће се у згради садашњег Четвртог општинског суда у Новом Београду.

Овако би у најкраћем могла да се опише нова организација београдског правосуђа у потпуно другачијој судској мрежи, која ће почети с радом 1. јануара, према Закону о уређењу судова и Закону о седиштима судова и јавних тужилаштава. Министарство правде најпре је прецизно одредило будуће функционисање београдског правосуђа, а ускоро ће то учинити и за целу Србију.

– Више од 60 одсто укупног судског посла у Србији налази се у Београду. У главном граду су и највише судске инстанце у новој мрежи судова, које до краја године треба да се уселе у реновирану зграду у Немањиној 9 – каже за „Политику“ Војкан Симић, помоћник министра правде.

У велелепном здању у Немањиној 9, поред зграде владе, радиће будући Врховни касациони суд, затим Апелациони суд у Београду, Управни суд, Привредни апелациони суд, Виши прекршајни суд, Републичко јавно тужилаштво и Апелационо јавно тужилаштво.

Садашњи Окружни суд биће Виши суд. Уместо девет општинских судова за свих 17 општина, Београд ће имати два основна суда, први за градске, а други за приградске општине.

Палата правде у Савској 17а биће „специјализована“ само за криви-

цу. Имаће истражни центар у који ће се сливати сви подаци и докази о свим кривичним делима на територији града, од најлакших деликата до најтежих злочина. Зато ће Палата у незваничном говору добити назив „кривични суд“.

– У Палати правде ће радити истражна и кривична одељења будућег Првог основног суда, Другог основног суда и Вишег суда у Београду. Ту ће бити све судије кривичари, али и тужилаштва, Прво и Друго основно и Више јавно тужилаштво. Постојао је план да се тужилаштва изместе у посебну зграду, али смо то морали да одложимо због економске кризе. Међутим, када ступи на снагу тужилачки концепт истраге, према изменама Законика о кривичном поступку, тужиоци ће преузети истрагу и зато је добро што ће остати овде – каже Војкан Симић.

У овој згради биће смештено и малолетничко одељење Вишег суда и Одељење за извршење кривичних санкција. Палата ће бити и седиште Првог и Другог основног суда и Вишег суда у Београду. Ту ће радити председници и управе ових судова.

Одељење за земљишне књиге и Служба овера, преписа и потписа остаће у овој згради, али ће њихове странке користити посебан улаз и биће одвојени од грађана који долазе у Палату правде због кривичних предмета.

Зграда ће имати и притворску јединицу, просторије за припаднике МУП-а и за судске вештаке, а вероватно и собу за новинаре.

Посебна одељења за организовани криминал и ратне злочине будућег Вишег суда у Београду остаће у згради у Устаничкој 29 која има одомаћен назив „Специјални суд“. Ту ће и даље бити Тужилаштво за ратне злочине и Специјално тужилаштво за организовани криминал.

У згради садашњег Петог општинског суда, у Устаничкој 14 на Душановцу, преко пута Специјалног суда, радиће парнично одељење Првог основног суда. Судије парничари, који су до сада радили у пет општинских судова, сада ће бити на једном месту, па ће се ова зграда у жаргону звати „парнични суд“. Виша инстанца овог суда биће у згради садашњег Трећег општинског суда у Тимочкој 15 на Црвеном крсту. Ту ће радити грађанска одељења Вишег суда у Београду, која ће имати одређене предмете и у првом степену, као што су утврђивање очинства, „штампарке“ и спорови вреднији од три милиона динара.

– Груписање је извршено по врсти спорова. Тако ће једна врста предмета бити концентрисана на једно место, а то ће допринети и уједначавању судске праксе и правилној расподели посла међу судијама – каже Војкан Симић.

Зграда данашњег Четвртог општинског суда у Булевару Михајла Пу-

пина 16, код „старог Меркатора“, имаће више различитих одељења – извршно, ванпарнично, оставинско и одељење радних спорова Првог основног суда, као и специјализована већа за породичне спорове.

Привредни суд у Београду (сада Трговински) остаће у Масариковој 2 код „Београђанке“, а нови Прекршајни суд у Београду биће у згради „Беобанке“ на Зеленом венцу број 16.

Још није донета одлука где ће радити парнична и друга одељења Другог основног суда (сва осим кривичног и истражног), будући да тај суд покрива територију Сопота, Младеновца, Лазаревца и Обреновца.

Славица Динић

МУП Републике Србије

Зборник *Стање криминалиштва у Србији и*

***правна средства решавања*, II свеска,**

Правни факултет Универзитета у Београду, 2008. година

Приредио проф. др Ђорђе Ићковић

Правни факултет, Београд

У едицији Правног факултета Универзитета у Београду, 2008. године, објављен је други том Зборника *Стање криминалиштва у Србији и правна средства решавања*, чији приређивач је проф. др Ђорђе Игњатовић. Зборник представља резултат рада на истоименом пројекту, који финансира Министарство науке Републике Србије. Ова књига има укупно 253 стр. и садржи осамнаест радова.

Уводни прилог у Зборнику је рад професора Clausa Rohina под насловом *Деликтни поседовања* – професор Rohin је водећи теоретичар кривичног права у свету и почасни доктор петнаест универзитета, а међу њима и београдског. У тексту се прво расправља о два начелна питања која се тичу структуре деликата поседовања, при чему његова критика ових кривичних дела иде у два правца, а затим говори о четири деликта поседовања (недозвољено држање оружја, недозвољено држање опојних дрога, држање дечије порнографије и средства за допинг у спорту). На крају, закључује да деликти поседовања нису неприхватљиви. Али, износи и то да је у циљу њиховог криминално-политичког оправдања нужно извршити бројне појединачне анализе и разматрања, као и да би дијалог Немачке и Србије на том пољу довео до напретка у стварању заједничког и међународно прихватљивог решења.

Текст *Међународно кривично право и заштитна људских права* написао је проф. др Зоран Стојановић. Аутор истиче да су међународни ad hoc

и мешовити кривични трибунали, у свом досадашњем раду, врло мало допринели заштити људских права и спречавању вршења међународних кривичних дела за која су били надлежни. Затим износи став да међународни кривични суд, иако још увек није јака институција, јер је тек започео са радом, може имати огроман утицај на остваривање оних циљева које већ наведени трибунали нису успели реализовати. Наравно, аутор је мишљења да будућност међународног кривичног права зависи од тога да ли ће интереси правде и заштите људских права превладати над циљевима моћних држава.

Рад проф. др Ђорђа Игњатовића под насловом *Стање криминологије у Србији* подељен је у неколико целина. У уводу је дат приказ развоја криминологије у Србији са историјског аспекта. Аутор у првом делу говори о статусу криминологије као научне дисциплине на универзитетима у Србији, док у другом делу указује на најновије истраживачке установе и пројекте на којима су оне ангажоване. Затим, говори о томе ко се може сматрати криминологом, потом излаже о удружењима криминолога, о тематици њихових радова и о теоријским оријентацијама криминолога у Србији. На крају, аутор даје завршну оцену статуса криминологије у Србији данас и покушава предвидети правце њеног даљег развоја.

Прилог *Начело ојоршунитијетта кривичној тоњења и међународни йравни стшандарди* написао је проф. др Ђорђе Лазин. Он у совом тексту указује на релације које постоје између захтева да се кривични поступак у Србији учини ефикаснијим, бржим и економичнијим и садржаја Препоруке Р (87)18 Комитета министара Савета Европе о функционисању кривичног правосуђа, а нарочито оног њеног дела који се односи на дискреционо кривично гоњење.

Проф. др Милован Митровић аутор је прилога *Промене културних образаца и криминалишети у Србији*. У првом делу рада аутор даје типологију културних образаца од којих полази у социолошко-феноменолошкој анализи криминалитета и разних врста социјалних девијација. Даље, указује на раније успостављене и новонастале друштвене односе, али и друштвене процесе у нашој заједници данас, који су оваплоћени извесном дозом криминогенних агенаса. Истовремено, говори и о стратегији којом би се репресивно деловало на најозбиљније облике криминалитета у Републици Србији.

Проф. др Светислав Табороши у тексту *Казненойравна заштитија йрава йошрошача* разматра могућност редефинисања кривичног права и као механизам за заштиту права потрошача, наравно, уз подразумевану обавезност. Аутор је мишљења да права потрошача у ствари представљају

прототип будућег развоја људских права.

У тексту *Правни стаишус абортуса и криминал: много буке ни око чеџа?*, проф. др Борис Беговић, коришћењем економетријског модела, покушава да утврди постојање правилности у узрочно-последичној вези између два феномена: правног статуса абортуса и криминала. Он у овом раду, између осталог, констатује да веће инвестиције у људски капитал узрокују већи принос од бављења делатностима које су у складу са законом, а самим тим и мању вероватноћу да ће се дете када одрасте окренути криминалним активностима.

Проф. др Драган Симеуновић је за овај Зборник приредио прилог *Насиље као облик социјалне психологије младих на Балкану*, у којем пише о узроцима насилничког понашања младих на Балкану.

Рад проф. др Петра Опалића и Милане Љубичић под насловом *Истраживање везе између материјалног стаишуса и психопатолошких обележја малолетних преслујника и њихових родитеља* подељен је у пет делова. У уводном делу разматра се теоријска и емпиријска грђа, везана за улоге материјалног статуса породице и психопатолошких обележја малолетних преступника и њихових родитеља у настанку и обележјима малолетничке делинквенције. У другом делу су изнети циљеви истраживања, а у трећем су постављене хипотезе истраживања. Затим се говори о методу рада, а на крају су представљени резултати до којих се истраживањем дошло.

У тексту *Основне карактеристике кривичноправног система за малолетнике у Србији* проф. др Милан Шкулић пише о основним изворима кривичног права за малолетнике, старосној граници кривичне одговорности малолетника и кривичноправној класификацији малолетника, систему санкција, формалном систему санкција у оквиру генералног оквира криминалних санкција, као и о основним карактеристикама кривичног поступка према малолетницима. На крају, аутор износи закључак да је Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица добар потез у нашем правном систему, који је, изнад свега, усклађен са тенденцијама у свету, а што нам омогућава боље суочавање са проблемом малолетничке делинквенције и, уједно, ефикаснији третман малолетних жртава кривичних дела у кривичном поступку.

Одмеравање казне осуђеном лицу представља рад у коме проф. др Ђорђе Ђорђевић говори о проблематици одмеравања казне осуђеном лицу и потреби проналаска адекватних решења, од стране теорије и праксе, за ситуације које сада нису покривене законским одредбама. Др Наташа Делић је за овај Зборник приредила чланак *Теорије кривице и кривично-*

-*йравни значај йравне заблуде* у коме излаже сложену проблематику односа између теорија кривице и кривичноправног значаја правне заблуде. Доц. др Горан Илић аутор је рада *Мартиналије уз дилему: тужилачка версус судска истраја*“ у коме посвећује пажњу питању приклањања, у новим законским решењима, тужилачкој или судској истрази. Уз то, анализира положај и улогу полиције у сваком од ових модела. У прилогу *Кријумчарење миграната у светлу одредаба Кривичног законика Републике Србије* доц. др Милан Жарковић разматра могућност примене актуелних законских решења на спречавање и сузбијање кријумчарења миграната. Магистар Миодраг Мајић у раду *Традиционална кривично-йравна начела и изазови новој доба* говори о нужности корекција основних института у оквиру савременог кривичног права, јер оно је, по његовим речима, само једно од средстава које је друштву на располагању и које се у циљу најбољег служења заједници готово стално мора модификовати.

Јелена Јовичић се у раду *Кажњавање за йродужено кривично дело* ба ви анализом постојећих правних регулатива везаних за ово питање. „*Правна заблуда*“ представља рад у коме Иван Ђокић говори о појму, врстама и кривичноправном дејству правне заблуде у нашем кривичном законодавству, а Вања Бајовић у тексту *Ресторативна йравда и медијација у кривичном йосиууку* указује на све већу афирмацију ресторативне правде на рачун ретрибутивне.

У Зборнику је представљено осамнаест радова, од чега је њих пет написано на светским језицима, што овој публикацији (као и претходном тому) даје међународни карактер. Значај интернационалности овој свесци посебно даје и чланак дојена кривичног права, проф. Рохина, који је у свету водећи научник у области кривичног права и за чије се научно деловање, иначе, може исказати само дивљење. Такође, у овом Зборнику су, по речима аутора, обрађене врло интересантне теме из области кривичних наука и то, веома често, уз указивање на решења која би могла допринети побољшању модела контроле криминалитета у Републици Србији.

НЕНАД – НЕША ЦЕЛЕБЦИЋ (1952–2009)

Вест да је изненада, дана 30. јула 2009. године, преминуо наш драги колега и пријатељ Ненад Целебцић, дубоко ме је дирнула. Нисам могао да прихватим неумитну чињеницу да више нема нашег вредног колеге, сјајног правника, изнад свега доброг човека, и члана Уређивачког одбора часописа БРАНИЧ.

Још давно је Цицерон рекао: *Mortem effugere nemo potest* – Смрт не може нико избећи.

Неша је рођен у Београду 24. августа 1952. године, био је изузетно широко образован. Дипломирао је на Правном факултету у Београду 1975. године, а правосудни испит је положио 1979. После приправничког стажа, у канцеларији адвоката Милана Вујина, постао је адвокат 1979. године. Тридесет година се бавио адвокатуром и до краја је остао заљубљен у своју професију.

Волео је право, али изнад свега филозофију права, без које не постоји права реторика и беседништво.

Неша је био један од ретких међу нама који је знао да цени лепоту правничке писане речи. Са пуном посвећеношћу је уређивао Адвокатску трибину, писао чланке за наш *Бранич*, био је члан његовог уређивачког одбора, студентима Правног факултета је држао предавања о судској реторици, учествовао је на стручним саветовањима, коментарисао законе – и још много тога.

Он нас је први извештавао о променама закона и наше тарифе и слао нам интересантне судске одлуке.

Неша је заслужан за објављивање репринт издања *Српској траћанској законика из 1844. године*, објављен 1990, који се примењује као правно правило.

Био је ентузијаста и увек спреман да се ангажује на свим овим пословима. Таквих људи међу нама је све мање. Памтимо га као тихог, мирног и веома истрајног у расправама и полемикама о разним питањима из области права.

Скретао нам је пажњу на концепцију часописа и чланака у њему. Припремали смо, као чланови уређивачког одбора часописа, нове идеје и нова савременија решења. Залагао се да се све постави на интернет и да се с тим упозна што више чланова адвокатског реда. Једноставно, тежио је бољем и савременијем.

Објавили смо недавно његов значајан рад „Уставна жалба“, а објавићемо и његов последњи распис „Мрежа судова“, који је послао адвокатима, где упознаје колеге са новом организацијом судова.

Отишао је прерано, у напону снаге. Није стигао да ужива у својој деци као младим адвокатима који ће, надајмо се, наставити његовим путем.

Задужио је адвокатуру, пре свега својим радом и ангажовањем у Управном одбору Адвокатске коморе Београда од 1994. до 1998. године, па у Управном одбору Адвокатске коморе Србије од 2002. до 2006. године, а затим и као члан Комисије Министарства финансија за израду Закона о својини и другим стварним правима, ангажовањем у редакцији часописа *Бранич* и др.

За свој частан и успешан рад награђен је 2007. године „Повељом Адвокатске коморе Србије“.

Иако нас је напустио у пуној зрелости и напону снаге, када је могао још много да пружи нашој професији, његов рад и његово дело остаће присутни – не само међу нама који смо с њим радили, већ и у генерацијама које долазе, али и код оних којима је пружао тражену помоћ у сваком погледу.

Недостајаће нам наш Неша и све оно што је чинио за нас. Надајмо се да ће наћи свој мир међу неким другим световима.

Овај кратки епитаф завршићу са вером у бесмртност душе: Драги Нешо, отишао си у живот вишег реда, отишао си у бесмртност.

Нека ти је вечна СЛАВА и ХВАЛА!

Недељко Јованчевић