

ISSN 0353-9644



БРАНИЧ

Часопис за правну теорију и праксу
Адвокатске коморе Србије

Година СХХV • Нова серија • Број 3–4

Београд

2012

Власник и издавач:

АДВОКАТСКА КОМОРА СРБИЈЕ

11000 Београд, Дечанска бр. 13/II

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

www.advokatska-komora.rs

Досадашњи главни и одговорни уредници:

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

Главни и одговорни уредник

— * —

др Недељко ЈОВАНЧЕВИЋ

адвокат у Београду

Уређивачки одбор

— * —

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

Припрема за штампу: Душан Ђасић

Адреса редакције

— * —

АДВОКАТСКА КОМОРА СРБИЈЕ

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

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

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

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

Штампано у 2000 примерака

Штампа ЈП „СЛУЖБЕНИ ГЛАСНИК”, Београд

ISSN 0353-9644



Stamp
Bar Association of Serbia

BRANIČ

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

Year CXXV • New series • Number 3–4

Belgrade

2012

Owner and publisher:
BAR ASSOCIATION OF SERBIA
11000 Beograd, Dečanska 13/11
Telephone: +381 11/32 39 875 – Fax: 32 37 082
www.advokatska-komora.rs

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

Editor-in-chief

* —————

Nedeljko JOVANČEVIĆ, PhD
Lawyer in Belgrade

Editorial Board:

* —————

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

Prepress: Dušan Ćasić

Address of the Redaction

* —————

ADVOKATSKA KOMORA SRBIJE

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

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

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

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

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

Circulation: 2000 copies

Printed by public company „SLUŽBENI GLASNIK”, Belgrade

САДРЖАЈ

<i>Милан Шкулић</i>	
Критичка анализа новог Законика о кривичном поступку Србије (II)	9
<i>Ђорђе Сараја</i>	
Нека питања у вези међународних уговора као извора међународног права и прелаза уговорних одредби у међународно обичајно право	41
<i>Зоран Илкић</i>	
Осигурање од одговорности адвоката за штете настале у обављању професионалне делатности	54
<i>Мирослав Врховшек</i>	
<i>Владимир Козар</i>	
Судска заштита субјективних права из радног односа по новом Закону о парничном поступку	65
<i>Самир Манић</i>	
Новчана накнада нематеријалне штете за душевне болове због наружености	91
<i>Драган Д. Панџић</i>	
Поклон за случај смрти – од римског до српског права De lege ferenda	104
РАСПРАВЕ	
<i>Љубодраг Пљакић</i>	
Управно судство у Немачкој и законска решења у Србији	121

ЈУБИЛЕЈИ – ВЕЉКО ГУБЕРИНА

Саопштење са свечане седнице Управног одбора АКС 133

Живојин Шестић

Витез адвокатури 134

ПРИКАЗИ

Слободан Стојановић

Данило Золо, *Ко каже хуманост... раи, право и глобални поредак* 137

Недељко Јованчевић

Зоран Стојановић, *Коментар Кривичног законика*
(четврто измењено и допуњено издање) 140

IN MEMORIAM

Ђорђе Вебер (1940–2012) 142

TABLE OF CONTENTS OF BRANIČ, Vol. 3–4/2012

ARTICLES

Milan Škulić

Critical analysis of new Criminal Procedure Code
of Republic of Serbia 9

Dorđe Sarapa

Some Issues Regarding International Agreements
as a Source of International Law and the Transition of the
Provisions of the Agreements into International Customary Law 41

Zoran Ilkić

Lawyers Liability Insurance for Damages Resulting
from the Professional Activity 54

Miroslav Vrhovšek

Vladimir Kozar

Judicial Protection of Subjective Rights in Employment
Relation According to new Law on Civil Procedure 65

Samir Manić

Money Compensation for Emotional Distress Due to Deficiency 91

Dragan D. Pantić

Gift Agreement in Case of Death – since Roman Law until
Serbian Law De lege ferenda 104

DISCUSSIONS

Ljubodrag Pljakić

Administrative Law in Germany and Legal solutions in Serbia 121

JUBILEE – VELJKO GUBERINA*Živojin Šestić*

Veljko Guberina – The Knight of Advocacy 134

REVIEWS*Slobodan Stojanović*Danilo Zolo, *Invoking Humanity – War, Law and Global Order*
(*Who Says Humanity... War, Law and Global Order*) 137*Nedeljko Jovančević*Zoran Stojanović, *Commentary on the Criminal Code* 140**IN MEMORIAM**

Đorđe Veber (1940–2012) 142

UDK BROJEVI: 343.13(497.11)

Др Милан Шкулић

редовни професор Правног факултета
Универзитета у Београду

КРИТИЧКА АНАЛИЗА НОВОГ ЗАКОНИКА О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ СРБИЈЕ (II)*

9. Терет доказивања оптужбе

У образлагању разлога за доношење новог Законика о кривичном поступку, те значаја његових појединих одредби, велика је пажња указана формулацији садржаној у члану 15 став 2, по којој је терет доказивања оптужбе на тужиоцу. У суштини се ништа посебно овим само по себи не постиже, јер по логици ствари, увек када тужилац подноси одговарајући оптужни акт, тј. када реализује своју функцију кривичног гоњења и практично поступа у функцији оптужбе, он мора да на одговарајући начин оптужбу поткрепи доказима из којих произлази одговарајући степен сумње. Тако је и у складу са Законом о кривичном поступку из 2001. године, јер на пример, тужилац када поднесе оптужницу у њеном образложењу објашњава постојање доказа из којих произлази

* Први део овог рада објављен у „Браничу”, бр. 1–2/2012.

основана сумња да је окривљени учинио кривично дело које је предмет оптужбе, а слично је и када се подноси захтев за спровођење истраге. У обе ситуације постоји одговарајућа судска контрола, па тако ако истражни судија закључи да нема услова за вођење истраге, односно да основана сумња није поткрепљена доказима, изразиће своје неслагање и затражити одлуку ванрасправног већа.

Такође, судска контрола оптужнице према механизму Законика о кривичном поступку из 2001. године (било онда када је уложен приговор окривљеног или његовог браниоца, било по захтеву председника првостепеног већа), омогућава обуставу кривичног поступка, ако тужилац није своју оптужбу засновао на кредибилним доказима из којих би произишла основана сумња да је окривљени учинио кривично дело. Из овога произлази да и сада, тј. и према Законнику о кривичном поступку из 2001. године, тужилац мора да на одговарајући начин докаже оптужбу, односно да укаже на доказе из којих произлази основана сумња да је окривљени учинио кривично дело, без обзира на то што законодавац није формално прописао да тужилац сноси терет доказивања своје оптужбе.

Чини се да су у Законнику о кривичном поступку из 2011. године, помало поистоветили *оптужбу са утврђивањем чињеничног стања*. Оптужба представља одговарајуће „терећење” окривљеног да је учинио кривично дело, што се чини на одговарајућем степену сумње, а то је када се ради о Законнику из 2001. године основана сумња, док према Законнику из 2011. године, може бити реч и о „основу сумње”, када је у питању истрага, али како се сада истрага води на основу наредбе која представља одлуку јавног тужиоца, а не оптужни акт, то овде нема много значаја, тим пре што се одлука којом се започиње истрага не може побијати правним леком.

Оптужни акт формализује оптужбу, а као што смо претходно објаснили, тужилац мора увек (а то је морао и према ЗКП-у из 2001. године), да оптужни акт заснује на одговарајућим доказима, што у ствари, значи да тужилац свакако сноси (и увек је сносио), терет доказивања своје оптужбе, када се ради о постојању основане сумње да је окривљени учинио кривично дело, или боље речено о постојању одговарајућег степена сумње, јер сада законодавац уводи и трећи степен сумње, а то је „оправдана сумња”.

Шта се то онда посебно ново и корисно постиже формулацијом из члана 15 став 2 ЗКП/11? У основи ништа посебно, али се даљом конкретизацијом начина извођења доказа, које је практично скоро у потпуно-

сти поверено странкама, уз потпуну пасивизацију суда, коначни „доказни исход” поступка, своди на питање „победе” у страначком „двобоју” пред неутралним и релативно пасивним судом.

Дакле, да је речено да да тужилац сноси терет доказивања оптужбе, те да је истовремено за суд задржана дужност утврђивања потпуног и тачног чињеничног стања, односно да је очувано начело истине у кривичном поступку, створила би се једна много логичнија ситуација која би више одговарала и интересима правичног кривичног поступка. Наиме, тада би тужилац свакако морао доказно поткрепити свој оптужни акт и својим радњама у поступку, па и учешћем у извођењу доказа, односно самим извођењем „својих” доказа,¹ доказивати своју оптужбу, али би и сам суд истовремено тежио да извођењем доказа утврђује правилно чињенично стање, односно трага за истином у кривичном поступку.

Ни у ком случају није исто доказати оптужбу и утврдити чињенично стање. Једно је *доказивање ошужбе*, а друго је *утврђивање чињеничног стања*. Такође, није исто доказати оптужбу и доказати кривицу окривљеног.

Оптужба се заснива на одређеном степену сумње и њу би тужилац морао да докаже већ својим оптужним актом, односно доказима на којима се оптужни акт темељи, а кривица се може утврдити тек када она произиђе из изведених доказа, односно када суд закључи да је на главном претресу доказано да је оптужени учинио кривично дело које је предмет оптужбе.

У грубом поистовећивању доказивања оптужбе и утврђивања чињеничног стања, односно доказивања оптужбе и доказивања кривице, се и крије разлог за наопаки, па и прилично банални резон који произлази из текста закона. Истицањем да је терет доказивања оптужбе на тужиоцу, уз истовремено елиминисање начела истине у кривичном поступку,

¹ Наиме, нисмо априорно против *страначког извођења доказа*, већ смо стриктно против тога да такво извођење доказа буде практично *искључиво*. Другим речима, било је могуће, ако се пошт-пото желело претежно страначко извођење доказа, да се чак уведе и претежно адверзијално конструисан доказни поступак, а да истовремено у кривичном поступку постоји и начело истине, чиме би се омогућило да онда када су странке фактички равноправне у смислу способности да квалитетно изведу доказе, а нарочито када се ради о окривљеном који има доброг браниоца, суд практично препусти извођење доказа странкама, без потребе да се сам битније меша у доказни поступак. Али би обрнуто, онда када саме странке нису довољно спремне да квалитетно изведу доказе, а нарочито када окривљени нема уопште браниоца, или има недовољно квалитетну стручну одбрану, сам суд требао да преузме активну доказну улогу, те у циљу утврђивања правилно, односно потпуног и истинитог чињеничног стања, односно другим речима – ради утврђивања истине, изведе све потребне доказе и на њима заснује своју пресуду.

превазилази некакав сада (односно деценијама током којих су важила другачија законска решења), постојећи „велики проблем” да суд мора подржавати оптужбу”. Такво резоновање представља озбиљан нонсенс и указује како на крупно неразумевање суштинске улоге суда у класичном континентално-европском кривичном поступку какав је код нас постојао деценијама, тако и на очигледно погрешну и веома опасну праксу појединих наших судија.

10. Потпуно и штетно „лабављење кочница” у погледу споразума о признању кривице

У наш правни систем је новелама Законика о кривичном поступку из 2001. године од септембра 2009. године (по узору на одредбе садржане у ЗКП-у из 2006. године), уведен споразум о признању кривице. То је законски механизам који многи сматрају веома контроверзним. Да је било ко пре неколико деценија неком јавном тужиоцу предложио закључење споразума са окривљеним, честити тужилац би вероватно посумњао у покушај корупције.

Сличне могућности постоје у већини савремених држава и мада је споразум о признању кривице заиста потекао из САД,² он је данас у неким својим варијантама прихваћен широм Европе. На пример, у Немачкој се он деценијама примењивао, чак и без икакве формалне законске основе. Оно што је већ деценијама било присутно у пракси, је у Немачкој тек августа 2009. године преточено у законске одредбе.³ Да ли то представља американизацију европских кривичних поступака? У суштини не, иако 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*, се често преводи као „нагодба признању кривице”. Сами Американци радије говоре о „исцрепљеној кривици”.

Кривични поступак је у САД устројен као једна врста „доказног страначког двобоја”. Тужилац и окривљени се сопственим аргументима „туку” пред поротом састављеном од обичних грађана, која цени ко је био убедљивији. Сам судија је релативно пасиван. Тек ако порота одлучи да

² В. Бајовић, *Споразум о признању кривице – упоредно-правни приказ*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009, стр. 38.

³ Више о томе: Н. Putzke und J. Scheinfeld, *Strafverfahrensrecht*, „Verlag C.H.Beck”, München, 2009, стр. 21.

је окривљени крив, судија ступа на сцену изрицањем одговарајуће казне. Ако порота одлучи да нема кривице, посао судије је завршен. Ово је познато и из белетристике и филмова. Оно што многи не знају јесте да је овакво „школско” суђење у САД прави изузетак. Одвија се у мање од 10% свих случајева. Скоро 90% случајева се окончава на темељу признања окривљеног, када изостаје поротно суђење, а суд само изриче казну, узимајући признање као озбиљну олакшавајућу околност. Међутим, око половина признања није плод споразума са тужиоцем, већ окривљени признаје притешњен доказима и свестан да би и без признања био оглашен кривим, али да би тада следила далеко тежа казна, а тамо казне нису нимало наивне. Када би било нешто више суђења пред поротом, правосудни систем САД би доживео колапс.

Онда када се амерички тужилац споразумева са окривљеним, често је врло битна „ставка” спремност окривљеног да се појави као сведок против других „озбиљнијих” играча. Кад је писац овог текста био у посети ФБИ-ају у Сан Франциску, сазнао је да у том граду велики проблем представља албанска мафија, за коју му 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 појаве нови имигранти, те да временом делује *melting pot*, неко од дошљака постане полицајац и створи се прилика да ФБИ 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 као куге плаши такве сарадње са криминалцима, знајући да ће криминалац ако „падне”, имати приликом преговора са тужиоцем податак о корумпираном полицајцу као јаку карту у рукаву. Спасевајући своју кожу, он би врло радо сведочио против „другара у плавом”.

Споразум се у још увек важећем српском Законику о кривичном поступку из 2001. године (а ступањем на снагу новела из септембра 2009. године), заснива на битно другачијој концепцији. Могућ је само за кривична дела за која је прописана казна до 12 година затвора. Елемент споразума не може бити обавезивање окривљеног да сведочи против другог окривљеног.

Када се у САД окривљени и тужилац „нагоде”, они казну само предлажу. То суд не обавезује. Казна може бити и тежа од договорене, што се по правилу и дешава. У Србији то неће бити могуће. Суд прихвата споразум само ако у прилог кривици осим признања постоје и други докази. Тада се прихвата и казна о којој су се споразумели тужилац и окри-

вљени. Против одлуке којом се прихвата споразум, жалбу може да изјави оштећени и тек када о тој жалби реши ванрасправно веће суда, споразум производи правно дејство. Стога ће окривљени и јавни тужилац бити мотивисани да воде рачуна и о интересима жртве кривичног дела, пре свега о обештећењу, што је хумано и правично.

Не треба очекивати чуда од споразума о признању кривице, али би он могао допринети ефикаснијем кривичном поступку. Ниједно законско решење није савршено, па ни ово, јер савршенство није људска особина али овај споразум у пракси може бити користан. Суђење ипак не сме постати изузетак, а кривични поступак се не сме претварати у било који облик „преког суда”. Казнена политика не сме бити „мрежа у коју се хватају мале рибе, а кроз коју пролазе велике”, а споразум је у основи намењен „малим рибама”. Иако се каже да је „правда спора али достижна”, суђења морају бити бржа, јер њихова претерана спорост увек охрабрује криминалце.

Много се прашине подигло када је једна српска фолк звезда склопила споразум са јавним тужиоцем и како је то добар део јавности доживео, „погодбом” благе казне „откупила” грехе. Било је ту и много нераумевања, а често се коментарисало и да ми сада имамо „амерички” систем. Ствари стоје нешто другачије. Такав споразум у Србији, као што је објашњено, сада постоји у једној прилично умереној варијанти. Ставка споразума не може бити обавезивање окривљеног да сведочи против других окривљених, јер би то могло асоцирати на „куповину” сведока. На пример, Дражен Ердемовић је признао да је у Сребреници учествовао у убиству око 1200 људи, а да је лично убио око 70 људи. За тај злочин је, захваљујући сведочењу на које се обавезао споразумом, осуђен на свега пет година затвора.

Реформатори закона су пожурили да код нас све „поправе” и преправе, па и да новоизабраним „делиоцима правде”, уз нову мрежу судова ставе на располагање и нове процесне законе, чијом ће применом наше реформисано правосуђе „процветати”. Закоником о кривичном поступку омогућава се склапање споразума у појединим случајевима кривичног дела. То значи да ће нагодба тужиоца и окривљеног бити могућа и за силовање детета, тешка убиства и сл. Није дозвољена ни жалба оштећеног против споразума. То је веома лоше решење, које у комбинацији са укидањем дужности суда да утврђује истину у кривичном поступку, може бити изразито неправично у пракси.

Од када је ДНК анализа постала рутинска метода идентификације, не само да је њено коришћење допринело великом успеху у доказивању

кривичних дела, већ је њоме у неким државама накнадно доказан низ судских заблуда. Након што је невиност једног осуђеника на смртну казну неспорно утврђена накнадно спроведеном ДНК анализом, гувернер државе Илиној је 2003. године донео одлуку да се све осуде на смртну казну у тој држави преиначе у казне доживотног затвора, када је дао и једну легендарну изјаву: *Нашим правним системом крстари дух судске заблуде.*⁴

До 2007. године је скоро 200 осуђеника у САД ослобођено након што је ДНК анализом утврђено да су невини.⁵ Неки од њих спадају у оних фамозних 97%, који се код нас истичу као позитиван пример америчког система страначке „нагодбе.“⁶ Ти „јадници“ су, иако заиста невини, претходно сами признали злочине, што их је потом коштало година проведених иза решетака.

Шта невиног човека може натерати да призна кривично дело? Одмах помислимо на разне злоупотребе, а посебно на тортуру, али то овде није случај. Таква признања „изнуђује“ систем који је класично суђење претворио у изузетак. Онда када циљ кривичног поступка није истина, већ формално решавање предмета поступка, тада је признање заиста „краљица доказа“ и његовим добијањем се све решава. То је типично у англосаксонским поступцима, а посебно у САД. Додуше, таквог споразума нема у Великој Британији, иако је она „колевка“ америчког права.

Веома строга казнена политика у САД начелно мотивише окривљене да признају кривична дела и са тужиоцем склопе споразум, којим суду предлажу одређену казну. Ако се суд увери да је признање истинито, други се докази не изводе, већ се суђење своди само на кажњавање. Како суд у САД није дужан да утврђује истину он у пракси, по правилу, нема много разлога да сумња у признање. Обрнуто, ако нема признања, иде се пред пороту и тада, ако она окривљеног огласи кривим, следи вишеструко тежа казна.

⁴ J. Benet (Ed.), „Crime Investigation”, Parragon, London, 2007, стр. 92–93.

⁵ Ibidem.

⁶ Иначе, ради се о **погрешном податку**, који су неки наши „правосудни“ званичници безрезервно и веома здушно прихватили, па га и више пута износили у јавности. У претходном тексту смо навели неколико релевантних америчких извора (од којих су неки објављени у књигама које је издало само Министарство правде САД), по којем је тај проценат **око 90%** или нешто више од 90%, али **никако не тих „фамозних“ 97%**. Поред тога, овде су, на известан начин, ипак „сабране бабе и жабе“, јер се ради о свим деликтума уопште, а не само о класичним кривичним делима. Дакле у *тај проценаи* улазе и они *релативно ситнији деликти*, као што су то прекршаји у нашем правном систему.

Страх од одлуке пороте, може неке окривљене да натера на признање, чак и онда када су невини, а нарочито када се ради о раније већ осуђиванима, који знају да ће пороту тешко убедити у своју невиност. У самим САД се стога тај систем често оштро критикује, али он тамо функционише, а свака држава сама бира законска решења која највише одговарају њеним потребама.

11. Споразуми јавног тужиоца и окривљеног у новом ЗКП-у

Нови Законик о кривичном поступку уводи *три врсте споразума јавног тужиоца и окривљеног*: 1) споразум о признању кривичног дела, 2) споразум о сведочењу окривљеног, као и 3) споразум о сведочењу осуђеног.

Први страначки споразум је само друга варијанта онога што у Законнику о кривичном поступку из 2001. године, а у складу са новелама из 2009. године, представља споразум о признању кривице, док су друга два страначка споразума варијанте „задобијања кооперативног сведока, односно другачије правно-техничко регулисање некадашњег института сведока сарадника.

11.1. Споразум о признању кривичног дела

Основна аномалија овог споразума је што је он сада могућ у односу на *било коју врсту кривичног дела*, без обзира на његову тежину, што значи да се такав споразум, на пример, може закључити и са окривљеним који је оптужен за силовање детета, вишеструко убиство итд.

За разлику од некадашњег законског решења, тј. оног решења које постоји у ЗКП-у из 2001. године (уведеног новелама из 2009. године), када је споразум о признању кривице био могућ само за кривична дела у погледу којих је прописана казна затвора до дванаест година, сада више нема таквог ограничења. Такође, споразум о признању кривичног дела се више не може побијати жалбом оштећеног, што такође не представља допринос како поштовању интереса оштећеног кривичним делом, који се не могу свести само на материјалноправни аспект, тј. питање имовинскоправног захтева, тако ни правичном кривичном поступку, односно његовом правичном исходу.

Обавезни елемент споразума о признању кривичног дела је, између осталог (опис кривичног дела, признање окривљеног итд.), и **споразум о врсти, мери или распону казне или друге кривичне санкције** (члан 314 став 1 тачка 3). Из овога би произишло да се странке могу споразу-

мети и само о распону казне у оквиру законског распона кажњавања (на пример, казна од 2 до три године затвора и сл.), а да се онда судији препушта да, у оквиру „договореног” распона, изрекне конкретну меру казне одређене врсте. Међутим, тако нешто није усклађено са одредбом члана 317, по којој суд пресудом прихвата споразум, када утврди да су испуњени одређени услови, попут свесног и добровољног признања кривичног дела итд., при чему није јасно како суд може прихватити споразум, који се у погледу кривичне санкције односи само на распон казне. Која се казна тада изриче у осуђујућој пресуди?

С друге стране, ако би се сматрало да суд, у случају да се споразум тиче само распона казне, може потпуно слободно изрећи било коју меру казне у оквиру „договореног распона”, то би било веома нелогично, јер како суд може изрећи било коју казну, односно одредити меру одређене врсте казне, ако није уопште изводио доказе који се тичу околности које су параметри за одмеравање казне.⁷

Ако се већ желело да постоји могућност да се странке договоре само о распону казне, а да се онда суду препусти да коначно, уколико прихвати споразум, сам у оквиру тог распона изрекне конкретну меру казне, онда се морало прописати да тада суд мора извести доказе којима утврђује чињенице од којих зависи мера казне.

Начелно је веома лоше што је битно погоршан положај оштећеног, који се сада не позива на рочиште за одлучивање о споразуму о призна-

⁷ Тако нешто је дозвољено у САД као „колеџци” *plea barging* система, где то чак представља правило, што значи да окривљени признаје кривично дело, а тужилац суду предлаже одговарајућу кривичну санкцију, али суд није таквим предлогом формално везан, већ казна коју изрекне може бити и већа, што је у пракси правило. Међутим, у САД се притом и поред тога, углавном прилично прецизно, унапред може „проценити” која ће се казна у варијанти „плус–минус” изрећи у конкретном случају. Могуће је да је то америчко решење послужило као узор нашем законодавцу, који је међутим, заборавио да онда такво решење, које може имати и одређени *ratio legis*, иако је спорно да ли би окривљени тако радо ризиковао упуштање у неизвесност у погледу судске конкретизације казне „предложене” у распону, на одговарајући начин усклади са другим законским одредбама, те омогући суду извођење доказа који су потребни за одлучивање о мери казне, тј. утврђивање чињеница које би имале значај олакшавајућих и отежавајућих околности. Наиме, у САД се суд руководи веома прецизним и скоро механички формулисаним „смерницама” о висини казне за одређена кривична дела и уз присуство одређених околности (на пример, да ли се ради о повратнику, колико су тешке последице итд.) и тамо није уопште законски уређено да се морају извести докази од којих зависи врста кривичне санкције, односно мера казне, док је код нас формално немогуће да суд изрекне одређену меру казне (чак и у оквиру претходно *страначки утврђеног распона*), а да пре тога није извео и доказе из којих ће произићи чињенице које су од значаја за одмеравање казне.

њу кривичног дела, не може уложити жалбу против решења којим се прихвата споразум, нити судија има дужност да проверава да ли је конкретан споразум о признању кривичног дела у интересу оштећеног, односно да споразумом права оштећеног нису повређена.

11.2. Споразум о сведочењу окривљеног – окривљени сарадник и споразум о сведочењу осуђеног – осуђени сарадник

Према члану 327 став 4 ЗКП/2011, споразум о сведочењу се сачињава у писаном облику и подноси се суду до завршетка главног претреса. Није прецизирано ког главног претреса – оног који се води против окривљеног сарадника или других саокривљених, што у пракси може довести до низа проблема.

11.3. Неослобађање саокривљеног или осуђеног од дужности полагања заклетве када се испитују као сведоци

Према члану 97 ЗКП/2011, заклетву не полагају: 1) сведок који у време „аслушања”,⁸ није пунолетан, као и 2) онај сведок који због душевног стања не може да схвати значај заклетве.

Саокривљени или осуђени нису наведени међу лицима која не полагају заклетву, што представља грешку, јер те категорије сведока по логици ствари, тј. због своје улоге у актуелном или завршеном кривичном поступку, који се тиче онога што је предмет њиховог сведочења, не би требало да полагају заклетву. Без обзира што кривично дело давања лажног исказа постоји независно од тога да ли је сведок положио заклетву или то није учинио, овим се на имплицитан начин потенцира шира могућност да ова лица одговарају за давање лажног исказа.

11.4. Немогућност одбране да захтева одређивање статуса заштићеног сведока

Према члану 107 став 1 ЗКП/2011, суд може одредити статус заштићеног сведока, тако што то алтернативно чини: 1) по службеној ду-

⁸ Овде законодавац прави и терминологику омашку, јер се у одредби члана 97 став 1 тачка 1, говори о „аслушању” сведока, као што је то био случају Законнику о кривичном поступку из 2001. године (као и у нашим ранијим законима о кривичном поступку), пре новела из 2009. године, којима је уведена промењена терминологија, сходно којој се сведок испитује. Ова грешка сада још више „боде очи”, јер се у новом Законнику консеквентно уводи адверзијална конструкција главног претреса, чије је једно од основних обележја *спротивачко испитивање сведока*.

жности, односно официјелним самоиницирањем, 2) на захтев јавног тужиоца или 3) по захтеву самог сведока.

Субјекти који су у функцији одбране, тј. сам окривљени или његов бранилац не могу захтевати да се одређеном лицу да својство заштићеног сведока. То је супротно начелу једнакости странака. Ако су законодавци пошли од претпоставке да је то непотребно, јер сведоцима у поступку најчешће прети опасност од самог окривљеног, занемарили су могућност да сведок сведочи у корист једног од саокривљених, а на штету осталих, па се плаши давања исказа. У том случају окривљени зависи од добре воље тужиоца и суда.

12. (Пре)широка могућност претресања без сведока због „недоступности” држаоца стана

Према члану 156 став 3 ЗКП/2011, претресању се може приступити без предаје наредбе, упозорењу на браница/адвоката и без присуства сведока, не само када се ради о „класичним разлозима” за такав поступак, попут претпостављања оружаног отпора, друге врсте насиља итд., већ и ако је држалац стана или других просторија недоступан.

У питању је реално „каучук” норма, чиме се ствара веома широк простор за злоупотребе, јер орган поступка може, уколико је малициозан (а законодавац не сме априорно претпоставити „добронамерност”), да намерно врши претресање баш онда када власник, односно држалац стана извесно није у кући, односно у својим просторијама, тј. свакако је недоступан јер се, на пример, тачно зна да је у то време на службеном путу, одмору и сл.

13. Погрешно формулисана „нова” битна повреда одредаба кривичног поступка

Према члану 438 став 1 тачка 1 новог Законика о кривичном поступку, апсолутно битна повреда одредаба кривичног поступка постоји и ако је *настпуила засшарелост кривичној тоњења или је тоњење искључено услед амнесије или помиловања или је ствар већ иравноснажно пресуђена, или постоје друге околности које шрајно искључују кривично тоњење.*

Ради се о невероватној грешци. Наиме, реч је о разлогу за доношење одбијајуће пресуде, а не о апсолутно битној повреди одредаба кривичног поступка.

По начину формулације одредбе члана 438 став 1 тачка 1 ЗКП/2011, сваки пут када би суд донео одбијајућу пресуду, због постојања трајне сметње за кривично гоњење (застарелост, амнестија итд.), он би тиме аутоматски начинио апсолутно битну повреду одредаба кривичног постојања.

У важећем Законнику о кривичном поступку из 2001. године (а тако је код нас било деценијама), та повреда је исправно формулисана у оквиру повреда кривичног закона. То значи да повреда постоји ако је кривични закон повређен у погледу питању да ли има околности које искључују кривично гоњење, а нарочито да ли је наступила застарелост кривичног гоњења или је гоњење искључено услед амнестије или помиловања или је ствар већ правноснажно пресуђена. Таква формулација је једино логична, јер тада повреда може постојати у *два смера*, било да је суд, на пример, погрешно констатовао постојање застарелости, односно друге трајне сметње за кривично гоњење (попут, обухваћености дела амнестијом, помиловањем итд.), било да је обрнуто, суд пресудио у погледу кривичног дела које је већ застарело, односно у погледу којег постоји друга трајна сметња за кривично гоњење.

Застарелост, амнестија и помиловање, регулисани су одредбама кривичног законодавства, тј. начелно припадају корпусу материјалног кривичног права, без обзира што такве чињенице у кривичном поступку имају значај *трајних сметњи за кривично гоњење*, али независно од тога, формулација којом су ти разлози, односно уопште „друге околности које трајно искључују кривично гоњење”, сврстане у апсолутно битну повреду одредаба кривичног поступка, представља изузетно грубу, не само правно-технику, већ и суштинску грешку.

14. Раздвајање тренутка започињања кривичног гоњења и момента покретања кривичног поступка

Одредбом члана 5 став 2 ЗКП-а, утврђено је да кривично гоњење започиње алтернативно: 1) првом радњом јавног тужиоца, или овлашћених службених лица полиције на основу захтева јавног тужиоца, предузетом у складу са овим закоником ради провере основа сумње да је учињено кривично дело или да је одређено лице учинило кривично дело, односно 2) подношењем приватне тужбе. Одређивање започињања кривичног гоњења на овакав начин је веома дубиозно и скопчано са читавим низом проблема.

Основно је питање; како може зајочети кривично гоњење, а да самим њочетком кривичној гоњења није зајочео кривични њостујак? Из овог основног питања, које би неко могао схватити и као чувену дилему која се тиче „старости кокошке и јајета”, произлазе и друга питања, у погледу којих је веома тешко пронаћи разуман одговор тумачењем нејасних, нелогичних, а често и изразито противречних одредби новог Законика о кривичном поступку.

Посебно је упадљиво да се на другачији начин одређује моменат започињања кривичног поступка, што значи да наш законодавац сада разликује њочетак кривичној гоњења, од њочетка кривичној њостујка, што истовремено значи да је могуће да постоји кривично гоњење, а да се не води кривични поступак.

Према члану 7 ЗКП-а, кривични поступак је покренут, односно треба га сматрати покренутим, у следећим алтернативно прописаним ситуацијама: 1) доношењем наредбе о спровођењу истраге (члан 296); 2) потврђивањем оптужнице којој није претходила истрага (члан 341 став 1); 3) доношењем решења о одређивању притвора пре подношења оптужног предлога у скраћеном поступку (члан 498 став 2); 4) одређивањем главног претреса или рочишта за изрицање кривичне санкције у скраћеном поступку (члан 504 став 1, члан 514 став 1 и члан 515 став 1); те 5) одређивањем главног претреса у поступку за изрицање мере безбедности обавезног психијатријског лечења (члан 523).

У свим овим ситуацијама формално је могуће да се пре започињања кривичној њостујка, зајочне кривично гоњење, што не само да је бесмислено. По логици ствари, кривично гоњење подразумева одвијање кривичног поступка, јер се оно једино и може остваривати у оквиру кривичног поступка, већ је и само законско решење контрадикторно. Наиме, чини се да је основна идеја законодавца била да се кривично гоњење започне чим се предузме било која процесна радња, већ онда када постоји најнижи степен сумње (основи сумње) и то када се ради о лицу које је тзв. Н.Н. лице, односно непознати „учинилац” кривичног дела, јер све претходно набројане варијанте започињања кривичног поступка (члан 7 ЗКП/2011), подразумевају да постоји осумњичени, односно окривљени (доношење наредбе о спровођењу истраге, потврђивање непосредне оптужнице итд.). Међутим, ту се постављају два основна питања:

1) Ако кривично гоњење по логици ствари подразумева постојање лица које се кривично гони, како оно може започети баш онда када се ради о Н.Н. лицу?

2) Уколико је став законодавца да се кривично гоњење према одговарајућој „фикцији” одвија у односу на „Н.Н. лице”,⁹ док поступак започиње онда када постоји познати окривљени, зашто је онда, обрнуто од таквог става, изричито прописано да кривично гоњење започиње не само првом радњом проверавања да је учињено кривично дело, већ и онда када је провера усмерена на питање да ли је одређено лице учинило кривично дело, а чак је прописано да се кривично гоњење сматра започетим и моментом подношења приватне тужбе.

Није било никакве потребе да се раздваја моменат отпочињања кривичног гоњења од тренутка започињања кривичног поступка, а могло се, пре свега у циљу заштите права осумњичених у најранијим фазама поступка и одвојено од питања лимитирања одређених његових права због вођења кривичног поступка, односно уласка поступка у поједине процесне фазе, прописати да кривични поступак започиње (што, по логици ствари, подразумева и почетак кривичног гоњења), већ првом радњом коју овлашћени државни орган врши због постојања основа сумње или основане сумње да је учињено кривично дело за које се гони по службеној дужности, односно подношењем приватне тужбе када је у питању кривично дело за које се гони по приватној тужби.

15. Пренормираност новог Законика о кривичном поступку и други примери непотребног и погрешног дефинисања, непотребно дефинисање организоване криминалне групе

Текст Нацрта Законика о кривичном поступку је претрпан нормама, он је сувише обиман, што понекад може имати и збуњујући ефекат. Додуше, то би можда донекле могао бити и квалитет текста, када би се радило о ваљаним одредбама, јер би се онда могло сматрати да је тако остало мање простора за правне празнине, нејасноће и сл.

Претходно је већ наведено непотребно и погрешно дефинисање различитих степена сумње (основ сумње, основана сумња и оправдана сумња), те извесности, затим каква је сврха дефинисања „организоване кри-

⁹ На пример, у неким ситуацијама (попут пожара, експлозија итд.), није јасно да ли је одређени догађај, односно његова последица проистекла из кривичног дела или се ради о случају, односно вишој сили, па се након предузимања одређених радњи проверавања, које могу бити и доказног карактера, попут на пример спровођења увиђаја, вршења одређених вештачења и сл., оцењује да ли се ради о догађају који је деликтног или неделиктног карактера. Стога је и нелогично да се сваком таквом радњом започиње кривично гоњење, да би се потом испоставило да је у питању виша сила, случај, задес и сл.

миналне групе” у члану 2 тачка 32 Законика, када потпуно истоветну дефиницију садржи Кривични законик у члану 112 став,¹⁰ а у Законнику има и других сличних примера.¹¹

Потпуно је бесмислено дефинисање израза „извесност” (члан 2 тачка 20), што не само да представља (попут објашњених примера са степенима сумње), пример даљег грубог поигравања са законским текстом који се непотребно оптерећује чисто теоријским појмовима, већ је то и очигледан пример погрешног дефинисања, јер када се извесност објасни као „закључак о несумњивом постојању или непостојању чињеница, који је заснован на објективним мерилима расуђивања”, тиме ништа значајно није речено, односно оно што је речено погрешно је.

Ако је извесност истина (а реч истина се максимално избегава у тексту Нацрта),¹² онда она не може, сама по себи, бити закључак, већ се само може радити о закључку да извесност постоји или не постоји, односно да је нешто истина или да није, али у сваком случају и то је чисто теоријско питање. Зар ће било коме, а нарочито судијама и другим службеним актерима кривичног поступка, оваква дефиниција извесности, сада коначно „отворити очи”, па ће они читајући тај део текста ЗКП-а (ако неком несрећом овакав текст икад постане позитивно право) коначно схватити шта је то извесност?

Дефинисање израза „лишење слободе”. Лишење слободе се дефинише као *хайшење*, задржавање, забрана напуштања стана, притвор итд.

¹⁰ Дефиниција из Кривичног законика: „Организована криминална група је група од три или више лица, која постоји одређено време и делује споразумно у циљу вршења једног или више кривичних дела за која је прописана казна затвора од четири године или тежа казна, ради непосредног или посредног стицања финансијске или друге користи.” Можда би сада питање у неком квизу могло да буде: „*Кажитије која је разлика између дефинисања организованих криминалних група у Кривичном законнику и у Законнику о кривичном поступку*”.

¹¹ Додуше, ипак су творци новог Законика о кривичном поступку из 2011. године показали и одређену разумну *уздржаност* у дефинисању израза. Тако на пример, они нису означили шта је у Законнику о кривичном поступку Законик о кривичном поступку, нити су, на пример, одредили шта у ЗКП-у означавају изрази „судија”, „Устав”, „пресуда” итд.

¹² Заиста је невероватно колико су консеквентно, и скоро са „страшћу”, творци новог Законика о кривичном поступку из 2011. године, доследно елиминисали истину не само као циљ кривичног поступка, односно доношења мериторних одлука у том поступку, већ и као израз који би се користио у било којој одредби ЗКП-а. Ако би се електронски текст новог Законика аутоматски претраживао (*Ctrl + find*), именица *истина*, нити атрибут „истинит”, се не би пронашли. Као да се код реформских твораца таквог Законика о кривичном поступку ради о манифестације својеврсне *истинофобије*.

Чему служи оваква дефиниција, па као да без ње до сада није било савршено јасно да је притвор облик лишења слободе?!

Коришћење израза „хапшење”, како овде, тако и у другим законским одредбама, је потпуно бесмислено. Чудно је да у иновативном Нацрту затвор није означен као „апсана”, а одређивање притвора као „смештање у апс”.

Апсурдност дефинисања израза „кривични закон” у Законнику о кривичном поступку, у члану 2 тачка 34 ЗКП/2011, дефинише се да је кривични закон „Кривични законик и други закон Републике Србије у којем су садржане кривичноправне одредбе.” Ово је потпуно непотребно, човек да занеми.

Да овде није објашњено шта је кривични закон, ко зна који би се све закони у пракси сматрали кривичним законима, или би можда, да нам није лепо речено да се ту ради само о Кривичном законнику Републике Србије, односно другом релевантном закону наше отаџбине, неко необавештен ту сврставао и кривичне законе других држава.

16. Нелогичности које се односе на положај браниоца и одбране уопште у кривичном поступку

Читав низ одредби новог Законика о кривичном поступку, које се тичу положаја браниоца у кривичном поступку, као и читав низ других одредби новог Законика, које се односе на браниоца, а у ширем смислу на процесну функцију одбране у кривичном поступку, је веома сумњивог квалитета, или се чак своди на драматично погоршање услова за квалитетну одбрану у кривичној процедури.

16.1. Једна странка поставља браниоца другој странци

Према одредби члана 76 став 1 ЗКП/2011 браниоца по службеној дужности окривљеном поставља јавни тужилац, онда када бранилац не буде изабран или у току поступка окривљени остане без браниоца. Нелогично је да једна странка у поступку поставља браниоца другој странци! Одредбом члана 76 став 1 прописано је да, када у случајевима постојања неког од разлога за обавезну стручну одбрану (члан 74), бранилац не буде изабран или у току кривичног поступка окривљени остане без браниоца, јавни тужилац или председник суда пред којим се води поступак решењем поставља браниоца по службеној дужности за даљи ток поступка, по редоследу са списка адвоката који доставља надлежна адвокатска комора. Из употребљене језичке формулације – „јав-

ни тужилац или председник суда пред којим се води поступак”..., би чак могло произићи да браниоца окривљеном могу поставити или јавни тужилац или председник суда, тј. да се ради о *пошћуно алтернативно формулисаној надлежности*.

У ствари, једино логично тумачење члана 76 став 1 је да јавни тужилац браниоца поставља у несудским фазама кривичног поступка, тј. током предистражног поступка, односно у истрази или чак евентуално у стадијуму оптужења и пре ангажовања суда, а да када започне чисто судска фаза поступка, то чини суд у одговарајућем функционалном облику, али то није стриктно означено у члану 76 став 1, што представља још један пример правно-техничке нејасноће новог Законика о кривичном поступку. Иако ово тумачење не може бити спорно, остаје као веома дубиозно решење могућност да јавни тужилац уопште и поставља браниоца окривљеном у било којој фази поступка, па и током предистражног поступка којим руководи, односно у току истраге коју води, јер је нелогично да *једна стџранка поствавља браниоца групој стџранци*. Било би далеко логичније да у тим несудским фазама поступка, а то се првенствено односи на јавно-тужилачку истрагу, браниоца окривљеном, онда када се ради о обавезној одбрани (члан 73) и под општим условима формулисаним у члану 76 став 1 (бранилац не буде изабран итд.), поставља судија за претходни поступак.

16.2. *Ојасна моћућност да се бранилац испићта као сведок – пошћенцијално претстварање браниоца у „иследника”*

Бранилац, у складу са чланом 93 став 1 тачка 3, спада у категорију лица која су *искључења од дужности* сведочења, када се ради о ономе што је окривљени конкретном лицу као свом браниоцу саопштио. У питању је норма чији је *ratio legis* сасвим разумљив. Међутим, према одредби члана 93 став 2 ЗКП/2011, ствара се чудна могућност да бранилац ипак буде сведок, јер изузетно од забране да се испитају лица која су искључена као сведоци, „суд може на предлог окривљеног или његовог браниоца одлучити да испита лице које је искључено од дужности сведочења”. То значи да и сам бранилац може, на предлог окривљеног или „његовог браниоца” сведочити о ономе што му је окривљени као свом браниоцу поверио.

Потпуно је бесмислено да бранилац сам себе предлаже као сведока, а да не говоримо о чудној конструкцији да се бранилац, који је иначе искључен од дужности сведочења, може испитати како на предлог окривљеног, тако и на предлог *браниоца окривљеног*, што би у ствари значило

да или бранилац предлаже сам себе као сведока или да је у међувремену дошло до замене браниоца, па онда, нови бранилац предлаже ранијег као сведока, што је такође, потпуно бесмислено. Коначно, могућност да се бранилац испита као сведок у погледу онога што му је окривљени саопштио као свом браниоцу, је и у очигледној супротности са чланом 73 ЗКП/2011.

Овде је и питање да ли онда када је бранилац испитан као сведок, он потом и даље остаје бранилац, или добија својство сведока, које само по себи искључује његов статус браниоца у истом кривичном поступку?

Како је већ објашњено, бранилац се као сведок може испитати на предлог окривљеног или његовог браниоца. Дакле, уколико сам бранилац предложи своје сведочење, није потребна сагласност окривљеног да се бранилац испита у погледу онога што му је окривљени саопштио као свом браниоцу. Могуће је да се окривљени посвађа са браниоцем, и онда овај хоће да сведочи против њега, чиме не само да се доводи у питање начело чувања адвокатске тајне, већ се широко отварају врата за потенцијалне тешке злоупотребе, те монструозну могућност *прешварана браниоца у некакве специфичне „прикривене иследнике“*.

16.3. Дужности браниоца да органу поступи према предмете који могу послужити као доказ

Према члану 149 ЗКП/2011, од дужности предаје предмета ослобођени су: 1) окривљени, те 2) лица која су искључена од дужности сведочења, али не сва таква лица, већ само она која би исказом повредило дужност чувања тајног податка и лице које би исказом повредило дужност чувања професионалне тајне,¹³ осим ако суд не одреди другачије.

Из овога произлази да је бранилац дужан да органу поступка (то ће у овом случају најчешће бити јавни тужилац, јер ће се примарно радити о предистражном поступку или о истрази), преда предмете који могу послужити као доказ. Ради се о веома лошој одредби која очигледно није у складу са начелом једнакости странака, односно лица која су у страначким функцијама, као што је то случај са браниоцем, који је у функцији одбране, иако формално нема својство странке у кривичном поступку. И овом се одредбом, слично као што то важи и за одредбу

¹³ У члану 149 се упућује на члан 93 тач. 1 и 2, из чега и произлази да се ослобођење од дужности предаје предмета *не односи на браниоца* који у складу са чланом 93 тачка 3, спада у категорију лица која су ослобођена од дужности сведочења, а што се (као што је претходно већ објашњено), такође релативизује у новом Законику о кривичном поступку.

члана 93 став 2 ЗКП/2011, бранилац претвара у потенцијалног „сарадника” органа кривичног поступка, што значи примарно јавног тужиоца, када је реч о предистражном поступку и истрази, односно суда у судској фази поступка.

17. Достављање писмена

Иако није спорно да је потребно увести ефикасније начине позивања и достављања, чини се да се у Законнику о кривичном поступку из 2011. године, озбиљно претерало.

Ако се ради о лицу којем се писмено непосредно доставља, а лице се не затекне тамо где се достављање има извршити, писмено се може предати пунолетном члану његовог домаћинства, који је дужан да га прими (члан 243 став 2). Како ће се утврђивати године, односно *узраси* члана домаћинства посебан је проблем који се овде не решава. Бесмислено је уводити обавезу члана домаћинства да прими писмено, када истовремено не постоји било каква консеквенца за одбијање члана домаћинства да писмено прими. Да ли ће му се тада писмено „гурати у руке”, или ће се можда применити физичка сила? Ако се члан породичног домаћинства не затекне, писмено ће се предати *йорџиру*, *суседу* или *йредседнику кућног савета*,¹⁴ ако они на то пристану, и тиме се сматра да је достављање извршено (члан 243 став 2). Ово је невероватна одредба. Када се зна које су процесне консеквенце обављеног уредног достављања, онда је заиста невероватно да се и на овакав начин писмено може уредно доставити. Па, српски комшијски односи су понекад поприлично поремећени и лако је замислити суседа који ће радо примити писмено које се иначе, лично доставља, а онда га хладнокрвно уништити, те свог злосрећног суседа изложити одређеним процесним последицама. И наравно, ту је „коначно решење”, ако лице које није дужно да прими писмено (портир, сусед, председник кућног савета, колега са радног места) одбије да то учини, достављач оставља обавештење да ће се писмено истаћи на огласној табли и, по могућству, на интернет страници органа поступка, а по протеклу рока од осам дана, од дана истицања писмена, сматра се да је достављање извршено (члан 243 став 4). Ефикасно нема шта, али је то истовремено и толико низак

¹⁴ Иначе, овде законодавац користи и погрешну, тј. застарелу терминологију, јер према позитивноправним прописима не постоји „кућни савет”, нити „председник кућног савета”, већ *скупштина стана* и *йредседник скупштине стана*.

стандард за уредно достављање, да више приличи некаквом сумарном дисциплином поступку у земљорадничкој задрузи, него озбиљној кривичној процедури¹⁵.

18. Постоје друга бројна решења Непотребно раздвајање предистражног поступка и истраге

Предистражни поступак је заменио садашњи преткривични поступак, али је то у учињено на суштински погрешан начин. Наиме, и предистражни поступак, као и истрага се воде када постоји исти релативно низак степен сумње, а то су основи сумње, који је иначе веома лоше дефинисан у члану 2 тачка 17, а притом се истрага на том нивоу степена сумње може водити како против одређеног лица, тј. онда када постоји осумњичени, тако и против непознатог учиниоца.

Како се и предистражни поступак води на нивоу постојања основа сумње и како се он, по правилу, а посебно у неким ранијим фазама и док се кривично дело тек разјашњава, води у односу на непознатог учиниоца, јер његова сврха између осталог и јесте откривање осумњиченог, која је онда сврха омогућавања да се истрага такође може водити против непознатог учиниоца кривичног дела, онда када постоје основи сумње да је учињено кривично дело. Овде је такође грешка што се не означава да се мора радити о кривичном делу за које се гони по службеној дужности.

Било би најцелисходније, ако се већ жели чист концепт јавно-тужилачке истраге, да уопште не постоје посебне одвојене фазе предистражног поступка, као неке врсте супститута садашњег преткривичног поступка и истраге, коју би уместо садашњег истражног судије водио јавни тужилац. Таква раздвојеност постоји и у неким другим кривичним поступцима који се одликују тужилачком истрагом. Ту је, на пример, карактеристична Црна Гора, у којој постоји извиђај, који замењује садашњи преткривични поступак и истрага која се води по наредби државног тужиоца. Иако ни ово није идеално решење, оно је ипак боље него оно у новом ЗКП-у Србије, јер се у Црној Гори извиђај води на нивоу *основа сумње*, док се истрага покреће онда када већ постоји *основана сумња*, као озбиљнији степен сумње, па то онда представља одговарајуће оправдање за разликовање ових фаза, које ипак, ако не формално ка-

¹⁵ С обзиром на разраду читавог низа нових начина достављања писмена, добро је да у новом Закону није предвиђено достављање писмена и „голублијом поштом”.

да се ради о извиђају, суштински, односно садржински, обе заједно представљају сегмент својеврсног истражног поступка.¹⁶

И Законик о кривичном поступку из 2006. године је познавао две истражне фазе – а) претходну истрагу, као неку врсту супститута садашњем преткривичном поступку и б) истрагу поверену јавном тужиоцу, што је у том Законнику било оправдано из два разлога: 1) с обзиром на степен сумње као материјални услов за вођење ових истражних стадијума, који се разликовао и који је за претходну истрагу био основи сумње, а за истрагу се морао радити о основаној сумњи, те 2) с обзиром на то да се истрага покретала решењем јавног тужиоца, против којег је била дозвољена жалба о којој је одлучивао истражни судија.¹⁷

У Нацрту новог Законика о кривичном поступку, било је предвиђено да се истрага покреће *закључком* надлежног јавног тужиоца (члан 302 став 1 Нацрта), против којег жалба није дозвољена. Чему уопште доношење било које одлуке о спровођењу истраге, ако се већ ради о одлуци против које жалба није дозвољена. Истрага би се могла сматрати покренутом већ првом радњом која има истражни карактер.

Није лоше само по себи, што се радило о закључку (мада до сад није било уобичајено да се у кривичном поступку доносе *закључци*),¹⁸ али

¹⁶ Види више о томе: М. Шкулић, *Коментар Законика о кривичном поступку Црне Горе*, „Мисија ОЕБС-а у Црној Гори” и Министарство правде Црне Горе, Подгорица, 2009, стр. 723–724.

¹⁷ Више о томе: М. Шкулић, *Коментар Законика о кривичном поступку*, „Службени гласник”, Београд, 2007, стр. 759–760.

¹⁸ Као што смо то навели у претходном тексту, слично решење постоји у немачком кривичном поступку (*Beschluss*), али у Немачкој, за разлику од решења какво је заступљено у нашем Нацрту ЗКП-а, постоји само једна „истражна фаза” – класична истрага која је поверена државном тужиоцу, а не прави се раздвајање на *претходни истражни поступак* и *истрагу*, као што се то нерезонски чини у Нацрту Законика о кривичном поступку.

Када је у ЗКП-у из 2006. године, на први поглед слично, прављења разлика између *претходне истраге* и *истраге*, то је било утемељено на два основна разлога: 1) *различити степен сумње* – претходна истрага се водила на нивоу основа сумње, а истрага онда када је постојала основана сумња, те 2) постојању *права на јавни лек* у односу на одлуку о спровођењу истраге – истрага се покретала решењем јавног тужиоца, против којег окривљени и његов бранилац могли изјавити жалбу о којој је решавао истражни судија.

Стога у ЗКП-у из 2006. године није ни било могуће да се истрага води против познатог учиниоца, а то није било ни потребно, јер би у таквом случају довољно и адекватно било да се води претходна истрага. Како се према решењу из Нацрта ЗКП-а и предистражни поступак и истрага воде на нивоу истог степена сумње – основа сумње и како се истрага покреће наредбом јавног тужиоца против које жалба није дозвољена, потпуно је непотребно, па и бесмислено, раздвајати предистражни поступак и истрагу, исто као што је нелогично што, онда када је већ учињено такво раздвајање, постоји могућност да се истрага води и против непознатог учиниоца.

је то онда контрадикторно правилима која се, на пример, односе на финансијску истрагу, која се води по наредби јавног тужиоца, када је у питању тзв. проширено одузимање имовинске користи. У последњој верзији Нацрта од 12. јула 2011. године, ова одредба је промењена. Истрага се сада покреће *наредбом јавног тужиоца*, чиме се, ипак, ништа суштински није променило, осим што је (као што смо претходно објаснили) и до сада наредба била одлука која је била карактеристичнија за кривични поступак, него закључак, који се никада није доносио у нашој кривичној процедури, а већ смо претходно објаснили да је начелно дубиозно утврђивање правила по којем се истрага покреће одговарајућом формалном одлуком јавног тужиоца (наредбом), а да против такве одлуке жалба није дозвољена. Из ове последње верзије Нацрта ЗКП-а је и произишло претходно већ детаљније објашњено и аргументовано критиковано законско решење по којем се истрага покреће наредбом јавног тужиоца против којег жалба није дозвољена.

Било би далеко целисходније да у нашем будућем кривичном поступку постоји *само једна истражна фаза*, слично као што је то, на пример, у Немачкој или у Аустрији, а где је истрага у основи спој елемената нашег садашњег преткривичног поступка, за који је карактеристично да „претходи кривичном поступку и омогућава га”¹⁹ и формалне истраге, коју код нас још увек води истражни судија, а коју у поменутих европским државама води државни тужилац.

Колико је бесмислено **раздвајање истражних фаза** на предистражни поступак и истрагу, види се не само из претходно објашњене чињенице да се обе ове фазе воде на нивоу истог (најнижег) степена сумње, а то су *основи сумње*, већ и из прописане могућности јавног тужиоца да наредбу за спровођење истраге донесе, како у односу на познатог осумњиченог, тако и у погледу непознатог учиниоца кривичног дела. Ово је потпуно нелогично, јер каква је сврха вођења формалне истраге против непознатог учиниоца, када је и иначе, могуће водити предистражни поступак, који би по дефиницији, првенствено био фокусиран на разјашњавање кривичних дела учињених од стране непознатих учинилаца, где би кључан елемент тог поступка „разјашњавања”, баш и био идентификовање осумњиченог, у погледу којег би се онда (ако би се остало при овом веома лошем концепту постојања две „истражно оријентисане фазе” – предистражног поступка и истраге) тек доносила наредба о спровођењу истраге.

¹⁹ Више о томе: С. Бркић, *Кривично процесно право II*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2010, стр. 9–10.

Изношење одбране окривљеној у ошћужници

Према члану 332 став 1 тачка 6 ЗКП/2011. у својој оптужници тужилац треба да *изнесе и одбрану окривљеној*, што је нелогично са аспекта страначког поступка. Поред тога, шта ако је тужилац оштећени (супсидијарни тужилац), како ће ова категорија тужилаца моћи то да наведе, јер оштећени као тужилац не може водити истрагу. Још је ово дубиозније када се ради о приватном тужилоцу, јер се према члану 333 ЗКП/2011 то правило односи и на приватну тужбу.

Опћасносћ (не)осћоравана ошћужбе на припремном рочишћу

Према члану 349 став 4 ЗКП/2011, ако оптужени оспорава наводе оптужбе, председник већа ће га позвати да се изјасни који део оптужнице оспорава и из којих разлога и упозориће га да ће се на главном претресу изводити само докази у вези са оспореним делом оптужнице. Ова одредба је веома спорна са аспекта претпоставке невиности, а њен домет у пракси може бити изузетно далекосежан у правцу стварања услова за испољавање драстичних неправичности у кривичном поступку.

Уместо да тужилац пред судом на главном претресу доказује све оно што наводи у оптужници, овде се полази од претпоставке тачности оптужнице, па се доказује само оно што оптужени оспорава. Како суд, ни иначе, нема дужност утврђивања истине, сасвим је јасно каква судбина може да снађе окривљеног који не би био довољно „сналажљив” на припремном рочишту.

Оптужени који немају браниоца и који понекад, ако су изразито неуки (а зна се каква је образовна структура већине типичних окривљених у нашим кривичним поступцима), малтене не знају ни шта значи реч *осћоравати*, на овај начин потенцијално се доводе у веома лош положај, јер ако ништа не оспоравају, то значи тужилац ништа не мора ни да доказује и сам главни претрес практично постаје непотребан, а осуда окривљеног „загарантована”.

Удаљење оштећеној као тужилоца или приватној тужилоца из суднице збој ремећења реда на главном претресу уз обавезно пошћављање пуномоћника

Према члану 373 став 1, ако оштећени као тужилац или приватни тужилац, односно њихов законски заступник ометају ред на главном претресу, односно наставе да то чине и након изрицања казне, веће их може удаљити, те им тада за даљи ток поступка обавезно поставља пуномоћника.

Из овога произлази да ако оштећени као тужилац или приватни тужилац немају средства да сnose трошкове свог стручног заступања, добијају могућност да пуномоћника добију официјелном одлуком суда, уколико су се у судници понашали неприкладно, што би практично значило да се на такав начин „награђују” због ремећења реда током главног претреса.

Пројашњавање да се нејостојање предлога оштећеној за кривично гоњење сврста у битне повреде одредаба кривичној постојка

Према члану 438 став 1, тачка 7, битна повреда одредаба кривичног поступка постоји ако је суд повредио одредбе кривичног поступка у погледу постојања оптужбе овлашћеног тужиоца, односно одобрења надлежног органа. Грешка је што се овде изоставља и нејостојање предлога оштећеног када се ради о кривичним делима за која се гони по предлогу оштећеног.

Из овога би могло произићи и да се кривични поступак може водити по оптужби јавног тужиоца у погледу кривичног дела код којег је за кривично гоњење као *conditio sine qua non* потребан предлог оштећеног (попут силовања учињеног према брачном другу – члан 186 КЗ у вези члана 174 КЗ, или кривичног дела неовлашћеног откривања тајне – чл. 141 КЗ итд.), а да притом уопште нема предлога оштећеног, те да се тада, такав кривични поступак мимо воље оштећеног може завршити осуђујућом пресудом. Ово је потпуно супротно концепцији постојања кривичних дела за која се гони по предлогу оштећеног, а коју је наш законодавац прихватио када је такву категорију кривичних дела увео у материјално кривично законодавство.²⁰

Немоућносћ саслушања у поновљеном постојку саучесника окривљеној који је већ осуђен

Према члану 481 став 2 ЗКП/2011, у поновљеном поступку према окривљеном који је осуђен у одсуству, саучесник окривљеног који је већ осуђен не може се саслушавати, нити се може суочити са окривљеним,

²⁰ *Ratio legis* постојања ове врсте кривичних дела је двострук: *С једне стране*, тако се штите интереси оштећеног, који сам својом вољом одлучује да ли ће доћи до започињања и вођења кривичног поступка за кривично дело, код којег је, мада се њиме вређа и одређени јавни интерес, ипак примаран интерес самог пасивног субјекта кривичног дела; *С друге стране*, тиме се омогућава да јавна оптужба не делује по сваку цену у погледу кривичних дела, код којих јавни интерес није изражен у знатној мери, те се тиме растежује и кривично правосуђе.

већ се упознавање са садржином исказа осуђеног саучесника обавља у складу са чланом 406 став 1. тачка 5. Законика (увид у исказ), с тим да се пресуда не може искључиво или у одлучујућој мери заснивати на таквом доказу.

На овај се начин поново (као и у низу других објашњених ситуација), непотребно одступа од начела непосредности у објективном смислу, а са аспекта правичности, посебно је спорно ако се ради о ситуацији да се осуда заснивала баш на таквом доказу, односно уколико је саокривљени пребацивао кривицу на окривљеног у бекству, што у пракси може да буде сасвим реално.

Индиректно коришћење несудских доказа на главном претресу и могућности заснивања пресуде на таквим доказима

Слично као што је то уређено и у позитивном Законику о кривичном поступку и у новом ЗКП-у из 2011. године се прописује неколико ситуација када се на главном претресу могу читати записници о раније датим исказима (члан 406). Међутим, сада је то веома проблематично јер се више, по правилу, не ради о судским доказима, већ о доказима које је у истрази прикупио јавни тужилац.

Донекле је оправдано да се читају записници када се ради о објективној немогућности да се већ испитана лица поново испитају, јер су умрла или душевно оболела, али је потпуно погрешно да се остави могућност читања записника и онда када *сведок или већинак без законској разлоја неће да исказује на главном претресу*.

Тужилачка истрага има низ предности у односу на судску, али она има и одређене потенцијално озбиљне мане, а основна мана је да се веома рестриктивно докази из истраге могу користити на главном претресу, већ је њихова основна функција да послуже као *ушмељење оптужнице*, а онда се касније, сви докази по правилу, морају понови изводити на главном претресу,²¹ што је посебно изражено у адверзијално констру-

²¹ У вези са овим, погрешно је што се као циљ истраге у Нацрту (члан 295 став 3), одређује не само прикупљање доказа и података који су потребни за одлучивање о томе да ли ће се подићи оптужница или обуставити поступак итд., већ и *доказа за које постоји опасност да се неће моћи поновити на главном претресу или би њихово извођење било оштећено*... Овакав циљ истрага може имати једино када је води истражни судија, или макар онда када се ради о тужилачкој истрази, али уз могућност да се у погледу одређених доказних радњи (тзв. хитне судске радње), ангажује судија (било судија за истрагу, као што је то случај у Црној Гори, односно у Немачкој, где се он означава као „Ermittlungsrichter“, за разлику од истражног судије, који би био „Untersuchungsrichter“, било судија за претходни поступак и сл.), што није случај са одредбама Нацрта.

исаним кривичним поступцима, какав је и нови тип процедуре уведен Закоником о кривичном поступку из 2011. године.

Када се уведе неки нови законски механизам и уопште ново законско решење (попут тужилачке истраге), онда се истовремено морају како искористити све предности новине, тако и поднети, („истрпети“) неке мане новог решења. Међутим, новим Закоником се сада покушава остварење „немогуће мисије“, тако да истрага буде тужилачка, али да истовремено сви докази, које је јавни тужилац као несудски државни органи прикупио, могу да се путем читања записника о датим изјавама користе на главном претресу, исто или слично као што је то чињено и са исказима који се дају истражном судији, када он у судској истрази испитује сведоке или вештаке. Тако нешто начелно није могуће, односно није оправдано.

Практично сви закони(ци) о кривичном поступку у којима је истрага тужилачка, омогућавају да неке радње врши суд (изв. хијне судске радње), онда када постоји опасност да оне неће моћи да се понове на главном претресу, па би стога било адекватно када би се члан 299 новог Законика о кривичном поступку допунио са неколико нових одредби, тј. на следећи начин:

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

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

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

19. Жалба против пресуде због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања

Исто као и раније, жалба против пресуде се може уложити и ако титулар права на улагање редовног правног лека сматра да постоји одговарајућа „чињенична аномалија“ пресуде, што је у изразитој контрадикцији са начелним одступањем од начела истине у кривичном поступку, као и драстичним минимизирањем доказне улоге суда, односно функ-

ције суда у односу на утврђивање чињеничног стања на којем се заснива пресуда која се побија жалбом.

Одредбом члана 440 Законика о кривичном поступку утврђено је да се пресуда може побијати због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања.

Затим се чланом 440 став 2 Законика утврђује да је чињенично стање погрешно утврђено када је суд неку одлучну чињеницу која је предмет доказивања *погрешно утврдио*, а непотпуно је утврђено када неку одлучну чињеницу која је предмет доказивања, *није утврдио*.

Дакле, у члану 440 став 2 ЗКП се говори о чињеницама које је суд **погрешно или непотпуно утврдио**, иако је истовремено суд практично ослобођен дужности утврђивања чињеничног стања, исто као што суд нема обавезу утврђивања, истине у кривичном поступку.

Када се ово доведе у везу са кључном „начелном доказном одредбом” у Законнику о кривичном поступку, садржаном у члану 15 став 3, по којој *суд изводи доказе на њредлој страници*,²² а да једино ако оцени да су изведени докази противречни или нејасни и да је то неопходно да би се предмет доказивања свестрано расправио, може дати налог странци да предложи допунске доказе, односно *изузетно* сам извести такве доказе, настаје потпуно и веома тешко објашњива конфузија.

Жалбени разлог из члана 440 Законика о кривичном поступку представља класичан основ побијања пресуде због огрешења о начело истине, јер шта је друго „погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање”, него **неистинито чињенично стање**, односно другим речима, *неутврђивање истине у кривичном поступку*.

Међутим, не само што суд нема дужност да утврђује истину у кривичном поступку, као што је то сада био случај и као што је у већини класичних континентално-европских кривичнопроцесних система, већ суд у основи, чак и онда када би покушао да нешто шире тумачи одредбу члана 15 став 4, тако што би формулацију о „неопходности извођења доказа потребних да се предмет доказивања свестрано расправи”, користио као основ за потпуно и истинито утврђивање чињеничног стања

²² Претходно је већ објашњавано да је ова законска одредба у суштинској контрадикцији са читавим низом других одредби новог Законика о кривичном поступку, а нарочито са правилима извођења доказа на главном претресу, када суд само изузетно сам изводи доказе, док доказе примарно изводе саме странке пред судом, што је посебно упадљиво када се ради о испитивању сведока, те правилима којима се регулишу директно и унакрсно испитивање сведока.

(па евентуално и супротно очигледној интенцији законодавца да потпуно потре начело истине у кривичном поступку), ни тада не би увек могао лако и једноставно да утиче на утврђивање чињеничног стања.

Наиме, законодавац суду не даје ни дужност, нити могућност да он сам по аутоматизму изведе потребне доказе, већ му примарно само препушта могућност „издавања налога” странци да она предложи извођење таквих доказа, а тек супсидијарно му омогућава да сам преузме доказну функцију. Дакле, суд може у првом реду сугерисати странци да она њему предложи извођење доказа, које он сматра потребним за свестрано расправљање предмета доказивања (што је поприлично апсурдно, када се истина ни формално не утврђује као циљ кривичног поступка), а ако се странка о такав предлог суда оглуши, сам суд само изузетно такве доказе може сам изводити, што ће у пракси очигледно бити веома ретко.

Наиме, како суд такву дужност није ни имао, јер у нашем новом кривичном поступку не делује начело истине, већ је напротив странка била дужна да презентира доказе који иду у прилог њеним тврдњама, странка фактички не може успешно побијати пресуду због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања, без обзира што такав жалбени основ формално егзистира у новом Законику о кривичном поступку из 2011. године.

Закључак

Реформа кривичног поступка Србије већ сувише дуго траје и она се најалост одликује изразитом неконзистентношћу, својеврсним „лутањем”, па и бројним, очигледно промашеним нормативним решењима.

Законик о кривичном поступку Србије представља прилично лош и у правно-техничком смислу веома недотеран текст. Законик је препун веома лоших решења, почев од оних најкрупнијих која су концепцијске природе, до правно-техничких омашки и грешака, озбиљних нејасноћа и неусаглашености. Њиме се, поред овога, у наш кривичнопроцесни систем уводе неки процесни механизми који су потпуно атипични за највећи број земаља континенталне Европе, а нарочито за тзв. старе европске државе, чији су нам правни системи, по правилу, служили као узор, што у пракси може имати веома негативне и тешко поправљиве консеквенце, како по уређеност правног система, тако и по права и слободе грађана.

Данас се може уочити и својеврсна „експанзија” англосаксонског, адверзијалног модела кривичног поступка, нарочито у некадашњим социјалистичким земљама, што је начелно скопчано са озбиљним пробле-

мима. Донекле и чуди да неке државе за које није спорно да припадају континенталној Европи, и то не само географски, већ и по својој традицији, духу и одређеним друштвеним вредностима, тако олако прихватају један прилично неуобичајен модел. Олако реформисање кривичног поступка на стриктно адверзијалним основама и форсирање неких других обележја типичних страначки оријентисаних кривичних процедура, на пример, попут претераног форсирања споразума о признању кривице, скопчано је и са реалним опасностима, као што је могуће несналажење правосудних органа у неком будућем потпуно измењеном нормативном амбијенту. Посебно је опасно, то може довести до озбиљног угрожавања права окривљеног у кривичном поступку, јер изразито страначка конструкција кривичног поступка нужно подразумева максималну једнакост странака, а то је у условима наше земље, а слично је и са већином других држава у тзв. транзицији, у пракси скоро немогуће.

Несрећни и „неподобан” покушај садржан у новом Законику о кривичном поступку Србије да се у кривичној процедури испоље одређени елементи начела правичног вођења кривичног поступка, а да се истовремено, потпуно и чак „фанатично” елиминише начело истине из нашег кривичног поступка, представља изразито штетан експеримент, који је унапред осуђен на неуспех, али цену таквог експериментисања би могли платити како држава, тако и грађани.

Концепт тзв. паралелне истраге је суштински погрешан и он би у пракси или потпуно паралисао већину кривичних поступака, или би се, што је можда вероватније, свео на голу форму, где би практични значај имала истрага јавног тужиоца, док би „истрага” (односно поједине доказне активности у истрази), лица у функцији одбране била сведена на „празну фасаду”.²³ Тај концепт је *суштински проишван и функцији одбране* у кривичном поступку, те елементарном дејству претпоставке невиности (која се као што је то објашњено у претходном тексту потенцијално и формално крши у тексту Законика), јер какву би то истрагу окривљени могао водити и против кога, када се окривљени већ по законској дефиницији сматра невиним, све док се евентуално, супротно не утврди правноснажном одлуком суда.²⁴

²³ Као што је претходно објашњено, механизам „прикупљања доказа у прилог одбране” током истраге је веома неадекватно решен у новом Законику о кривичном поступку.

²⁴ Додуше, не треба сумњати да би такве могућности ефикасно могле да користе поједине категорије окривљених (који наравно спадају у финансијску или криминалну „елиту”), који су веома имућни или комбиновано изузетно богати и моћни, попут

Потпуно *адверзијална конструкција главної прешреса*, односно суђења, није адекватна за наш кривични поступак и она би у пракси могла довести до огромних проблема. У таквом поступку би странке само формално биле равноправне, док би у пракси то било, по правилу, веома неповољно по окривљеног, нарочито онда када нема браниоца, а у нашем кривичном поступку је само за релативно ограничени круг кривичних дела, прописана обавезна стручна одбрана.

Елиминисање начела истине у кривичном поступку је изразито штетно. Није спорно да истина није никаква „света крава” ни у нашем садашњем кривичном поступку, као ни у кривичним поступцима већине држава континенталне Европе чије кривичне процедуре познају ово начело и где се оно сматра врхунским принципом. Истина се не достиже по сваку цену, али истини се свакако тежи, а онда када се истина објективно не може утврдити, примењује се начело *in dubio pro reo*.

Елиминисање начела истине у кривичном поступку је контрадикторно и у односу на бројна друга кривичнопроцесна правила, као што је омогућавање подношења жалбе против пресуде и због *поірешно или неіоішійуно уішврђеноі чињеничноі стања*, када је она сама, у првом реду процесно одговорна за утврђивање чињеничног стања, а *суд уоішійе и нема дужності уішврђивања истіине*,

Већина грађана од кривичног суда очекује истину а не некакво доказно бодовање страначког извођења доказа. Истина утврђена у кривичном поступку често има и историјско значење.

Осим што је заснован на овим основним и веома крупним концепцијским грешкама и тешким промашајима, Законик о кривичном поступку из 2011. године се одликује и читавим низом других битних аномалија и правно-техничких грешака, па до нејасних, врло сумњивих и очигледно екстремно некавалитетних нормативних решења.

Примена новог Законика о кривичном поступку започела је од 15. јануара 2012. за кривична дела организованог криминала и друга тзв. посебно тешка кривична дела. У погледу осталих кривичних дела, тј. већине „типичних кривичних поступака”, примена новог Законика одложена је до 15. јануара 2013. године, што је сам по себи „на ивици уставности”, ако ту граница већ и није пређена, тиме што је омогућено да се у истој држави у исто време примењују два веома различита Законика о

разноразних „контроверзних бизнисмена” и неких „срећних добитника” и „профитера” транзиције и приватизације, а који би себи могли да приуште и скупе услуге приватних детективских агенција или да на адекватне начине „одобровоље” сведоке који би им дали исказ у њихову корист...

кривичном поступку. Тиме се, што је посебно негативно, стварају и две битно различите „категорије окривљених”, док и иначе субјекти кривичних поступака који се воде према дијаметрално различитим изворима процесног права, имају и битно различити кривичнопроцесни положај, што по логици ствари подразумева и другачија права и дужности.

Ако већ нисмо сигурни да ће одређена будућа законска решења користити, а врло је вероватно да могу озбиљно да штете, онда се треба разумно уздржати од њиховог увођења у наш нормативни кривичнопроцесни амбијент. Нови Законик о кривичном поступку Србије из 2011. године је заснован на суштински потпуно погрешној концепцији и садржи читав низ веома лоших нормативних решења и ако би он у садашњем облику доживео потпуну примену то би неминовно произвело изразито негативне консеквенце, како по квалитет наших будућих кривичних поступака, тако и по права и слободе грађана Србије.

Уколико бисмо сматрали да наш садашњи (или досадашњи) кривични поступак, тј. поступак креиран према концепцији Законика о кривичном поступку из 2001. године, једноставно не одговара новим потребама нашег правног система и није довољно ефикасан (нарочито, ако се грубо поистовете „брзина” поступка и његова „ефикасност”), а што би представљало голу импресију, која није пропраћена било каквим ни иоле релевантним истраживањима, ни тада нови ЗКП из 2011. године не представља адекватно решење. Не само да он креира низ изузетно неправичних процесних механизма, већ уопште није извесно да ће такви механизми ни иоле допринети бржем, односно ефикаснијем кривичном поступку.

Dr. Milan Škulić
Professor at the Faculty of Law
University of Belgrade and
The President of the Jurist Association of Serbia

Summary

Critical analysis of new Criminal Procedure Code of Republic of Serbia

Author analyses in critical point of view new Criminal Procedure Code of Serbia. The principles of fair procedure in criminal procedure and the principle of truth in criminal procedure are the basic principles which are in fact the goal of criminal procedure. The main idea is that the Criminal Procedure Code should contain rules aimed at enabling fair conducting of the criminal procedure, in order to avoid any innocent persons being convicted, and to enable a perpetrator of a crime to be sanctioned in accordance with the envisaged Criminal Code and on the basis of a lawfully conducted criminal procedure.

Author writes about many technical and essential mistakes and wrong solutions of the new CPC of Serbia and especially explains some very negative examples in the new Code of Criminal Procedure Code of Serbia, connected to the strategically and conceptually problems, as a construction of the main trial and the role of the court, i.e. the judge during the trial.

Completely adversatorial construction of the main trial is not adequate for Serbian criminal procedure and that could be in the practice the cause of many serious problems. In this type of procedure the parties would be equal only in formal point of view. In the practice that could be very inconvenient and bad for the defendant, especially when he/she has not a defense counsel and in Serbian criminal procedure is mandatory defense counsel provides only for limited number of criminal offences.

Elimination of the principle of the truth in criminal procedure, i.e. in the new Criminal Procedure Code of Serbia, is very negative solution. It is without doubt that the truth is not a „holly cow” in Serbian valid criminal procedure and also in criminal procedures in other states in continental Europe which legal systems know this vital principle. The truth is not achieving at any price and when it is objectively not possible, the principle *in dubio pro reo* has to be applied. It is not more the case in the new Criminal Procedure Code of Serbia, which is very bad solution that must be seriously criticized.

Elimination of the principle of the truth in criminal procedure is in a contradiction to many other vital criminal procedural rules. It is completely senseless and nonsense, that in the Draft of the new Code of Criminal Procedure (the same rule as today, i.e. in now days CPC), provides appeal against the verdict because erroneous or incomplete finding of fact, i.e., when the judgment is ground on the incorrect or incomplete finding of fact or when the court has determined a relevant fact incorrectly and besides, the court officially does not have a duty to determine a truth.

Elimination of the principle of the truth in criminal procedure is essentially unmoral, because the truth in criminal procedure can not be divided from general connectivity criminal law and moral. The majority of citizens expect the truth in and from criminal procedure. This truth has often historical significance too. If the fact is, that criminal offence principally is unmoral and if only in criminal procedure can be determined if the crime was committed, then this kind of question can not be only the mater of so called evidential duel between prosecutor and defendant with no active role of independent and impartial court.

Key words: *Criminal Procedure Code, Criminal Procedure Law, Critic of Reform of Serbian Criminal Procedure.*

UDK BROJEVI: 340.147

Mr Ђорђе Сарапа

адвокат из Београда

E-mail: djordjesarapa@gmail.com

advsarapa@sbb.rs

НЕКА ПИТАЊА У ВЕЗИ МЕЂУНАРОДНИХ УГОВОРА КАО ИЗВОРА МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА И ПРЕЛАЗА УГОВОРНИХ ОДРЕДБИ У МЕЂУНАРОДНО ОБИЧАЈНО ПРАВО

Сажетак

Међународни уговори су извор међународног права. То је становиште доктрине, прихваћено и у темељним документима међународне заједнице као што су Статут Међународног суда правде и Бечка конвенција о праву уговора. Без обзира на нека доктринарна схватања, не треба правити разлику између врста међународних уговора као извора међународног права, јер је сваки међународни уговор споразум између држава којим се заснивају обавезе између њих у вези са стварањем, модификовањем или укидањем међународноправних односа.

Међународни уговори могу представљати нуклеус за стварање обичајног права. Одредбе међународних уговора често постају део међународног обичајног права. Фактори који утичу на то да ли ће неки међународни уговор постати међународно обичајно право су природа садржаја уговора, околности под којима је закључен, околности у време прелаза уговорних одредби у обичајно право и број држава уговорница. Садржај уговора одлучујући је фактор, и то посебно за неугворнице, јер оне треба да прихвате уговорне одредбе као међународно обичајно право и поступају у складу са њим.

Кључне речи: међународни уговор, међународно обичајно право, Бечка конвенција

Историјат

Најстарији до данас сачуван међународни уговор датира из четвртог миленијума пре нове ере. То је арбитражни споразум између сумерских градова-држава о одређивању границе. Најпознатији уговори старог доба су уговори између Египта и осталих тадашњих држава¹. Први од тих, до данас у оригиналу сачуван, је уговор између Рамзеса II и хетитског цара Катушила III, из 1278. године пре нове ере. По свом садржају то је уговор о миру, пријатељству и савезу. Уговором је била предвиђена и обострана обавеза екстрадиције политичких избеглица и помоћ у случају унутрашњих сукоба. По начину настанка умногоме подсећа на закључивање уговора путем размене нота. Носи печате и потписе оба владара као знакове аутентичности и прихваћања уговорних одредби. У уговору се разликује уводни део, неке врсте преамбула, од диспозитивног дела. Деловање уговора предвиђено је за сва времена. За кршење уговора предвиђена је казна богова.

Иако ови уговори имају карактер споразума између владара, везаност уговора за личност владара не умањује њихов значај као извора права које се примењује на односе између држава. Уосталом, и много касније, нарочито у време апсолутизма, међународни уговори су били споразуми између владарских кућа, али им се због тога не оспорава својство извора међународног права.

Етничко јединство становништва грчких полиса резултирало је тесним везама између њих. Развијеност трговине и промета довела је до потребе међудржавног правног регулисања насталих односа, што се постизало закључивањем уговора. И околност честих ратова условила је закључивање многих уговора, који су садржајно били уговори о савезу², о миру³ и арбитражи⁴. Ови уговори су били без печата и нису подлежали ратификацији. Посебност уговора које је закључивала Атина у време развијене атинске демократије у односу на споменуте уговоре је у томе што нису били везани уз личност владара и представљају израз воље и схватања слободног атинског становништва.

Уговоре које је закључивао Рим, потврђивао је Сенат. Само тако потврђени уговори били су обавезујући за Рим, и представљали су извор

¹ Као, на пример, египатско-вавилонски уговор из 15. века пре нове ере, из Теламирске преписке египатских фараона из XXIII династије.

² На пример Атина са Керкиром.

³ Тридесетогодишњи мир из 445. године пре нове ере.

⁴ По Тукидиду, уговор о Тридесетогодишњем миру садржавао је и одредбу о обавезном арбитражном решавању спорова за сва времена.

међународног права. Ова институција потврђивања умногоме је слична данашњој ратификацији међународних уговора.

О међународном уговорном праву у смислу данашњег схватања, као потпуно изграђеној целини, што је постигнуто у XIX веку, може се говорити тек након Гентилиса⁵, Гроциуса⁶ и Пуфендорфа⁷. Без обзира на то, имајући у виду дијалектичку природу права уопште, значајно је и ово раздобље од најранијих времена до Гентилиса, јер помаже разумевању међународног уговорног права данашњице, и међународних уговора као извора међународног права.

Међународни уговори као извор међународног права

Највећи број теоретичара међународног права сматра да су управо међународни уговори најважнији извор међународног права. Међутим, без обзира на доктринарна схватања о природи међународних уговора и њиховог значаја као извора међународног права, они су, као један од извора међународног права, одређени у члану 38. став 1. тачка а. Статута Међународног суда правде:⁸

„Суд, чији је задатак да њему поднете спорове решава у складу са међународним правом, примењује:

а. међународне уговоре, било опште или посебне, који установљавају правила, изричито призната од држава у спору;”⁹

Као извор међународног права, уговори се наводе и у преамбули Бечке конвенције о праву уговора из 1969. године,¹⁰ која представља кодификацију обичајног права међународних уговора:

Признавајући све већи значај уговора као извора међународног права ...¹¹

⁵ Albericus Gentili (Alberico Gentili), 1552–1608.

⁶ Hugo Grotius, 1583–1645.

⁷ Samuel von Pufendorf, 1632–1694.

⁸ Statute of the International Court of Justice. Статут Међународног суда правде је део Повеље Уједињених нација.

⁹ 1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:

a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;

¹⁰ Vienna Convention on the Law of Treaties. Беч, 23. мај 1969. године. UN Document A/CONF.39/27, UNTS vol. 1155; Службени лист СФРЈ – међународни уговори, бр. 30/72. Ступила на снагу 27. јануара 1980. године.

¹¹ Recognizing the ever-increasing importance of treaties as a source of international law ...

И у преамбули Бечке конвенције о праву међународних уговора између држава и међународних организација или између међународних организација из 1986. године¹², у којој су прихваћена решења која су *mutatis mutandis* једнака решењима из Конвенције о праву уговора и 1969. године, уговори се наводе као извор међународног права:

„Признавајући консензуалну природу уговора и њихов све већи значај као извора међународног права;”¹³

У доктрини међународног права, са становишта формалних извора, прави се разлика између уговора–закона и уговора–погодби. Уговори–закони називају се и легислативни. Разлог наведеној подели је то што су многи теоретичари међународног права у деветнаестом и почетком двадесетог века заступали становиште да својство извора међународног права имају само уговори – закони. Сматрало се да се тим уговорима стварају међународни закони¹⁴.

Опенхајм–Лаутерпахт дефинишу ове уговоре као уговоре „... закључене ради утврђивања општих правила понашања међу значајнијим бројем држава.”¹⁵ Примери уговора–закона су на пример уговори о пловидби међународним рекама, хашке и женевске конвенције о ратном праву. С обзиром на наведене карактеристике ови уговори се упоређују са законима у унутрашњем праву. Отуда и назив уговор–закон или легислативни. У немачкој правној теорији називају се „Vereinbarung”, што у преводу значи „поравнање, утаначење”. У енглеској литератури називају се „law-making treaties”, што се дословно преводи као „уговори који стварају законе”.

Као супротност уговорима–законима су уговори–погодбе или контрактуални. Иако „контрактуални”, као поближа ознака ових уговора нема основа, јер означава нешто што је већ садржано у појму сваког уговора, без обзира на извор и значај уговора, овај придев долази као саставни део појма ове врсте уговора. За разлику од уговора–закона ови уговори обично регулишу само једно, често неко техничко питање, које је од значаја само за државе уговорнице. Имају пролазан непосредан

¹² Vienna Convention on the Law of treaties between States and International Organizations or between International Organizations. Беч, 21. март 1986. године. United Nations publication, Sales No. E.94.V.5.

¹³ Recognizing the consensual nature of treaties and their ever-increasing importance as a source of international law.

¹⁴ Родољуб Етински: *Међународно јавно право*, Нови Сад, 2007, стр. 23.

¹⁵ Oppenheim-Lauterpacht: *International Law*, vol. I, страна 793. Извор: Милан Бартош: *Међународно јавно право*, III књига, Београд, 1958, стр. 175.

значај јер одређују конкретне чинидбе чијим се извршењем конзумирају. Обично је број држава уговорница ограничен на свега две или неколико. То су на пример уговори о повлачењу граница, о уступању подручја, о провођењу плебисцита, разни трговачки уговори, уговори о екстрадицији појединог лица. Због ових карактеристика уговори–погодбе се упоређују са уговорима у унутрашњем праву, па им зато доста аутора или у потпуности одриче значај извора међународног права или у знатој мери умањује, у односу на уговоре–законе. У немачкој правној теорији означавају се појмом „Vertrag”, што у преводу значи „уговор”, а у енглеској терминологији појмом „contract”, дословно преводиво као „уговор”.

Ово разликовање уговора–закона и уговора–погодби нема много основа. Заснива се на теорији Vereinbarung-a, која се може основано критиковати. У суштини, теорија Vereinbarung-a је идеалистичка, јер јој је основ вештачки створена тзв. заједничка воља које у стварности нема¹⁶. Преузета је из унутрашњег права у међународно право, а да се при томе није водило рачуна о томе да се јединствена воља чланова законодавног тела, која добија свој изражај у тексту закона у унутрашњем праву, не може механички и аналогно применити на формирање заједничке воље суверених субјеката међународног права¹⁷. Доследно следећи ову теорију, одбијање само једне од држава да ратификује уговор–закон или га накнадно откаже¹⁸, значило би разарање заједничке воље, што би довело до тога да такав уговор–закон више не би био уговор–закон, с обзиром на непостојање заједничке воље. Не треба посебно истицати да је пракса доказала да отказ једне од уговорница нема никако за последицу престанак деловања уговора–закона, јер он остаје на снази за све остале, које имају слободу да га под одређеним условима и саме откажу.

Новија теорија међународног права не прави суштинску разлику између уговора–закона и уговора–погодби као извора међународног права. Иако уговори–закони „... уређују понашање странака на дуго време, те уводе трајна правила тога понашања”, без обзира на карактеристике и специфичности било које врсте уговора, сваки „... уговор је калуп у који се може ставити различит садржај.”¹⁹ По свом спољном облику сва-

¹⁶ Милан Бартош: *Међународно јавно право*, III књига, Београд, 1958, стр. 177–178.

¹⁷ Милан Бартош: *Наведено дело*, стр. 181–182.

¹⁸ Државе не морају да ратификују потписани међународни говор, а могу га и отказати, што се и дешава.

¹⁹ Juraj Andrassy: *Међународно право*, Загреб, 1976, стр. 18.

ки уговор је правни акт, па тако и међународни уговор. Он је продукт сагласности воља два или више субјеката међународног права, у циљу стварања узајамних права и обавеза²⁰. Какав ће садржај наком уговору дати странке уговорнице за карактер уговора као извора међународног права није важно, јер је и сваки међународни уговор правно правило међународног уговорног права које донекле мења постојећи правни поредак. Разлика је једино у предмету и доприносу којег дају у изградњи међународноправног поретка²¹. Овакав став заузет је и у Бечкој конвенцији о праву уговора, у члану 2. став 1. тачка а.:

„израз 'уговор' означава међународни споразум закључен у писменом облику између држава, на који се примењује међународно право, било да је отеловљен у једном инструменту или у два или више међусобно повезаних инструмената, без обзира на његов посебан назив;”²²

Дакле, за постојање међународног уговора, тражи се споразум странака – сагласност воља уговорних страна, без обзира на њихов број, на време на које се уговор закључује, и садржај. То је још један разлог више који указује на неоснованост тврдњи о томе да уговори–погодбе немају карактер извора међународног права уопште, или, ако им се то својство и признаје, да се умањује њихов значај као извора. Такође, треба имати у виду да је тешко између уговора–закона и уговора–погодби пронаћи јасну границу²³. У пракси, и код најтипичнијих уговора–погодби постоје елементи легислативности и обратно²⁴. У односу на треће, да би уговорне одредбе постале обавезне и за њих, оне морају постати део међународног обичајног права – а обичајно право могу постати и одредбе уговора–закона и уговора–погодби.

Неки аутори издвајају као посебну категорију тзв. колективне уговоре. Њих карактерише то што за њих постоји намера саговорача да представљају међународни закон. Да би се могли сматрати међународ-

²⁰ Ђура Поповић: *Међународно уговорно право*, Књига I, Нови Сад, 1939, стр. 20–22; Смиља Аврамов – Миленко Крећа: *Међународно јавно право*, Београд, 2008, стр. 60; Владимир Иблер: *Рјечник међународној јавној праву*, Загреб, 1972, стр. 153–154.

²¹ Смиља Аврамов – Миленко Крећа: *Наведено дело*, стр. 60; Родољуб Етински: *Наведено дело*, стр. 23–24.

²² „(a) „treaty” means an international agreement concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation;”

²³ Смиља Аврамов – Миленко Крећа: *Наведено дело*, стр. 60.

²⁴ Милан Бартош: *Међународно јавно право*, I књига, Београд, 1954, страна 89.

ним законом, ти уговори би требало да садрже правна правила обавезна за све државе. Овакво становиште нема основа ни оправдања. Намера сауговорача да неки уговор веже и неуговорнице не може уговору дати снагу да веже и неуговорнице. С обзиром да је сваки уговор правни посао, неуговорнице би могао обавезивати само у случају ако уговорне одредбе таквог уговора постану део корпуса међународног обичајног права. У противном, уговор постаје извор међународног права за државу онда кад га изричито прихвати²⁵. Признати неким уговорима такав општеобавезујући карактер значило би дати неким државама положај међународног законодавца, што је неспојиво са основним начелима међународног права и суверености држава.

У доктрини је позната и категорија универзалних уговора. Иако би се из назива могло закључити да се ради о уговорима који стварају обавезу за све, доктрина међународног права не даје им карактер међународног закона, као што је случај са колективним уговорима. Њихов значај као извора међународног права је у томе што су то уговори којима се решавају нека техничка питања у регулисању делатности од важности за све државе, па су зато странке тих уговора готово све државе света. Принципи тих уговора често постају део међународног обичајног права.²⁶ Пример таквог уговора је Ревидирана Конвенција о универзалној поштанској унији од 5. јула 1947. године.

Прелаз уговорних одредби у међународно обичајно право

Уговор ствара обавезе само за стране уговорнице²⁷ (*Pacta tertiis nec nocent nec prosunt*)²⁸. Међутим, одредбе међународних уговора не остају увек обавезне само за странке уговорнице, јер могу постати део међународног обичајног права. Најкласичнији, готово школски пример прелаза уговорних одредби у међународно обичајно право су Вашингтонска правила. У сецесионистичком рату америчког севера и југа Енглеска је признала јужне државе конфедерације, и тако повредила правила о неутралности. Због тога је дошло до Алабамског спора, 1871.

²⁵ Милан Бартош: *Наведено дело*, страна 92.

²⁶ Милан Бартош: *Међународно јавно право*, I књига, Београд, 1954, страна 92.

²⁷ Стеван Ђорђевић: „Дејство међународних уговора”, *Међународни проблеми*, бр. 1, вол. 59, Београд, 2007, стр. 51.

²⁸ О начелу *Pacta tertiis nec nocent nec prosunt* видети: Будислав Вукас: *Релативно геоловање међународних уговора*, Загреб, 1975, стр. 41–67; Садржајно идентично начело је „*Alteri stipulari nemo potest.*” (Ulpianus – D.45, 1, 38, 17)

године. Вашингтонска правила су створила норме за арбитражу у том спору. С обзиром на то да се радило о спору између само две државе, била су створена само за тај конкретни случај. Упркос томе, касније су постала опште прихваћена, и као доказ опште праксе прихваћене као право. И правила унета у арбитражни споразум за решавање спора „Алабама” касније су добила карактер општих норми о неутралности у поморском рату²⁹.

У пресуди Међународног војног суда у Нирнбергу, заузето је становиште да су одредбе IV Хашке конвенције о законима и обичајима рата на копну из 1907. године признате 1939. године од стране свих цивилизованих народа па се зато сматрају доказом о законима и обичајима рата. Правила Лондонског споразума о гоњењу и кажњавању ратних злочинаца од 8. августа 1945. године³⁰ и принципи суђења ратним злочинцима у Нирнбергу, иако непосредно предвиђени само за суђење ратним злочинцима за ратне злочине извршене у Другом светском рату, доби-ли су далеко шири значај³¹.

Нема сумње да међународни уговори могу представљати нуклеус за стварање међународног обичајног права. Фактори који утичу на то да ли ће неки међународни уговор постати обичајно право су природа садржаја уговора, околности под којима је закључен, околности у време прелаза уговорних одредби у обичајно право, број уговорница и време.

Садржај уговора је одлучујући фактор код прихватања уговорних одредби као обичајног права. При томе треба увек имати у виду важност и прихватљивост садржаја, како за уговорнице, тако нарочито за остале, пошто ће у случају ако уговорне одредбе постану обичајно право, везати и њих. Да ли ће се остали понашати у складу са уговорима којима ни-су везани, и тако допринети процесу прелаза уговорних одредби у обичајно право, у највећој мери зависи о прихватљивости садржаја уговора за њих. Природа садржаја не може се везати искључиво уз одређени тип уговора, без обзира на доктринарна схватања о већој или мањој важно-

²⁹ Смиља Аврамов – Миленко Крећа: *Наведено дело*, стр. 60.

³⁰ На основу Лондонског споразума од 8. августа 1945. године установљен је Статут Међународног војног суда.

³¹ Правни ставови из пресуде Међународног војног суда, материјалноправно утемељени на Статуту, доби-ли су значај принципа, познатих као Нирнбершки принципи. Генерална скупштина Уједињених нација Резолуцијом од 13. фебруара 1946. године прихватила је дефиницију међународних злочина како су одређени у Статуту и пресуди Међународног војног суда, а Резолуцијом од 11. децембра исте године потврдила је принципе признате Статутом.

сти појединих врста уговора као извора међународног права. То потврђује пример Вашингтонских правила, која су постала општеприхваћена управо због прихватљивости садржаја.

Околности под којима су уговори закључени умногоме одређују садржај уговора, јер оне условљавају потребу да се односи реше закључењем међународног уговора одређеног садржаја. Поред тих околности, за стварање обичајног права, нарочито су одлучујуће околности у време прелаза уговорних одредби у обичајно право. Да би уговорне одредбе постале обичајно право, потешно је да, уз понављано вршење и правну свест да се поступа у складу са међународним правом (*opinio iuris*), постоји и мотив и воља да се тако поступа³². Оба елемента, и мотив и воља, резултат су околности постојећих у време прелаза уговорних одредби у обичајно право. Према томе, да ли ће до тога доћи, зависи првенствено од околности у време стварања обичајног права, након закључења уговора.

Без обзира на број уговорница, уговор ствара обавезу само за њих а не и за остале. Међутим, што је већи број уговорница, то, углавном, указује на већи значај уговора. Често је реч о уговорима којима се решавају односи од значаја за велики број субјеката. Самим тим, реално је очекивати да ће и остали с временом прихватити да поступају у складу са таквим уговорима без обзира што нису њима везани. Међутим, број уговорница није увек одлучујући фактор. И уговорна правила намењена регулисању двостраних односа под одређеним околностима постају модел понашања и осталима. Као пример и овде се могу навести Вашингтонска правила³³.

Без обзира на већи или мањи значај неког од фактора у конкретном појединачном случају, очигледно је да сви они треба да се сагледавају у међусобној зависности, јер представљају само различите аспекте и дијалектичко јединство истог и недељивог правног процеса прелаза уговорних одредби у обичајно право.

За прелаз уговорних одредби у међународно обичајно право, значајна је пресуда Међународног суда правде (у даљем тексту „Суд“) од 20. фебруара 1969. године, у вези спора између Данске и Холандије, с једне стране, и Савезне Републике Немачке (у даљем тексту „СР Немачка“), с друге стране, о разграничењу епиконтиненталног појаса у

³² Владимир – Ђуро Деган: *Међународно право мора (и извори међународног права)*, Загреб, 1989, стр. 12–15.

³³ Будислав Вукас: *Релативно дјеловање међународних уговора*, Загреб, 1975, стр. 77.

Северном мору. Иако је задатак Суда био да реши конкретни спор, није могао донети мериторну одлуку а да се не одреди у односу на прелаз уговорних одредби у обичајно право и факторе који на то утичу. Овом пресудом није само потврђена могућност да уговорне одредбе постану део корпуса међународног обичајног права, него је и заузет став о начину и условима тог процеса. Великим делом пресуда прихвата и потврђује доктринарна схватања о прелазу уговорних одредби у међународно обичајно право. Она је писани документ који делује снагом аргумената и ауторитетом Суда и у односу на све остале субјекте међународног права.

Данска и Холандија су тврдили да разграничење епиконтиненталног појаса између њих и Савезне Републике Немачке, на основу одредбе члана 6. Женевске конвенције о епиконтиненталном појасу³⁴ (у даљем тексту: Конвенција), треба да се изврши применом линије средине, јер разграничење нису успеле да реше споразумно. На тај начин, с обзиром на географски положај СР Немачке, Данска и Холандија би добиле несразмерно већи део епиконтиненталног појаса³⁵. Свој захтев Данска и Холандија су аргументовале тиме да су делови Конвенције, а између осталог и члан 6, били део међународног обичајног права у време доношења Конвенције. Алтернативно су тврдили да, ако у време доношења Конвенције то нису били, да су постали до почетка спора, тј. до 1967. године. СР Немачка је тврдила да није везана чланом 6. Конвенције јер Конвенцију није ратификовала, а на члан 6. ставила резерву. Према томе, СР Немачка би могла бити везана Конвенцијом само ако су одредбе Конвенције постале међународно обичајно право, што је СР Немачка порицала. Из тих разлога није пристајала да се разграничење изврши применом линије средине, што је био разлог да се овај спор нађе пред Међународним судом правде.

Један од основних аргумената које је изнела СР Немачка био је и недостатак правне свести, манифестован управо сталним противљењем разграничењу на основу линије средине. Основно је, дакле, у овом спору било решити да ли су конвенцијске одредбе, посебно члан 6, у време доношења Конвенције биле међународно обичајно право, односно, ако нису, да ли су то постале до 1967. године. Да у време потписивања Кон-

³⁴ Convention on the Continental Shelf. Женева, 29. април 1958. године. UNTS, vol. 499; Службени лист СФРЈ – међународни уговори, бр. 4/1965. Ступила на снагу 10. јуна 1964. године.

³⁵ То би за њих значило изузетан економски добитак, јер су управо у спорном подручју пронађена богата налазишта нафте и земног гаса испод површине мора.

венције члан 6. није био обичајно право произилази из одредбе члана 12. став 1. Конвенције, који одређује:

„Приликом потписивања, ратификације или приступања свака држава може ставити резерве на чланове Конвенције сем члана 1. до закључно 3.”³⁶

Пошто је било могуће ставити резерву на члан 6. Конвенције, што је СР Немачка и учинила, значи да одредбе члана 6. у време доношења и потписивања Конвенције нису биле међународно обичајно право, јер би у противном немогућност стављања резерве била протегнута и на тај члан. Тако је одредио и Суд, наводећи да у време потписивања члан 6. није био међународно обичајно право. Одлучујући о другој алтернативи, утврдио је да члан 6. није ни до времена спора постао међународно обичајно право, па је зато пресуђено да странке нису дужне разграничење извршити применом линије средине.

У вези процеса прелаза уговорних одредби у обичајно право, у односу на члан 6. наводи се да „... Суд укључује разматрање тог члана као могућност за стварање основа или креирања новог правила, које је у свом почетку било конвенционално и договорено, али је касније прешло у обичајно ... и прихваћено као такво по *opinio iuris*, тако да веже и земље које нису никада биле странке Конвенције”, те да „... нема сумње да је такав процес могућ и да се од времена до времена и дешава.” Суд у овом делу пресуде заузима став о стварању новог обичајног права на основу уговора, па у том смислу наставља да напред цитирано „... заиста потврђује искушану методу помоћу које могу бити оформљена правила међународног обичајног права.”

У конкретном случају, потврђујући да члан 6. није постао међународно обичајно право, Суд је придао важност карактеру прописа. Сматра да чланови од 1. до укључиво 3. имају својство прописа да ствара норму (*norm creating character*), а они од 4. до 7. различит и мање фундаменталан статус (*different and less fundamental status*).³⁷

У вези приговора СР Немачке да њено понашање није никада било такво да би се могло закључити да на њеној страни постоји правна свест и обавеза понашања у складу са чланом 6, у пресуди је о ова два, по становишту доктрине и схватању Суда, битна елемента за стварање међународног обичајног права, речено следеће:

³⁶ „At the time of signature, ratification or accession, any State may make reservations to articles of the Convention other than to articles 1 to 3 inclusive.”

³⁷ A. D'Amato: *Manifest Intent and the Generation by Treaty of Customary Rules of International Law*, *American Journal of International Law*, br. 5/1970, страна 897.

„Иако протек само кратког времена није нужно, или само по себи, запрека стварању новог правила међународног обичајног права на темељу нечега што је у почетку било пуко конвенционално правило, ипак је неопходно потребно да се у том раздобљу, ма како кратко било, пракса држава, укључујући праксу оних држава чији су интереси посебно дирнути, буде честа и стварно једнака у правцу одредбе на коју се позива, а сем тога треба да се очитовала на такав начин да показује опште признање да се ради о правном правилу или обавези.” Став је Суда да „... државе у питању морају зато осећати да се владају према начелу које представља правну обавезу.”³⁸

На недостатак правне свести позива се у свом издвојеном мишљењу и судија Падиа Нерво, како следи:

„Дела, чини Немачке која су укључена као доказ да је она отишла потпуно другим путем у тумачењу Конвенције, показују да је она константно одбијала да усвоји члан 6. о принципу једнаке удаљености као израз опште прихваћеног правила међународног права.”

Овакав став у складу је са одредбом члана 38. став 1. тачке б. Стату-та Суда, у којем се обичајно правно правило одређује као „доказ опште праксе прихваћене као право.”³⁹ Ова одредба указује на два нераздвојна елемента неопходна у процесу стварања правила обичајног права – општу праксу (материјални елемент) и правну свест о обавезности (субјективни елемент).

Судија Нерво такође сматра да је од одлучујуће важности то што је СР Немачка протестовала против примене члана 6. у односу на себе, као и чињеница да Конвенцију није никада ратификовала.

Као један од фактора важних код оцене да ли је уговорно правило постало обичајно право, Суд узима у разматрање и број држава које су Конвенцији приступиле или је ратификовале. Иако начелно број уговорница није пресудан, што потврђују примери билатералних конвенција које су постале међународно обичајно право⁴⁰, став је Суда да је у конкретном случају број од 39 држава „... премда респектабилан, ипак једва довољан”.⁴¹ Разумљив је овакав став, с обзиром на то да што је већи број држава везаних конвенцијским одредбама, постоји већа могућ-

³⁸ То је *opinio iuris sive necessitatis*.

³⁹ „The general principles of law recognized by civilized nations”

⁴⁰ Будислав Вукас: *Наведено дело*, стр. 77.

⁴¹ „The number of ratifications and accessions so far secured is, though respectable, hardly sufficient.”

ност и вероватноћа да ће оне постати део обичајног права – уз претпо­стављену једнообразност понашања и правну свест.

У односу на дејство протекла времена у стварању обичајног права, како је већ наведено, Суд сматра да протек само кратког времена није нужно, или само по себи запрека стварању новог правила међународног обичајног права. Ово је генерално одређење. Међутим, у конкретном случају, Суд ипак изражава сумњу да би за то било довољно десет годи­на од потписивања Конвенције и мање од пет године од ступања Кон­венције на снагу⁴². Ни овај фактор протекла времена не може се сагледа­вати одвојено од осталих, јер је некада потребно потребно да прође и више времена него што је уобичајено, а у неким случајевима и краће време је довољно да неко уговорно правило постане обичајно право. У данашње време, обичајно право се ствара брже него што је то било ра­није. Узрок томе је све већа међузависност држава на свим пољима. Од­носи који се тако стварају не могу увек бити регулисани мултилатерал­ним конвенцијама, па се стога релативно брзо ствара обичајно право, као резултат потребе – а често су основ управо одредбе међународних уговора, по предмету и начину регулативе прихватљиве у толикој мери да бивају опште прихваћене.

Some Issues Regarding International Agreements as a Source of International Law and the Transition of the Provisions of the Agreements into International Customary Law

Summary

International agreements are a source of international law. This is the position of the doctrine, accepted as such in the fundamental documents of the international community such as the Statute of the International Court of Justice and the Vienna Convention of the freedom of expression. Regardless of some doctrinal understanding, one should not distinguish between types of international agreements as a source of international law, since every international agreement is an agreement between states on which their respective obligations towards each other are based, relative to the creation, modification or termination of an international legal relation.

International agreements can represent a nucleus in the creation of customary law. The provisions of international agreements frequently become part of international customary law. The factors that have a bearing on whether an international agreement will become international customary law is the nature of the contents of the agreement, the circumstances under which it was concluded, the circumstances existing at the time of the transition of the agreement's provisions into customary law, and the number of the parties to the agreement. The contents of the agreement are a decisive factor, especially so in relation to non-contractual parties, since they must accept the provisions of the agreement as international customary law, and act in accordance thereto. *Key words:* international agreement, international customary law, Vienna Convention

⁴² Конвенција је ступила на снагу 10. јуна 1964. године.

UDK BROJEVI: 368:347.56 ;
347.964.1(497.11)

Др Зоран Илкић

Правни заступник у штетама
„ДДОР Нови Сад” а.д.о. Нови Сад

ОСИГУРАЊЕ ОД ОДГОВОРНОСТИ АДВОКАТА ЗА ШТЕТЕ НАСТАЛЕ У ОБАВЉАЊУ ПРОФЕСИОНАЛНЕ ДЕЛАТНОСТИ

Сажетак

Обавезност осигурања од професионалне одговорности адвоката је новина у нашем правном систему. Међутим, нормирана је само једним чланом новог Закона о адвокатури. То значи да ће се будући уговорни односи уређивати и даље различитим условима осигурања осигуравајућих компанија. Стога аутор у овом раду анализира основне елементе уговора о осигурању и најважнија права и обавезе уговорних страна. Разматра се и обим осигуравајућег покрића, али и бројна искључења која остају изван осигуравајуће заштите. Истовремено се указује на најважније моменте у односима уговорних страна, те на проблеме који се у практичној реализацији уговора могу појавити.

Кључне речи: професионална одговорност адвоката, стручна грешка, осигуравач, осигураник, сума осигурања.

1. Увод

Поред осигурања од аутоодговорности, као свакодневно најангажованије и теоретски највише обрађиване врсте осигурања од одговорности, у пракси осигурања све више се издваја и осигурање од одговорности из делатности (*Professional liability insurance; Berufshaftpflichtversicherung*). С обзиром на њен значај у савременој привреди и енормно високе износе штета које могу настати, ово осигурање добија на значају и постаје битан сегмент поменуте гране осигурања. Предмет осигурања од одго-

ворности из делатности је грађанско-правна одговорност осигураника за проузроковану штету услед смрти, повреде тела или здравља, односно оштећења или уништења ствари трећег лица, ако је она настала из делатности осигураника, поседовања ствари, правног односа или одређеног својства као извора опасности који су означени у полиси, тј. понуди осигурања.¹ Овако широко опредељен предмет осигурања свакако да није применљив за све врсте делатности, чијем се покрићу тежи, јер карактеристике једне професије нису аутоматски својствене и свим другим пословним активностима. Стога се у оквиру општег осигурања делатности све више профилишу осигурања од одговорности појединачних професија, а осигуравачи стимулишу своје опште и посебне услове осигурања уз уважавање особености саме професије и конкретних потреба осигураника. Закључивањем уговора о осигурању осигуравач преузима обавезу да накнади штету коју осигураник проузрокује наручиоцу услуге услед стручне грешке настале приликом обављања регистроване делатности, за коју одговара на основу закона,² док се уговарач осигурања обавезује да за то осигуравачу плати уговорену премију осигурања. Дакле, ово осигурање има двоструко дејство: економски се штити лице које може бити оштећено коришћењем професионалних услуга одређеног уговарача осигурања, док се истовремено обезбеђује конкретни давалац услуга од финансијског терета накнаде штете коју би могао да проузрокује клијенту у процесу обављања своје пословне активности. У складу с тим, и осигурање од професионалне одговорности адвоката (*Lawyers professional indemnity insurance; Anwaltshaftpflichtversicherung*), као специфичне и комплексне услужне делатности, у којој такође могу да се догоде тзв. „стручне грешке”, почиње и у нашем праву да добија своје заслужено место и потребну пажњу.

2. Потреба за увођењем обавезног осигурања од одговорности адвоката

Друга директива бр. 88/357/ЕЕС³ која се, између осталог, односи и на осигурање штета из обавезног осигурања од одговорности, пропису-

¹ Драган Мркшић, Здравко Петровић, *Право осигурања*, Факултет за пословно право, Београд, 2004, стр. 179.

² „Ловћен осигурање” а.д. Подгорица, Општи услови за осигурање од професионалне одговорности, чл. 1.

³ *Second Council Directive 88/357/EEC of 22 June 1988 on the coordination of laws, regulation and administrative provisions relating to direct insurance other than life assurance and laying down provisions to facilitate the effective exercise of freedom to provide services and amending Directive 73/239/EEC (O. J. L. 172, 04/07/1988 P. 0001-0014).*

је да су државе чланице дужне да нормирају специфичне одредбе које садржајно одговарају односној врсти осигурања (чл. 8). Тиме је унапред одређен минимални садржај предметне врсте осигурања.⁴ Све земље ЕУ су увелико, без изузетака предвиделе обавезу за адвокате да се осигурају од последица одговорности које могу да настану у вршењу њихових свакодневних активности.

Осигурање одговорности давалаца услуга у нашој земљи није на задовољавајућем нивоу.⁵ Србија је последња земља у нашем окружењу која, до недавно, није нормирала осигурање адвоката од одговорности као обавезно. Осигуравајућу заштиту до сада су добровољно прибављала само лица која су, на основу личног схватања о потреби да се заштите, закључивала појединачне уговоре, углавном са врло ниским сумама осигурања. Тиме је увек постојала потенцијална опасност да, у случају настанка штете, њене економске последице тешко погоде даваоца или примаоца услуге. Сем тога, портфељ који осигуравачи могу да формирају само на основу добровољних осигурања онемогућавао је да ово осигурање постане масовније, да се лакше изврши дисперзија ризика, те и да премије осигурања буду ниже. Такође, оваква законска регулатива била је проблем и за адвокате који су желели да заступају своје клијенте и ван граница наше земље, јер су за то онда морали да закључују посебна осигурања.⁶ Тек је последњим Законом о адвокатури⁷ прописано да је адвокат дужан да закључи уговор о обавезном осигурању од професионалне одговорности код регистрованог осигуравача (чл. 37. ст. 1). Како је осигурању, међутим, посвећен тек један члан, произлази да ће се оно, као и до сада, спроводити на основу општих правних начела, Закона о облигационим односима, а пре свега, у складу са општим и посебним условима осигурања осигуравајућих компанија.

⁴ Зоран Јањић, *Цивилно правни аспекти обавезног осигурања одговорности за накнаду штете*, Осигурање у сусрет процесу придруживања Србије и Црне Гора Европској унији, Удружење за право осигурања Србије и Црне Горе, Палић, 2006, стр. 234.

⁵ Петар Шуледић, *Осигурање од одговорности давалаца услуга*, исто, стр. 84.

⁶ Драгољуб Ђорђевић, *Шта нам доноси нови Закон о адвокатури*, Бранич, бр. 1–2/2011, стр. 99.

⁷ „Сл. гласник РС” бр. 31/2011.

3. Основни елементи уговора

3.1. Предмет уговора

Предмет осигурања је законска одговорност адвоката,⁸ код њега за послених адвоката и адвоката сарадника, адвокатских приправника и другог особља адвокатске канцеларије, односно ортачког друштва адвоката, за материјалну штету која се клијенту проузрокује бављењем адвокатуре. Под облицима пружања правне помоћи, који су покривени осигурањем, подразумевају се поготово: давање правних савета и мишљења (усмених и писмених);⁹ састављање представки, молби, захтева, тужби, предлога, редовних и ванредних правних лекова и других поднесака; састављање исправа (уговора, тестамената, вансудских поравнања, изјава, општих и појединачних аката, и др.); заступање и одбрана физичких и правних лица; посредовање ради закључења одређеног правног посла или мирног решења спора.

Како ова врста осигурања има двоструку функцију, заштита подразумева исплату основаних и одбрану од неоснованих и претераних захтева за накнадом штете (функција правне заштите). Осигуравач накнађује свом осигуранику трошкове које је овај имао у вези са основаном одбраном од одштетног захтева, као што је дужан и да исплати основано потраживање које оштећени има према адвокату. У вансудском поступку осигуравач може, након што испита чињенично стање и утврди да је ризик покривен осигурањем реализован, одмах признати одштетни захтев и извршити исплату. Уколико је против адвоката већ поднета тужба, у судском поступку утврдиће се да ли је настала одговорност адвоката за стручну грешку и да ли је наступила штетна последица на добру неког лица.¹⁰ Осигурање покрива искључиво финансијску, тзв. чи-

⁸ Thomas Mayer, *Професионална одговорност (йравно-) консултантских занимања у Немачкој*, Актуелни проблеми накнаде штете и осигурања, Удружење за одштетно право, Будва, 2004, стр. 408–410.

⁹ Адвокат, као припадник тзв. интелектуалних професија, мора своју делатност обављати са повећаном пажњом и адекватним познавањем закона и правила струке, али ће у пракси суду бити тешко да утврди правни стандард по коме ће се процењивати његова одговорност, поготово уколико за тако нешто није опредељен степен пажње који се од њега очекује. О томе више: Силвија Петрић, *Одговорност одвјетника за савјети и мишљење*, Зборник Правног факултета у Риједи, Вол. 1, *Suppl.*, бр. 1/2010, стр. 23–49.

¹⁰ Одлука ВСПХ, бр. Ревр 665/05–2 од 09. 03. 2006. год., из образложења: „...судови су с правом оцијенили да тужитељица не би успјела у радном спору против свог послодавца... и ревизијски суд прихваћа оцјену тих судова да не постоји узрочна веза између пропуста туженика да поднесе тужбу за заштиту права тужитељице и могуће штете за тужитељицу”, <http://sudskapraksa.vsrh.hr>, 08. 09. 2012. год.

сто имовинску штету. То је новчана штета која није последица оштећења, уништења, пропасти или губитка ствари, а такође се не ради ни о штети насталој због смрти, повреде тела или оштећења здравља (нематеријалној штети). Дакле, накнађује се само штета која није настала као последица штета на стварима или људима, а која би, ако би је накнадио адвокат, извесно узроковала умањење његове имовине.

Условима осигурања предвиђено је да ван осигуравајуће заштите остају пропусти или грешке у обављању делатности које су биле познате или нису могле остати непознате осигураном лицу. Сматрају се познатим када их осигураник сам утврди или за њих дозна, а одштетни захтев његовог клијента није још најављен, нити поднет.¹¹

Из осигуравајуће заштите уговорним клаузулама искључене су, по правилу, штете настале: услед довођења осигураника у правну заблуду од стране свог клијента; прекорачењем овлашћења по пуномоћју; по истеку рока од 30 дана од дана отказа пуномоћја које је дао адвокат странци; услед давања погрешне усмене информације од стране осигураника. Осигуравач не накнађује ни штете проузроковане: злоупотребом поверљивих информација од стране адвоката и код њега запослених лица; губитком података, докумената и исправа који су му били поверени на чување; повредом чувања адвокатске тајне; кршењем рокова и других обавеза које је поставила странка. Одговорност осигураника за намерно проузроковану штету се искључује већ условима који на општи начин регулишу ову област осигурања (осим ако је исту узроковао радник осигураника, у ком случају осигуравач ступа у права осигураника према свом раднику, као одговорном лицу),¹² што се утврђује и посебним условима осигурања и проширује и на штете санкционисане кривичним прописима настале услед кривичних и преварних радњи адвоката или клијента.¹³ Намера постоји, ако је штета настала због умишљајне повреде закона, писмено уговорене обавезе или усмено датог налога странке. Сам умишљај подразумева да је осигураник био свестан и имао вољу да изврши штетну радњу, као и да је знао да ће због ње наступити одређена штетна последица. На осигуравачу лежи терет доказивања да је адвокат поступао намерно и да је био свестан садржине своје обавезе и тежине учињене грешке. Ако је, евентуално, адвокат само сматрао да

¹¹ „Таково осигурање” а.д.о. Крагујевац, Услови за осигурање од професионалне одговорности адвоката, чл. 2. ст. 4.

¹² „ДДОР Нови Сад” а.д.о. Нови Сад, Услови за осигурање од одговорности из делатности, чл. 8. ст. 1.

¹³ Наведени Услови „Таково осигурања”, чл. 5.

је могуће да својом професионалном делатношћу неосновано проузрокује штету странци или је био у правној заблуди у вези са садржином своје обавезе, осигуравајуће покриће важи, али на њега прелази терет доказивања ових околности. Са намером се може изједначити и проузроковање стручне грешке услед грубе непажње, тј. велике немарности.¹⁴ Уколико је ипак законом нормирано да је и у оваквим случајевима осигуравач дужан да накнади проузроковану штету странци, исти има право да се за исплаћени износ регресира од адвоката или адвокатског друштва.¹⁵

3.2. Осигурани случај

У осигурању од одговорности уопште, осигурани случај се најчешће опредељује као настанак штете проузрокован трећем лицу, која има за последицу активирање одговорности осигураника због реализације ризика предвиђеног уговором о осигурању и испостављање захтева за накнадом настале штете.¹⁶ У предметној врсти осигурања, осигурани случај је будућа, неизвесна и, од воље осигураника, независна стручна грешка проузрокована пружањем правне помоћи, којом је странци проузрокована штета, а за коју адвокат одговара по основу закона.

Полисе осигурања од професионалне грешке закључују се на бази „постављања одштетног захтева” („*claims made*” полисе) или на бази „настанка штете”, тј. „настанка осигураног узрока” („*occurrence*” полисе). У првој варијанти, осигуравач одговара ако, током трајања полисе, оштећени поднесе одштетни захтев против осигураника, а овај о томе обавести свог осигуравача. Одговорност осигураника остаје активна и ако се основаност захтева утврди тек након истека полисе, ако је захтев поднет током трајања скаденце осигурања.¹⁷ Чак је могуће, под одређеним

¹⁴ Наведени Услови „Ловћен осигурања”, чл. 2. тач. 5.

¹⁵ Закон о одвјетништву РХ, „Народне новине” бр. 9/1994, 117/2008, 50/2009, 75/2009 и 18/2011, чл. 44. ст. 11.

¹⁶ Предраг Шулејић, *Осигурани случај у осигурању од одговорности*, Интеграција (права) осигурања Србије у европски (ЕУ) систем осигурања, Удружење за право осигурања Србије, Палић, 2009, стр. 299.

¹⁷ Одлука данског Врховног суда 1953.1007Н: Осигураник, по професији адвокат, закључио је осигурање од одговорности из своје делатности. У Условима осигурања било је наведено да одштетни захтев против њега као осигураника, који у ствари представља осигурани случај, треба да буде поднет пре истека периода осигурања. Осигурање покрива само штету која је откривена и пријављена пре истека скаденце. Осигуранику је његов клијент дао генералну пуномоћ у вези са једним уговором о градњи куће, подизањем кредита, исплатама, те отуђењем објекта. Адвокат је недовршену кућу

условима, да осигуравајуће покриће важи и за радње предузете пре него што је уговор о осигурању закључен. Према другој варијанти, за одговорност осигуравача предуслов је да је штета проузрокована за време важења уговора о осигурању, без обзира на то што ће се основ и висина накнаде утврдити и након његовог истека. Догађај који узрокује штету мора бити у оквиру скаденце, а штета се може реализовати и касније.¹⁸

Оба начина спровођења осигурања имају своје предности и мане, на шта је већ указивано у нашој правној доктрини.¹⁹ У осигурању од одговорности адвоката, међутим, општеприхваћен је принцип „настанка штете”. Осигурани случај је настао онда, када је осигураник предузео штетну радњу или је пропустио да учини оно што је био обавезан, без обзира када је оштећени поднео одштетни захтев због настале штете. Од значаја је само, да се штетно чињење или нечињење догодило у време трајања скаденце, тј. да је за време уговора осигураник предузео радњу или да је за то истекао рок. Осигурањем нису покривене стручне грешке настале пре почетка трајања уговора. У случају сумње, сматра се да је до стручне грешке дошло задњег дана, када је требало доћи до предметног поступања. Нпр., ако је пропуштен рок за жалбу, осигурани случај је настао задњег дана рока када се жалба требала уложити. Ако једна грешка проузрокује више одштетних захтева, сматра се да је настао само један осигурани случај. Исто је и у случају серијских штета, када је било више штетних догађаја, насталих из једне или више истоврсних,

продао трећем лицу. Међутим, клијент, купац и зидар покренули су парничне поступке за накнаду штете, незадовољни поступцима адвоката. Судски поступци покренути су након што је полиса истекла. Адвокат је тада затражио да штету исплати његов осигуравач, што је овај одбио. У поступку против свог осигуравача, осигураник се позивао на § 91. Закона о уговорима о осигурању (*Lov om forsikringsaftaler*). По слову Закона, осигуравач је дужан да исплати одштету, ако је осигурани догађај наступио у току трајања осигурања, иако су штетне последице наступиле тек касније. Догађаји који га обавезују наступили су у току трајања полисе. Сматрао је да је ограничење неуобичајено за данску праксу и ову врсту осигурања, те да га услови осигурања доводе у очигледно неповољан положај. Тражио је да се, у складу са § 34. наведеног Закона, искључујућа одредба поништи, јер је у супротности са добрим пословним обичајима. Врховни суд је одбио тужбу, наводећи да је одредба у условима осигурања била јасно и недвосмислено формулисана, те да га обавезује као и сви други услови уговора, према: Ivan Sørensen, *Forsikringsret*, 5. udgave, Jurist-og Økonomforbundets Forlag, København, 2010, стр. 84–85.

¹⁸ Christos Chrissanthis, *Смисао и значај појмова „осигурани догађај”, „осигурани случај”, „ризик” и „незгода” у ујоредном праву осигурања*, Ревивија за право осигурања, бр. 3/2007, стр. 20.

¹⁹ Слободан Јовановић, *Осигурање од одговорности – уговорно покриће по систему настанка осигураног узрока или дајума постовања одштетног захтева*, Ревивија за право осигурања, бр. 1/2010, стр. 35–37.

временски повезаних стручних грешака. Серијска штета настаје проузроковањем прве штете и према том тренутку се утврђује осигуравајуће покриће за целокупни низ штета.

3.3. Сума осигурања

По слову закона, сваки адвокат дужан је да поседује осигурање од професионалне одговорности и да га одржава на снази за све време бављења предметном делатношћу. Тиме се штите трећа лица, његови клијенти који могу неадекватним правним поступањем или пропустима претрпети материјалну штету. С друге стране, штити се и сам адвокат, коме би се исплатом обештећења могла угрозити економска егзистенција и довести у питање могућност даљег бављења адвокатуром. Стога је од великог значаја да сума осигурања, на коју је уговор закључен, буде адекватна и примерена његовим евентуалним потребама. У осигурању од одговорности, где се унапред не зна колики може бити обим накнаде штете, правило је да се сума осигурања уговара до једног одређеног износа, како би осигуравачи барем приближно могли да сагледају ризик коме су изложени и, аналогно томе, утврде адекватну премију. Како од висине суме осигурања зависи да ли ће уговор о осигурању остварити своју сврху и оштећени бити у целости намирени, од великог је значаја да највиша обавеза осигуравача по штетном догађају буде одмерена тако да сви оштећени остваре накнаду у целости, а осигураник буде ослобођен терета сношења имовинских последица свог пропуста.

Сума осигурања представља укупну обавезу осигуравача по једном штетном догађају за целокупну скаденцу осигурања и истовремено лимит обавезе по једном осигураном случају, без обзира на број оштећених и број лица чија је одговорност покривена осигурањем. Уколико накнаду из осигурања потражује више корисника, а укупни износ накнаде превазилази уговорену суму осигурања, појединачни износи накнада умањиће се сразмерно, у проценту према односу лимита покрића и укупне накнаде. Најчешће се уговара да је укупна сума осигурања, по једној полиси, једнака износу две или три уговорене суме осигурања по једном штетном догађају (годишњи агрегат).²⁰ Сума се исцрпљује испла-

²⁰ Нпр., Адвокатска комора Војводине закључила је са „ДДОР-ом Нови Сад” а.д.о. колективну Полису осигурања професионалне одговорности адвоката бр. 653018796 од 15. 05. 2012. год., са скаденцом 17. 05. 2012. – 17. 05. 2013. године. Нето премија осигурања за адвоката износи 66,00 евра, а сума осигурања по адвокату 20.000,00 евра по једном осигураном случају, тј. 60.000,00 евра укупно годишње, www.akv.org.rs/dl/scan0003.pdf, 08. 09. 2012. год.

том сваке појединачне накнаде, а највише до уговорене суме осигурања. Када је укупна сума осигурања, тј. годишњи агрегат исцрпљен, осигурање престаје да важи, а може се наставити само ако је то посебно уговорено и ако је плаћена додатна премија.

Износ најниже суме осигурања може бити прописан законом (Словенија,²¹ Хрватска,²² Аустрија²³), другим струковним прописима²⁴ или се препушта струковном удружењу да исту утврди као обавезујућу за све адвокате (Србија,²⁵ Република Српска²⁶).

Закључна разматрања

1). Предметним осигурањем штите се адвокати, али и њихови клијенти, који због стручне грешке свог пуномоћника могу да претрпе значајну имовинску штету. Поред њега, они добијају још једног, засигурно солвентног дужника, од кога основано могу очекивати да ће се обештетити. Тиме се терет имовинских последица професионалне делатности преноси на осигуравача, што адвокату омогућава да несметано настави да се бави својим занимањем, без страха од економских последица својих пропуста. Он не одговара за промене у ставовима судске праксе, али је чињеница да се закони често мењају, да процесни поступци бивају

²¹ Закон о одветништву, „Урадни лист РС” бр. 18/93, 24/96, 24/2001, 48/2001, 54/2008 и 35/2009, чл. 9: од 2008. године минимална сума за сваког адвоката износи 250.000 евра (ст. 1), а за адвокатско друштво 1.000.000 евра, за сваки осигурани случај (ст. 2).

²² Према Закону о одвјетништву, чл. 44. ст. 13. и 15, најнижа осигурана сума не може бити нижа од 800.000,00 куна по осигураном случају, без ограничења броја случајева. Одговорност сваког адвоката у заједничкој адвокатској канцеларији или друштву мора бити осигурана на наведени износ, а адвокатско друштво организовано као ДОО мора бити осигурано бар на 9.000.000,00 куна по осигураном случају, без ограничења њиховог броја. У случају промењених околности, Хрватска адвокатска комора овлашћена је да повиси најниже суме осигурања утврђене Законом.

²³ Правилима за адвокате (*Rechtsanwaltsordnung – RAO, RGB1. Nr. 96/1868*, задња измена *BGB1. I Nr. 54/2012*), § 21а, предвиђен је износ од 400.000 евра за адвоката (ст. 3), односно 2.400.000 евра за ДОО (ст. 4), по једном осигураном случају.

²⁴ Немачки Савезни правилник о адвокатима (*Bundesrechtsanwaltsordnung – BRAO, 09.09.1994*), § 51. ст. 4: минимална сума осигурања износи 250.000 евра за сваки осигурани случај, с тим, да осигуравач током трајања једногодишњег осигурања може одговорати највише до четвороструког износа најниже суме осигурања.

²⁵ Закон о адвокатури, чл. 37. ст. 3.

²⁶ Закон о адвокатури Републике Српске, „Сл. гласник Републике Српске” бр. 30/2007 и 59/2008, чл. 47. ст. 2.

све сложенији и, са аспекта рокова, све строжији, те да су адвокати све више изложени проузроковању могућих стручних грешака.

2). Одговорност наступа онда, када је адвокат предузео штетну радњу или је пропустио да учини оно што је био дужан да уради. Овако опредељен осигурани случај је свакако у интересу и адвоката и оштећених лица, будући да осигуравајуће покриће функционише и након престанка уговора о осигурању, под условом да се штетни догађај догодио у току трајања скаденце, без обзира када је поднет одштетни захтев.

3). Адвокат, тј. његов осигуравач одговараће само ако је поступањем осигураника странци проузрокована штета. Оштећени треба и да докаже, што је у појединим случајевима и врло тешко, да је до штете дошло управо грешком његовог пуномоћника. Дакле, оштећени треба да докаже узрочну везу са насталом штетом, што се може само на основу претпоставке какав би крајњи исход поступка био, да није било стручног пропуста адвоката. Другим речима, оштећени треба да учини вероватним да штета не би настала, да адвокат није погрешно.

4). Задатак Адвокатских комора је да предвиде адекватну минималну суму осигурања (исту би требале, према потреби, да имају право и да коригују), која би, с једне стране, пружала довољан ниво заштите осигуранику и оштећенима, а, с друге стране, уважавала реално стање и економске прилике у нашој земљи. За очекивати је, да превисоко уговорене премије осигурања поскупе пружање правне помоћи, те да се кроз цену услуга превале на њене кориснике. Ако је осигурање колективно (што би било веома корисно, будући да поједини адвокат може пропусти да продужи осигурање, те би тиме била изгубљена осигуравајућа заштита), премија се плаћа кроз чланство Комори. Ако је индивидуално, плаћа се директно осигуравачу, у ком случају адвокат, који има више спорова велике вредности и разрађену праксу, поготово са иностраним коминтентима, у могућности је да процени да суме осигурања које је Комора уговорила нису довољне, па може закључити додатно индивидуално осигурање.

5). Чини се да је листа клаузула, којима су предвиђена разна искључења, превелика, а ово се односи пре свега на искључења из осигуравајуће заштите намере и грубе непажње. Тиме неосновано без заштите остају трећа оштећена лица, што није случај у другим врстама осигурања од одговорности. Стога би било примереније да и овакви случајеви уживају осигуравајуће покриће, уз право регреса осигуравача према осигуранику који је на наведени начин проузроковао реализацију осигураног случаја.

Zoran Ilkić, LL.D.

Law agent in damages

„DDOR Novi Sad” a.d.o. Novi Sad

Lawyers liability insurance for damages resulting from the professional activity

Summary

Mandatory lawyers professional liability insurance is new in our legal system. However, it s standardised only by one article of the new Law on Advocacy. This means, that the future contractual relations will be edited by still different insurance companies insurance terms. Therefore in this paper author analyses basic elements of insurance contract and the most important rights and obligations of contracting parties. It also considers the extent of insurance coverage, as well as numerous exclusions that remain outside the insurance protection. At the same time it points out the most significant moments in relationship among contracting parties, and the difficulties that can occur in practical implantation of the agreement.

Key words: Lawyers professional indemnity, experts error, insurer, insured, sum insured.

UDK BROJEVI: 347.91:331.109(497.11)

Проф. др Мирослав Врховшек

Професор емериџус, Правни факултет за привреду и правосуђе
Универзитета Привредна академија у Новом Саду и научни саветник

Доц. др Владимир Козар,

Правни факултет за привреду и правосуђе
Универзитета Привредна академија у Новом Саду,
специјални саветник – НЛБ банка а.д. Београд

СУДСКА ЗАШТИТА СУБЈЕКТИВНИХ ПРАВА ИЗ РАДНОГ ОДНОСА ПО НОВОМ ЗАКОНУ О ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ

Сажетак

У парницама из радних односа прописана је сходна примена правила из општег парничног поступка, дакле са највећим степеном одступања, што значи прилагођавањем општих норми посебним правилима, суштини и циљу овог посебног поступка. Новину представља одлучивање на основу утврђеног чињеничног стања у случају изостанка туженог са рочишта за главну расправу, односно могућност доношења „пресуде на основу до тада утврђеног чињеничног стања”.

У споровима о **радно-правном статусу ревизија је увек дозвољена**, без обзира на вредност предмета спора означеног у тужби, док је у спору за исплату зараде у којима није испуњен цензус за ревизију, дозвољена „**посебна ревизија**” по оцени апелационог суда, односно Врховног касационог суда.

Новим законом је искључена примена правила поступка о споровима мале вредности у споровима из радних односа, без обзира на врсту тужбеног захтева.

Судска заштита у радним споровима остварује се пред судовима опште надлежности у **парничном поступку** као општем поступку за заштиту повређених или угрожених грађанских субјективних права. У одређеним ситуацијама права из радног

односа, пре свега новчана, остварују се и пријавом потраживања у **стечајном поступку**, као и у парницама о оспореном потраживању у којима важе специјална правила, пре свега која се тичу атракције стварне надлежности у корист привредног суда, упута на парницу и других посебних процесних претпоставки за допуштено тужбе против стечајног дужника или дозвољеност предлога за наставак парничног поступка, који је био прекинут услед наступања правних последица стечаја.

У радним споровима које по атракцији надлежности суди привредни суд неће се примењивати посебна правила поступка у привредним споровима, већ одредбе посебног поступка у парницама из радних односа. Законитост одлуке о престанку радног односа представља претходно питање у парници за утврђење оспореног потраживања зараде према стечајном дужнику.

Странке могу да предузимају радње у поступку **лично** или **преко пуномоћника**, који мора да буде **адвокат**. Изузетак је пуномоћник **правног лица**, који може бити **дипломирани правник са положеним правосудним испитом**, који је стално запослен у том правном лицу. Закон је на овај начин у наш правни систем увео *квалификоване пуномоћнике*, с тим што је у поступку по ванредним правним лековима **обавезно адвокатско заступање**.

Кључне речи: парница; поступак; радни однос; ревизија; стечај; привредни суд; стварна надлежност; оспоравање потраживања; пуномоћник; адвокат

Увод

Судска заштита у радним споровима остварује се пред судовима опште надлежности у **парничном поступку** као општем поступку за заштиту повређених или угрожених грађанских субјективних права.¹ У одређеним ситуацијама права из радног односа, пре свега новчана, остварују се и пријавом потраживања у **стечајном поступку**, као и у парницама о оспореном потраживању у којима важе специјална правила,² пре свега која се тичу атракције стварне надлежности у корист привредног суда, упута на парницу и других посебних процесних претпоставки за допуштено тужбе против стечајног дужника³ или дозвољеност предлога за наставак парничног поступка, који је био прекинут услед наступања правних последица стечаја.⁴ Посебан поступак у пар-

¹ Парнични поступак је дефинисан као општи поступак за заштиту повређених или угрожених субјективних грађанских права, што значи да се заштита тих права остварује у другим врстама поступака само када је то прописано посебним законом, а иначе важи опште правило – да се заштита остварује у парничном поступку (члан 1 ЗПП). – Видети: Козар В., *Коментар Закона о парничном поступку са судском праксом и рецесом ијомова*, 2011. година, „Пословни биро” д.о.о., Београд, страна 11.

² Козар В., *Покретање парничног поступка за утврђивање потраживања оспореног у стечају*, *Правни живоиш*, vol. 58, бр. 5–6, стр. 163–173, 2009. година.

³ Козар В., *Посебна правила поступка о оспореном потраживању у стечају*, „Право и привреда”, бр. 5–8, vol. 46, стр. 433–448, 2009. година.

⁴ Козар В., *Посебна правила поступка у парницама за утврђивање оспореног потраживања*, *Правни живоиш*, vol. 57, бр. 13, стр. 345–359, 2008. година.

ницама из радних односа регулисан је одредбама чл. 436–441. Главе XXIX новог Закона о парничном поступку који је објављен је у „Службеном гласнику РС”, бр. 72/2011 од 28. септембра 2011. године, а ступио на снагу 1. фебруара 2012. године.

1. Сходна примена одредаба општег поступка у парницама из радних односа

Нови закон упућује **на сходну примену** одредаба општег поступка, тако што у члану 436. прописује да ако у одредбама ове главе није другачије прописано, у парницама из радних односа **сходно се примењују** остале одредбе овог закона, што је **значајна разлика** у односу на претходни закон, који је такође упућивао на примену осталих одредаба закона, али није садржао упутство да је реч о сходној примени.⁵

Дакле, сада је у поступку у парницама из радних односа изричито прописана сходна примена осталих одредаба овог закона, односно правила из општег парничног поступка, дакле са највећим степеном одступања, што значи прилагођавањем општих норми посебним правилима, суштини и циљу овог посебног поступка. Према томе, норме општег поступка у парницама из радних односа, у питањима која нису регулисана одредбама ове главе, **не примењују се онако како гласе – дословно (буквално)**, већ уз одређена одступања и прилагођавања. Суд ће морати у сваком конкретном случају да пази да применом општих правила не доведе у питање основни циљ посебног поступка у парницама из радних односа.

То значи да ће се и у поступку у парницама из радних односа примењивати многи институти редовног поступка, као нпр. **фикција повлачења тужбе** из члана 311. став 2. Законом о парничном поступку, као један од најзначајнијих, по правним последицама и учесталости примене у судској пракси. Такав став заузет је и у судској пракси у примени претходног закона, који је садржао слична правила, приликом одговора на питање да ли се у **радним споровима** пред трговинским судовима, када је тужена страна у стечају, може примењивати **правило о повлачењу тужбе**, уколико странке не приступе на рочиште, иако су уредно позване: „У парницама из радних односа, које се пред трговинским судом воде по основу **атракционе надлежности** јер је тужена стра-

⁵ Козар В., Посебна правила поступка у парницама из радних односа, часопис „Радно-правни саветник”, „Пословни биро” д.о.о., Београд, број 11/2011, страна 59, 2011. година.

на у стечају, **може наступити ситуација да се тужба сматра повученом**, уколико су испуњени услови прописани у чл. 289. и 296. став 2. Закона о парничном поступку. Ово стога што се у парницама из радних односа, сходно одредби члана 434. Закона о парничном поступку, примењују **све одредбе** Закона о парничном поступку, осим када је у наведеној глави нешто другачије прописано. Имајући у виду да у глави закона која садржи посебно правила поступања у парницама из радних односа, нема посебних одредби које искључују примену чл. 289. и 296. став 2. Закона о парничном поступку, то произлази да се и у парницама из радних односа може десити да се **тужба сматра повученом** због недоласка уредно позваног тужиоца на припремно рочиште или на рочиште за главну расправу.”⁶

2. Састав суда у првом степену

Новину представља одредба из члана 437 да у парницама из радних односа поступак у првом степену суди **судија појединац**, што је у складу са одређењем законодавца у корист инокосног суђења.

3. Начело хитности

У поступку у парницама из радних односа, а нарочито приликом одређивања рокова и рочишта, суд посебно води рачуна о потреби хитног решавања радних спорова (члан 438).

4. Одређивање привремених мера по службеној дужности

Могућност одређивања привремених мера **по службеној дужности** у поступку у парницама из радних односа, представља оправдани изузетак од начела заштите на приватни захтев, карактеристичног за грађанско право (члан 439. став 1).

У члану 439. став 2. одређен је **рок** за одређивање привремене мере по предлогу странке, тако што је прописано да ће суд одлуку о одређивању привремене мере по предлогу странке донети у року „**до осам дана**” од дана предаје предлога.

Против решења о одређивању привремене мере у радном спору није дозвољена посебна жалба (став 3).

⁶ Правни став Вишег трговинског суда – одговор утврђен на седници Одељења за привредне спорове од 19. и 20. септембра 2005. године, објављен у: Козар В., *Коментар Закона о парничном поступку са судском праксом и рејсиром Ђојмова*, 2011. година, „Пословни биро” д.о.о., Београд, страна 528.

5. Парициони рок и продужење рока за жалбу

Парициони рок износи осам дана, али нови закон није одредио краћи рок за изјављивање жалбе у радном спору (члан 440. став 3), који је у члану 438. претходног закона износио осам дана. То значи да и у парницама из радних односа важи **општи рок за жалбу** од 15 дана из члана 367. став 1. новог Закона у коме је прописано да странка може да изјави жалбу против пресуде донете у првом степену у року од 15 дана од дана достављања преписа пресуде, ако у овом Закону није другачије прописано.

Није јасно зашто се законодавац определио за продужење рока за жалбу у радним споровима. Такође посебан, краћи парициони рок од **осам дана** за извршење чинидбе у радним споровима није у складу са дужим – општим роком за жалбу од 15 дана, који се сада примењује и у поступку у парницама из радних односа.

6. Одлучивање на основу утврђеног чињеничног стања у случају изостанка туженог са рочишта за главну расправу

Новину представља одредба из члана 440. став 2. у коме је прописано да ако тужени не дође на рочиште за главну расправу, а уредно је позван, суд ће да одржи рочиште и одлучи на основу утврђеног чињеничног стања. Ово правило Закон није довољно разрадио, али је јасно да суд у случају изостанка туженог са рочишта за главну расправу мора да одржи рочиште и донесе мериторну одлуку – пресуду, чиме се постиже значајно убрзање поступка

Дакле, реч је о контумацији, сличној пресуди због изостанка у поступку о споровима мале вредности, али разлика се састоји у томе што суд **мора да утврди чињенично стање**, што значи да мора да изведе доказе, и да тако утврђено чињенично стање примени материјално право. Због значаја ових врста спорова, великог броја предмета и потребе њиховог хитног решавања из савременог упоредног права, на овај начин преузета је и уведена „**пресуда на основу до тада утврђеног чињеничног стања**”.⁷

То значи да због изостанка туженог са рочишта за главну расправу у радном спору, не наступа фикција признања чињеница на којима се заснива тужбени захтев. Из тога следи закључак да одука не мора бити

⁷ Лутовац З., Новине у закону о парничном поступку – нови ЗПП, Билтен врховног касационог суда бр. 3/2011, Intermex, Београд, страна 115.

позитивна за тужиоца, тј. да изостанак туженог не доводи до усвајања тужбеног захтева, јер суд пресудом може и одбити тужбени захтев ако тужилац није поднео релевантне доказе за утврђивање спорних чињеница, с обзиром на то да ће суд тада применити опште правило о терету доказивања из члана 231.

Приликом тумачења услова за доношење пресуде „на основу утврђеног чињеничног стања”, треба имати у виду увођење принципа **афирмативне литисконтестације** у новом Закону. Наиме, према члану 230. став 1. **не доказују се чињенице које странка није оспорила.**

С друге стране, ако су, поред изостанка туженог са рочишта за главну расправу у радном спору, испуњени и сви остали услови из члана 351. суд може донети **и пресуду због изостанка** у радном спору, по правилима општег поступка.

О последици изостанка са рочишта за главну расправу суд ће да упозори туженог у позиву за рочиште (члан 440. став 3).

7. Ревизија у радном спору

7.1. Дозвољеност ревизије у стипендијском радном спору

Када су у питању спорови о радно-правном статусу (о заснивању, постојању и престанку радног односа), **ревизија је увек дозвољена**, дакле без обзира на вредност предмета спора означеног у тужби (члан 441).

Зато се **тужба** у којој није означена вредност предмета спора, а тужбени захтев се односи на заснивање, постојање или престанак радног односа, **не може одбацити** применом одредбе из члана 192. став 3. а у вези члана 101, јер право на изјављивање ревизије зависи од вредности предмета спора. Наравно, то не важи у споровима о исплати зараде или других новчаних примања из радног односа, укључујући и накнаду штете.

Став о немогућности одбацивања тужбе због неозначавања вредности предмета спора у парницама о заснивању, постојању и престанку радног односа, заузет је и у судској пракси насталој у примени претходног закона, који је ово питање регулисао на исти начин у члану 187. став 3. и члану 439. Према ставу праксе, неозначавање вредности предмета спора у парницама о заснивању, постојању и престанку радног односа не представља разлог за одбацивање тужбе као неуредне, јер је у таквим споровима ревизија увек дозвољена, па право на изјављивање ревизије не зависи од вредности предмета спора. У образложењу је на-

ведено да се основано у жалби истиче да је побијано решење донето уз битну повреду одредаба парничног поступка, јер је првостепени суд погрешно применио одредбу члана 187. став 3. Закона о парничном поступку када је тужбу одбацио као неуредну због тога што тужилац у тужби **није означио вредност спора**. Наиме, тужилац у овом спору тражи да се **поништи решење** туженог којим је тужиоцу **престао радни однос** код туженог, те да се тужени обавезе да га врати на рад и распореди на исто радно место, што значи да је у питању парница из радних односа. Одредбама члана 439. Закона о парничном поступку прописано је да је **ревизија дозвољена** у парницама о споровима о заснивању, постојању и престанку **радног односа**. Према томе, тужба није могла бити одбачена због тога што тужилац није у тужби назначио вредност предмета спора, с обзиром на то да је чланом 187 став 3. Закона о парничном поступку прописано да ће се тужба одбацивати само када надлежност, састав суда или право на изјављивање ревизије зависи од вредности предмета спора, а предмет тужбеног захтева није новчани износ.⁸

7.2. Посебна ревизија

У новом закону начињен је **изузетак** од одбацивања недозвољене ревизије (изјављена против пресуде против које по закону не може да се поднесе – тј. ако није у питању правноснажна другостепена пресуда или није испуњен цензус који се тиче вредности предмета спора), тако што је искључена посебна ревизија из члана 404, с тим што се посебна ревизија може изјавити само против другостепене пресуде, када није испуњен цензус који се тиче вредности предмета спора, уз испуњење других услова прописаних у наведеном члану.

То значи да је **и у радном спору**, који није статусне природе, нпр. за исплату зараде, дозвољена „**посебна ревизија**” по оцени апелационог суда, односно Врховног касационог суда, иако није испуњен цензус, односно и када вредност предмета спора побијеног дела правноснажне пресуде не прелази динарску противвредност 100.000 евра по средњем курсу Народне банке Србије на дан подношења тужбе, под условом да су испуњени остали законски услови из члана 404 – ако је по оцени апелационог суда, односно Врховног касационог суда потребно да се размотре правна питања од општег интереса или правна питања у интересу равноправности грађана, ради уједначавања судске праксе, као и ако је потребно ново тумачење права (посебна ревизија).

⁸ Из решења Вишег трговинског суда, Пж. 12908/05 од 8. фебруара 2006. године.

7.3. Одбацивање недозвољене ревизије и обавезно заступање од стране пуномоћника или адвоката у поступку по ванредном правном леку

Нови закон у члану 410. став 2. тачка 2. **изменио** је разлог недозвољености ревизије, који се **тиче квалификованог пуномоћника**, тако што је прописано да је ревизија недозвољена ако „**није изјављена преко пуномоћника**”. Наиме, у претходном закону било је прописано обавезно заступање од стране **адвоката** у поступку по ревизији за све странке, без обзира да ли су правна или физичка лица, и сагласно таквом решењу у члану 401. став 2. тачка 2) било је прописано да је ревизија недозвољена „ако је ревизију изјавило лице које није адвокат”.

Међутим, нови закон уводи обавезу да пуномоћник странке буде квалификовано лице, с тим што странке могу да предузимају радње у поступку и лично. Наиме, нови закон предвиђа да странке могу да предузимају радње у поступку **лично** или **преко пуномоћника**, који мора да буде **адвокат** (члан 85. став 1). Изузетак је пуномоћник правног лица, који може бити **дипломирани правник са положеним правосудним испитом**, који је стално запослен у том правном лицу (члан 85. став 1). Према томе, правно лице у **првостепеном поступку и поступку по жалби** може заступати дипломирани правник са положеним правосудним испитом, који је стално запослен у том правном лицу.

Међутим, за поступак по **ванредним правним лековима**, у који спада и поступак по ревизији, новим законом прописано је специјално правило – да странку **мора да заступа адвокат** у поступку по **ванредним правним лековима**, изузев ако је сама адвокат (члан 85. став 3), дакле обавезно заступање од стране адвоката. Ово правило односи се и на правна лица, што значи да у поступку по ванредним правним лековима не важи изузетак из става 2. Дакле, у поступку по ванредним правним лековима **обавезно је заступање** од стране квалификованог стручног лица – адвоката, због потребе правосуђа и адвокатуре за ефикаснијим и стручнијим радом, што значи да **странке не могу лично** предузимати радње у поступку по **ванредним правним лековима**.

Зато није јасна измена која је у погледу овог разлога недозвољености ревизије учињена у новом закону, којим је у члану 410. став 2. тачка 2. прописано да је ревизија недозвољена ако „**није изјављена преко пуномоћника**”, што је у **колизији** са одредбом члана 85. став 3. – да странку **мора да заступа адвокат** у поступку по **ванредним правним лековима**, изузев ако је сама адвокат. Ако би ревизију у име правног лица изјавио квалификовани пуномоћник – **дипломирани правник са положеним правосудним испитом**, који је стално запослен у том прав-

ном лицу сагласно члану 85. став 1, тада ревизија не би могла бити одбачена као недозвољена позивом на одредбу из члана 410. став 2. тачка 2. јер је ревизија „изјављена преко пуномоћника”, без обзира што исту није изјавио адвокат, односно без обзира на одредбу из члана 85. став 3. према којој странку **мора да заступа адвокат** у поступку по **ванредним правним лековима**, изузев ако је сама адвокат.

Израз „пуномоћник” је шири правни појам од израза „адвокат”, а сваки адвокат је пуномоћник (изузев ако је сам странка), а сваки пуномоћник не мора бити адвокат. Такав закључак произлази и из систематизације закона, који ова питања регулише у Глави V која носи наслов „ПУНОМОЋНИЦИ”.

Наведено законско решење највероватније је редакторска омашка, јер је предлог закона приликом усвајања у Скупштини претрпео одређене измене путем амандмана, с обзиром да је у предлогу било предвиђено да искључиво адвокати могу бити пуномоћници у свим фазама поступка, без обзира на својство парничне странке. А те измене нису доследно испраћене у свим одредбама усвојеног закона.

8. Искључење примене правила поступка о споровима мале вредности у споровима из радних односа

Спорови мале вредности јесу спорови у којима се тужбени захтев односи на потраживање у **новцу** које не прелази динарску противвредност **3.000 евра** по средњем курсу Народне банке Србије на дан подношења тужбе (члан 468. став 1), с тим што у поступку у **привредним споровима** мале вредности овај лимит износи 30.000 евра – члан 487. став 1.

Нови закон је задржао исте лимите који су прописани новелом претходног закона, тј. Законом о изменама и допунама Закона о парничном поступку („Службени гласник РС”, бр. 111/2009), али је изричито прописао да промена курса након подношења тужбе не утиче на примену правила овог поступка (члан 468. став 2), што значи да **осцилације у девизном курсу** немају утицај, тако да ако је у време подношења тужбе поступак започет као спор мале вредности, касније повећање курса евра не може довести до примене општег парничног поступка. И обрнуто, редовни спор не може постати спор мале вредности ако падне курс евра у односу на динар.

Преузето је решење из претходног закона о оцени граничне вредности у споровима мале вредности према висини алтернативног овлашће-

ња туженог, тако што је у члану 468. став 3. прописано да се као спорови мале вредности сматрају и спорови у којима се тужбени захтев не односи на потраживање у новцу, а тужилац је у тужби навео да пристаје да **уместо испуњења** одређеног захтева **прими одређени новчани износ** који не прелази динарску противвредност 3.000 евра (члан 33. став 1).

Међутим **значајна новина** уведена је одредбом из члана 468. став 4. у коме је прописано да се као спорови мале вредности сматрају се и спорови у којима предмет тужбеног захтева **није новчани износ**, а вредност предмета спора коју је тужилац у тужби навео не прелази динарску противвредност 3.000 евра (члан 33. став 2). Наиме, претходни закон је **само неновчане** тужбене захтеве који су се односили на **предају покретне ствари**, сврставао у категорију спорова мале вредности, ако вредност предмета спора коју је тужилац у тужби навео није прелазила прописани лимит, до нови закон неновчане захтеве **не ограничава на предају покретних ствари**. Сада спор мале вредности може бити сваки неновчани захтев, чија вредност не прелази лимит, осим захтева који су искључени посебном одредбом из члана 469. у коме је предвиђено да се **не сматрају споровима мале вредности**: спорови о непокретностима, **спорови из радних односа** и спорови због сметања државине, без обзир на вредност која је означена у тужби. Тако по новом закону и захтев за испуњење неке чинидбе из уговора о делу, уговора о грађењу, ауторског уговора и сл, може бити спор мале вредности, ако вредност предмета спора коју је тужилац у тужби навео не прелази прописани лимит од 3.000 евра, а у привредним споровима мале вредности 30.000 евра.

9. Спорови из радних односа пред привредним судом – атракција стварне надлежности

Посебан **поступак у привредним споровима** регулисан је одредбама чл. 480–487. Главе XXXIV новог Закона о парничном поступку. Нови закон задржао је концепцију привредног спора из претходног закона, односно наставио је тренд изједначавања одредаба посебног поступка у привредним споровима са правилима редовног поступка. То је постигнуто тако што су поједина посебна правила поступка у привредним споровима преузета у редовни поступак, и сада се примењују у свим парницама, дакле и пред судовима опште надлежности. Другим речима, између редовног поступка и овог посебног поступка постоји **мање разлика** него раније.

Међутим, није сваки спор који суди привредни суд привредни спор, па се у поступку пред привредним судовима неће увек примењивати посебна правила поступка у привредним споровима.

9.1. Одређивање погручја примене поступка у привредним споровима

Нови закон је одредио домен примене посебних правила поступка у привредним споровима, тако што је у члану 480. став 1. прописао да се одредбе ове главе примењују у свим споровима у којима **суде привредни судови** у складу са законом којим се уређује стварна надлежност судова (привредни спор), ако за поједине спорове није прописана **друга врста поступка**.

Реч је о битној новини, јер је нови закон у наш правни систем поново увео **дефиницију** привредног спора, тако што је прописао да појам привредног спора **произлази из стварне надлежности** привредних судова, која је регулисана Законом о уређењу судова („Службени гласник РС”, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011).⁹ То је сваки спор који је у **стварној надлежности** привредног суда, **изузев** ако за поједине спорове није прописана **друга врста поступка**. Дакле, привредни спор је другачије и прецизније дефинисан тако што је усклађен са дефиницијом надлежности привредних судова из члана 25. Закона о уређењу судова.¹⁰

Стварна надлежност привредног суда у **парничном поступку** одређена је чланом 25. Закону о уређењу судова („Службени гласник РС”, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011), тако што је у ставу 1. прописано да привредни суд у првом степену суди:

1. у споровима између домаћих и страних привредних друштава, предузећа, задруга и предузетника и њихових асоцијација (привредни субјекти), у споровима који настану између привредних субјеката и других правних лица у обављању делатности привредних субјеката, па и кад је у наведеним споровима једна од странака **физичко лице** ако је са странком у односу материјалног супарничарства;

2. у споровима о ауторским и сродним правима и заштити и употреби проналазака, модела, узорака, жигова и ознака географског порекла кад настану између субјеката из тачке 1. овог става; у споровима поводом извршења и обезбеђења из надлежности привредних судова, а у

⁹ Козар В., *Коментар Закона о парничном поступку са судском праксом и регистрацијом* Јојмова, 2011. година, „Пословни биро” д.о.о., Београд, страна 592.

¹⁰ Лутовац З., *наведено дело*, страна 115.

споровима поводом одлука изабраних судова само кад су донете у споровима из тачке 1. овог става;

3. у споровима који произлазе из примене Закона о привредним друштвима или примене других прописа о организацији и статусу привредних субјеката, као и у споровима о примени прописа о приватизацији;

4. у споровима о страним улагањима; о бродовима и ваздухопловима, пловидби на мору и унутрашњим водама и споровима у којима се примењују пловидбено и ваздухопловно право, изузев спорова о превозу путника; о заштити фирме; поводом уписа у судски регистар; **поводом стечаја и ликвидације.**

Дакле, у свим набројаним споровима које суди привредни суд, примењиваће се посебна правила поступка у привредним споровима, и то без обзира на својство странке, **осим** ако за поједине спорове није прописана **друга врста поступка**, као што су нпр. **радни спорови поводом стечаја и ликвидације.**

На овај начин, законодавац је увео правну сигурност у поступању и отклонио многе недоумице које су постојале у судској пракси због правне празнине која је настала још од 1998. године, а која је постојала и у претходном закону, који у члану 479. **није садржао дефиницију** привредног спора, па је примена одредаба поступка у привредним споровима била препуштена тумачењу судова, што је доводило до правне несигурности.¹¹ Претходни закон је такав приступ (не)одређивања привредног спора преузео је, као затечено стање, из ранијег закона. Таква правна ситуација у нашем правном систему настала је после новела Закона о парничном поступку из 1977. године.¹² Новелама из 1998. године брисан је поднаслов Главе тридесет друге **"Подручје примене"**, као и чл. 489–491. који су прописивали субјективно-објективне **критеријуме** за примену посебних правила поступка у привредним споровима. Другим речима, брисане су одредбе о субјектима, односно **својствима странака** у спору или **врстама спорова**, у којима су се примењивала посебна правила поступка у привредним споровима (држава, предузећа, пловидбени спорови, предузетници, страна лица и сл.) У образложењу законског предлога ове измене стајало је да су одредбе дотадашњег законског текста које су се односиле на појам привредног спора брисане као сувишне, из разлога што појам привредног спора **произлази из**

¹¹ Козар В., *Нови Закон о парничном поступку у пракси* (примени), Пословни биро", Београд, 2008. година, страна 389.

¹² Новеле су објављене у „Службеном листу СРЈ” број 12/98 од 6. марта 1998. године, а ступиле су на снагу осмог дана по објављивању – 14. марта 1998. године.

надлежности привредних судова, која је регулисана републичким законима о судовима.¹³ На овај начин правила поступка у привредним споровима постала су једина врста посебног поступка за који претходни Закон о парничном поступку није садржао норме о подручју примене, што је могло довести до колизије са другим посебним поступцима, нпр. када се као странка пред привредним судом, у случају **атракције стварне надлежности** поводом **стечаја**, појављује и физичко лице које води радни спор против послодавца – правног лица над којим је отворен стечајни поступак и сл.¹⁴

Судска пракса није прихватила став изражен у образложењу ове новеле, тј. да су одредбе пређашњег законског текста које се односе на појам привредног спора брисане као сувишне, из разлога што појам привредног спора **произлази из надлежности** привредних судова. Зато, према ставу који је доминирао у судској пракси, када се као странка пред привредним судом, у случају атракције стварне надлежности поводом стечаја, појављује и физичко лице које води радни спор против привредног друштва над којим је отворен стечајни поступак, није реч о привредном спору, већ о **радном спору**.¹⁵

У суштини, новим законом извршена је рецепција таквог става судске праксе, јер је подручје примене посебних правила поступка у привредним споровима, везано за **стварну надлежност** привредних судова, **изузев** ако за поједине спорове није прописана **друга врста поступка**. На тај начин, нови закон је увео изузетке, који су постојали и у досадашњој судској пракси, тако што је искључио примену одредаба ове главе ако за поједине спорове није прописана **друга врста поступка**, дакле када су у питању други посебни поступци из трећег дела закона, нпр. поступци у **радним споровима**, које често услед атракције стварне надлежности због стечаја над туженим, суде привредни судови.

Међутим, у свим другим случајевима, односно споровима које суде привредни судови, ван оних за које закон предвиђа другу врсту поступка, примењују се посебна правила поступка у привредним споровима, и то без обзира на својство странке и предмет спора. Зато по новом Закону нема дилеме да се правила поступка у привредним споровима приме-

¹³ Козар В., Петровић З., Почуча М., *Заступање њравних лица у судским поступцима* (привредно процесно право), „Пословни биро”, Београд, 2010. година, страна 16.

¹⁴ Врховшек М., Козар В., Посебна правила поступка у привредним споровима, *Правни животић*, vol. 54, бр. 12, 2005. година, стр. 87–104,

¹⁵ Врховшек М., Козар В., Измене и допуне Закона о парничном поступку, *Право – теорија и пракса*, vol. 15, бр. 5–6, 1998. година, стр. 56–62.

њују и у споровима акционара – физичких лица поводом приватизације друштвених предузећа, као и у свим споровима који произлазе из Закона о привредним друштвима („Службени гласник РС”, бр. 125/2004), нпр. у споровима за искључење акционара или члана привредног друштва, и сл. Јер, у члану 46. Закона о привредним друштвима под насловом „Решавање спорова” прописано је да је Трговински суд седишта привредног друштва надлежан за решавање спорова који произлазе из овог закона, осим ако овим законом није друкчије одређено.

Стварна надлежност привредног суда у парничном поступку у споровима који произлазе из примене Закона о привредним друштвима или примене других прописа о организацији и статусу привредних субјеката, као и у споровима о примени прописа о приватизацији одређене је и чланом 25. став 1. Закону о уређењу судова.

Дакле, законодавац је једноставном нормом – да привредни суд увек суди по правилима поступка у привредним споровима, осим у наведеним изузецима, увео правну сигурност у поступању.

У одређеним процесним ситуацијама посебна правила поступка у привредним споровима **комбинују се** са посебним правилима из других врста поступака. Такав је случај са **привредним споровима мале вредности** из члана 487. новог Закона.

С друге стране, у радним споровима које суди Привредни суд, неће се примењивати посебна правила поступка у привредним споровима, већ одредбе посебног поступка у парницама из радних односа, што укључује специфичне институте као што су нпр. „пресуда на основу утврђеног чињеничног стања” у случају изостанка туженог са рочишта за главну расправу из члана 440. став 2. у коме је прописано, ако тужени не дође на рочиште за главну расправу, а уредно је позван, суд ће да одржи рочиште и одлучи на основу утврђеног чињеничног стања. Исто важи и за могућност одређивања привремених мера **по службеној дужности** у поступку у парницама из радних односа, која не постоји у поступку у привредним споровима. У обе врсте поступка продужен је рок за жалбу и износи 15 дана (**општи рок за жалбу** од 15 дана из члана 367. став 1), док је задржан исти парнициони рок од осам дана за извршење чинидбе. Такође, исти је и састав суда – и радне и привредне спорове суди судија појединац.

9.2. Радни спорови поводом стечаја и ликвидације

Како је наведено, у одређеним ситуацијама права из радног односа, пре свега новчана, остварују се и пријавом потраживања у **стечајном**

поступку, као и у парницама о оспореном потраживању у којима важе специјална правила¹⁶ која се, пре свега, тичу атракције стварне надлежности у корист привредног суда, упута на парницу и других посебних процесних претпоставки за допуштеност тужбе против стечајног дужника¹⁷ или дозвољеност предлога за наставак парничног поступка, који је био прекинут услед наступања правних последица стечаја.¹⁸

Уколико је потраживање повериоца оспорено, поверилац се **упућује на парницу** ради утврђивања потраживања коју може да покрене у року од **осам дана** од дана пријема закључка о листи оспорених потраживања, односно од дана истека рока за медијацију.¹⁹ Рок за подношење тужбе ради утврђивања оспореног потраживања из члана 117. став 1. Закона о стечају **преклузиван је**, а његово пропуштање има за последицу **одбацивање** неблаговремене **тужбе** на основу члана 294. тачка 2. Закона о парничном поступку, у коме је прописано да суд по претходном испитивању тужбе доноси решење којим се **тужба одбацује** ако утврди да је тужба **поднета неблаговремено**, ако је посебним прописима предвиђен рок за подизање тужбе.²⁰

Упут на парницу представља упут на покретање поступка ако радије такав поступак није покренут и представља посебну процесну претпоставку за допуштеност тужбе против стечајног дужника за утврђење оспореног потраживања, а ако је такав поступак покренут, а није окончан, већ је у прекиду, тада упут стечајног већа представља **процесну претпоставку** за **наставак** прекинутог парничног поступка на предлог повериоца из члана 90. тачка 4. Закона о стечају, у коме је изричито прописано да се „парнични поступак у којем је стечајни дужник тужени **наставља** ако је тужилац као стечајни или разлучни поверилац закључком стечајног судије **упућен на наставак** прекинутог парничног поступка ради утврђивања оспореног потраживања. Цитирана одредба из члана 90. тачка 4. Закона о стечају, у суштини је **корекција** одредбе члана 117. став 1. истог закона.

¹⁶ Козар В., Покретање парничног поступка за утврђивање потраживања оспореног у стечају, *Правни живоиш*, vol. 58, бр. 5–6, стр. 163–173, 2009. година.

¹⁷ Козар В., Посебна правила поступка о оспореном потраживању у стечају, „Право и привреда”, бр. 5–8, vol. 46, стр. 433–448, 2009. година.

¹⁸ Козар В., Посебна правила поступка у парницама за утврђивање оспореног потраживања, *Правни живоиш*, vol. 57, бр. 13, стр. 345–359, 2008. година.

¹⁹ члан 117. став 1. Закона о стечају.

²⁰ Козар В., Коментар стечајних закона, „Пословни биро”, Београд, 2010. година, страна 84.

Дакле, ако парнични поступак још није покренут, од отварања поступка стечаја, за покретање парничног поступка неопходан је упут стечајног судије на парницу, што представља **посебну процесну претпоставку** за вођење парнице, односно за **допуштеност тужбе** против стечајног дужника. Пријављено и оспорено потраживање као посебна процесна претпоставка за вођење парнице против стечајног дужника, по својој суштини најближе је правном интересу за тужбу. По становишту правне теорије покретање правосуђа у циљу заштите субјективног права може бити оправдано само ако тужилац има **правни интерес** да суд изрекне предложено пресуду.²¹ Постојање правног интереса има значај једне процесне претпоставке. У Закону о парничном поступку то није прописано као општа норма, већ је предвиђено само за тужбу за утврђење у члану 194. став 2. У правној теорији се истиче да и свака друга тужба може бити допуштена само ако је ова процесна претпоставка испуњена.²² Међутим, упркос сличности правном интересу за тужбу, пријава и оспоравање потраживања са упутом на парницу, јесте **посебна процесна претпоставка *sui generis*** на коју парнични суд пази по службеној дужности у току целог поступка и чији недостатак има за последицу одбацивање тужбе као недопуштене.²³

О пријави потраживања као процесној претпоставци за вођење парнице судска пракса је заузела став. По становишту праксе, нису испуњене процесне претпоставке за покретање парнице **ни наставак започете прекинуте парнице** ако поверилац у поступку стечаја није пријавио своје потраживање. Пријављено и оспорено потраживање са упутом стечајног већа по члану 127. став 1. Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији процесни је предуслов за покретање или наставак парнице која је прекинута по члану 212. Закона о парничном поступку.²⁴

Дакле, из изложеног става произлази да, не само што се не може покренути парница, уколико тужилац, односно поверилац у поступку стечаја није пријавио своје потраживање, већ се **не може тражити ни на-**

²¹ Познић Б., *Грађанско процесно право*, Савремена администрација, Београд, 1987. година, страна 194.

²² *Ibidem*, страна 194.

²³ Козар В., *Коментар стечајних закона*, „Пословни биро”, Београд, 2010. година, стр. 105 и 106.

²⁴ Правно схватање утврђено на заједничкој седници одељења за привредне спорове и привредне преступе Вишег привредног суда од 9. јула 1998. године, Судска пракса, софтверски пакет за правнике, „Intermex”, Београд, 2012.

ставак прекинутог парничног поступка у смислу члана 225. став 1. Закона о парничном поступку, који је био прекинут због отварања стечаја над туженим на основу члана 222. тачка 5. истог Закона.

9.3. Прейходно иишање у парницама из радних односа

У поступцима који се воде пред привредним судом у парницама за **накнаду неисплаћених зарада** због незаконитог престанка радног односа, примена института прекида поступка због претходног питања из члана 223. тачка 1. Закона о парничном поступку, има одређене специфичности због **правних последица стечаја**, односно правних дејстава које отварање стечаја има на радни однос. Наиме, Законом о стечају (члан 77. став 1) преузета одредба из Закона о стечајном поступку, којом је измењен положај запослених, на тај начин што отварањем стечајног поступка не долази до аутоматског престанка радног односа *ex lege*,²⁵ као што је то било прописано Законом о принудном поравнању, стечају и ликвидацији, већ је отварање стечајног поступка посебан **разлог** за **отказ уговора о раду** који је стечајни дужник закључио са запосленима.²⁶ У правној теорији истиче се да је могућност отказа због отварања стечаја *sui generis* разлог који је предвиђен одредбом члана 77. став 1. Законом о стечају, што значи да се не примењују посебни услови за давање отказа уговора о раду прописани у чл. 180. и 181. Законом о раду²⁷ (писмено упозорење, достављање на мишљење синдикату и сл.).²⁸

Зато, ако стечајни управник одлучи о отказу уговора о раду, запослени не може тражити враћање на рад код стечајног дужника, али може да тражи преиспитивање законитости одлуке о престанку радног односа која је донета пре покретања стечајног поступка, јер је законитост те одлуке претходно питање за одлуку о тужбеном захтеву судом у пар-

²⁵ Дукић – Мијатовић М., *Водич кроз стечајни процес*, издање аутора, Нови Сад, 2010. година, стр. 132–135.

²⁶ Козар В., Поступак административног управљања над банком којој је одузета дозвола за рад, *Право и привреда*, бр. 4–6, стр. 326–338, 2011. година, страна 329; Козар В., „Измене и допуне Закона о стечају и ликвидацији банака и друштава за осигурање”, стручни чланак, Зборник реферата за саветовање са међународним учешћем (међународни научни скуп) „Актуелне промене у правном систему држава у региону”, 22–23. септембар 2011. године, Сомбор, Правни факултет за привреду и правосуђе Универзитета Привредна академија Нови Сад, година, стр. 313–238 .

²⁷ „Службени гласник РС”, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009.

²⁸ Слијепчевић Д., Правни положај запослених у стечајном поступку, Зборник радова *Нека актуелна иишања у процесу стечаја*, ИП „Глосаријум”, Београд, 2010. година, стр. 128. и 129.

ницама за накнаду неисплаћених зарада због незаконитог престанка радног односа. У суштини стечајни управник би могао да откаже већ отказане уговоре о раду, али с позивом на други отказни разлог, тј. на стечај као специјални отказни разлог.

И у судској пракси насталој у примени ранијих процесних закона, заузет је став о томе да законитост решења о престанку радног односа представља претходно питање у парници за утврђење оспореног потраживања зараде према стечајном дужнику. Према ставу праксе, у радно-правном спору за **поништење одлуке** органа управљања о **престанку радног односа**, након отварања стечаја над послодавцем по одредбама Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији, првостепени општински суд ће прекинути парнични поступак у складу са одредбом члана 214. тачка 5. Закона о парничном поступку („Службени гласник РС”, број 125/2004), а по стављању предлога за наставак поступка огласиће се ненадлежним и предмет уступити стечајном суду, по члану 97. став 2. Закона о стечајном поступку, а бивши запослени у стечајном поступку мора **пријавити** своје новчано потраживање на име неисплаћене зараде од датума неоснованог престанка радног односа код послодавца до датума отварања стечаја над послодавцем, како би након оспоравања тог потраживања од стране стечајног управника стекао услове да по члану 96. став 1. Закона о стечајном поступку тражи наставак прекинутог парничног поступка у радном спору, при чему се сада **одлука законитости решења** о престанку радног односа појављује као **претходно питање** у парници за утврђење оспореног потраживања према стечајном дужнику по **основу неисплаћене зараде** запосленом коме је одлуком послодавца престао радни однос против његове воље.²⁹

У описаној процесној ситуацији поставља се и питање **правног интереса** за тужбу за поништај одлуке о престанку радног односа у предузећу над којим је касније отворен поступак стечаја. У судској пракси постојање **правног интереса** за тужбу за **поништај решења о престанку радног односа** у предузећу над којим је, у међувремену, отворен поступак стечаја, оправдава се прејудицијелним значајем одлуке о том захтеву за одлуку о захтеву за накнаду неисплаћених зарада. Према ставу судске праксе, бивши радник има правни интерес за тужбу којом тражи **поништај одлуке послодавца** којом му је престао радни однос и

²⁹ Из пресуде Вишег трговинског суда Пж. 8279/05 од 16. октобра 2005. године, објављене у: Козар, В., *Коментар Закона о парничном поступку са судском праксом и рецезиром Ђојмова*, 2011. година, „Пословни биро” д.о.о., Београд, стр. 530–531.

када је над послодавцем након тога покренут (отворен) поступак стечаја, јер је пуноважност наведене одлуке **претходно питање** по захтеву за накнаду неисплаћених зарада за период удаљења са рада.³⁰

10. Пуномоћници

Питање пуномоћника регулисано је одредбама општег поступка, али има изузетан значај и у радним споровима, с обзиром на својство странака, и на значајне законске новине, па је потребно у овом раду указати на те одредбе.

10.1. Квалификовани пуномоћници

У Глави V – **Пуномоћници** посебну новину представља решење које се односи на пуномоћника странке. Према претходном закону у првостепеном поступку и поступку по жалби пуномоћник је могао бити свако пословно способно физичко лице. Новим законом се предвиђа да странке могу да предузимају радње у поступку **лично** или **преко пуномоћника**, који мора да буде **адвокат** (члан 85. став 1). На тај начин омогућава се доследно спровођење уставне одредбе, према којој правну помоћ може пружати само адвокатура. Решење из претходног Закона, којим је изједначен адвокат и свако друго лице које не мора да поседује правничко знање, пре свега је неприхватљиво са становишта адвокатуре, као професије, која подразумева вишеструку правну квалификацију: завршен правни факултет, одговарајућу праксу, правосудни и адвокатски испит, као и посебне критеријуме за пријем у адвокатуру, а такође није ни у складу са Уставом. Прихваћено ново решење гарантује дигнитет поступка и самог суда, као и правичну, закониту и ефикасну заштиту права странака, а у крајњој линији и економичност самог поступка.

Прописујући да пуномоћник физичког лица мора да буде **адвокат**, нови Закон о парничном поступку **не прави разлику** између **физичког лица** које се не бави пословном или другом комерцијалном делатношћу³¹ и **предузетника**, који је у члану 83. став 1. Закона о привредним

³⁰ Из решења Вишег трговинског суда Пж. 10613/05 од 5. априла 2006. године, објављеног у: Козар В., *Коментар Закона о парничном поступку са судском праксом и рецезијом Ђојмова*, 2011. година, „Пословни биро” д.о.о., Београд, стр. 531–532.

³¹ Такву дефиницију физичког лица које није предузетник користи нпр. Закон о заштити корисника финансијских услуга (*Службени гласник РС*, бр. 36/2011) у члану 2. тачка 9.

друштвима („Службени гласник РС”, бр. 36/2011) дефинисан као пословно способно физичко лице које обавља делатност у циљу остваривања прихода и које је као такво регистровано у складу са законом о регистрацији. То значи да пуномоћници свих физичких лица, без обзира на њихово својство, морају бити адвокати, како у првостепеном поступку, тако и у поступку по жалби или ванредним правним лековима.

10.2. Дипломирани правник са положеним правосудним испитом и „остали заслужници” правног лица

Изузетак је пуномоћник **правног лица**, који може бити **дипломирани правник са положеним правосудним испитом**, који је стално запослен у том правном лицу (члан 85. став 2). Према томе, правно лице у **првостепеном поступку и поступку по жалби** може заступати дипломирани правник са положеним правосудним испитом, који је стално запослен у том правном лицу. Наведено решење представља корак напред у односу на претходни Закон. Јер, допуштањем да нестручни пуномоћници заступају правна лица, претходни Закон о парничном поступку (*Службени гласник РС бр. 125/04*), није деградирао само степен заштите права парничне странке (што је ствар избора саме странке) већ је неминовно снижавао и општи ниво стручности расправљања пред судом, а тиме је био деградиран и сам процес, односно поступак који се водио пред судом, јер је суд био принуђен да у поступку комуницира и расправља са нестручним лицем.

Правна лица која имају пуномоћнике са неодговарајућим квалификацијама, проблем у заступању по новом закону могу решити тако што би постојећим пуномоћницима дала **својство заступника** у смислу члана 77. Законом о парничном поступку у коме је прописано да је заступник правног лица у парничном поступку, лице уписано у одговарајући регистар, а које је одређено посебним прописом, општим актом правног лица или одлуком суда. Потребно је да буду испуњена два кумулативна услова да би се неко лице сматрало заступником правног лица у парничном поступку и то: **1.** да је то **лице уписано у одговарајући регистар**, и **2.** да је то лице **одређено посебним прописом, општим и појединачним актом правног лица** или одлуком суда. Другим речима, досадашњи пуномоћници могли би се поред статутарних заступника са, по правилу, неограниченим овлашћењима (директора или председника управног, односно извршног одбора) уписати у Регистар привредних субјеката, као заступници са ограниченим овлашћењима, тј. са овлашћењем да заступају привредно друштво или друго правно лице само у суд-

ским поступцима. Потребно је да претходно буде испуњен и други кумулативни услов, а то је да се уговором о оснивању, статутом или другим општим актом предвиди функција таквог заступника и његова овлашћења, а затим да се појединачним актом – одлуком о именовану одређено лице именује на функцију заступника у судским поступцима. Наравно, ова лица могу бити уписана, поред директора или председника управног, односно извршног одбора, и као заступници са неограниченим овлашћењима, ако је тако предвиђено општим актом правног лица. Такве заступнике под називом „**Остали заступници**” предвиђа и Закон о привредним друштвима, прописујући у члану 32. да „осим законских заступника, заступници друштва у смислу овог закона су и лица која су **актом или одлуком надлежног органа** друштва овлашћена да заступају друштво и као таква **регистрована** у складу са законом о регистрацији. Штавише, Закон о привредним друштвима дозвољава могућност да друштво има и више од једног законског (статутарног) заступника, прописујући у члану 31. став 3. да „друштво мора имати **најмање једног** законског заступника који је физичко лице.”

У повезаним правним лицима постоји пракса да запослени у једном правном лицу као пуномоћници заступају и друга повезана правна лица, иако нису стално запослени у том другом правном лицу. Таква ситуација могла би се решити на описани начин, дакле да дипломирани правници са положеним правосудним испитом, који су стално запослени у једном повезаном правном лицу, добију **својство заступника** у другим повезаним правним лицима, тако што би се уписали у Регистар привредних субјеката, односно други одговарајући регистар правних лица, у смислу члана 77. Законом о парничном поступку и члана 32. Закон о привредним друштвима, под називом „**остали заступници**”.

Такође, истовремено ангажовање једног дипломираног правника са положеним правосудним испитом, на пословима заступања у више правних лица, може се извршити применом института „**радног односа са непуним радним временом**” из чл. 39. до 41. Закона о раду (*Службени гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009) с тим што се радни однос мора засновати **на неодређено** време (члан 39). Запослени који ради са непуним радним временом има сва права из радног односа сразмерно времену проведеном на раду, осим ако за поједина права законом, општим актом и уговором о раду није друкчије одређено (члан 40). Запослени који ради са непуним радним временом код једног послодавца може за остатак радног времена да заснује радни однос код другог послодавца и да на тај начин оствари пуно радно време (члан 41. Закона о раду). Законом о парничном поступку тражи се да дипломирани прав-

ник са положеним правосудним испитом, мора бити „стално запослен” у правном лицу чији је пуномоћник (члан 85. став 2), што одговара термину „радни однос на неодређено време” из члана 39. Закона о раду, али не прави разлику да ли је у питању радни однос са пуним или непуним радним временом

С друге стране, постоје мишљења да се наведени термини не могу изједначити, те да је Закон о парничном поступку употребио непостојећу правну категорију која се тиче радно-правног статуса заступника правног лица.

Правна лица која сада имају пуномоћнике дипломиране правнике, али **без положеног правосудног испита**, у периоду док та лица не положе правосудни испит, континуитет и законитост у заступању у првостепену поступку могу обезбедити тако што би њихови садашњи пуномоћници привремено променили радно-правни статус и запослили се као **адвокатски приправници** у одговарајућој адвокатског канцеларији, односно код адвоката, коме би правно лице издало **пуномоћје** за заступање, са изричитим овлашћењем да адвоката **замењује** адвокатски приправник који је код њега запослен, сагласно члану 88. став 3. Законом о парничном поступку. **Изузетак је поступак по правним лековима** у коме нови Закон не дозвољава да адвоката замењује адвокатски приправник.

10.3. Постулациона неспособност и заступање у поступку по ванредним правним лековима

Нови Закон прописује да странку **мора да заступа адвокат** у поступку по **ванредним правним лековима**, изузев ако је сама адвокат (члан 85. став 3), што значи да су у поступку по ревизији или по предлогу за понављање поступка странке **постулационо неспособне**. Ово правило односи се и на **правна лица**, јер у поступку по ванредним правним лековима **не важи изузетак** из члана 85. став 2. тј. да пуномоћник правног лица може бити и дипломирани правник са положеним правосудним испитом, који је стално запослен у том правном лицу

Дакле, у поступку по ванредним правним лековима **обавезно је адвокатско заступање** од стране квалификованог стручног лица – адвоката, због потребе правосудја и адвокатури за ефикаснијим и стручнијим радом, што значи да **странке не могу лично** предузимати радње у поступку по **ванредним правним лековима** (јер су постулационо неспособне), а ни преко стално запослених пуномоћника – дипломираних правника са положеним правосудним испитом.

Нови Закон, наведеним одредбама, **подиже степен стручности** заступања у првостепенем поступку и поступку по жалби, како за физичка, тако и за правна лица, а задржава решења из претходног Закона у погледу заступања по ванредним правним лековима.

Постулациона способност јесте способност парнично способне странке да сама, лично и непосредно, дакле без пуномоћника, предузима парничне радње.³² Другим речима, парнично способна странка има и постулациону способност ако сопственим изражајним средствима, дакле **без ичије помоћи или посредовања**, може предузимати радње у поступку.³³ Међутим, нови Закон наведеним одредбама предвиђа **постулациону неспособност** у поступку по **ванредним правним лековима** (ревизија и предлог за понављање поступка), јер и парнично способна странка ове правне лекове не може предузети без посредства адвоката. Прописано је обавезно заступање од стране адвоката (обавезно адвокатско заступање). У правној теорији истиче се да постулациона неспособност омогућава несметан и ефикасан рад судова и елиминише могућност да се пред судом појављују неуке и праву невичне странке, с тим што је понекад предвиђена и да би се заштитила и сама странка, а понекад и сама адвокатска професија.³⁴

Закључак

У парницама из радних односа прописана је сходна примена правила из општег парничног поступка, дакле са највећим степеном одступања, што значи прилагођавањем општих норми посебним правилима, суштини и циљу овог посебног поступка.

У парницама из радних односа поступак у првом степену суди **судија појединац**, што је у складу са опредељењем законодавца у корист инокосног суђења.

Могућност одређивања привремених мера **по службеној дужности** у поступку у парницама из радних односа, представља оправдани изузетак од начела заштите на приватни захтев, карактеристичног за грађанско право.

Парициони рок износи осам дана, док за **жалбу важи општи законски рок** од 15 дана, што значи да у новом Закону ови рокови нису усклађени.

³² Станковић Г., *Грађанско процесно право*, III измењено и допуњено издање, Студентски културни центар, Ниш, 1996. година, страна 222.

³³ Познић Б., наведено дело, страна 129.

³⁴ Станковић Г., наведено дело, страна 223.

Новину представља одлучивање на основу утврђеног чињеничног стања у случају изостанка туженог са рочишта за главну расправу, односно могућност доношења „пресуде на основу до тада утврђеног чињеничног стања”. Ово правило Закон није довољно разрадио, али је јасно да суд у случају изостанка туженог са рочишта за главну расправу мора да одржи рочиште и донесе мериторну одлуку – пресуду, чиме се постиже значајно убрзање поступка.

Када су у питању спорови о **радно-правном статусу** (о заснивању, постојању и престанку радног односа), **ревизија је увек дозвољена**, дакле без обзира на вредност предмета спора означеног у тужби. Зато се **тужба** у којој није означена вредност предмета спора, а тужбени захтев се односи на заснивање, постојање или престанак радног односа, **не може одбацити** применом одредбе из члана 192. став 3. а у вези члана 101, јер право на изјављивање ревизије зависи од вредности предмета спора.

И у радном спору, који није статусне природе, нпр. за исплату зараде, дозвољена је „**посебна ревизија**” по оцени Апелационог суда, односно Врховног касационог суда, иако није испуњен цензус, ако је по оцени Апелационог суда, односно Врховног касационог суда потребно да се размотре правна питања од општег интереса или правна питања у интересу равноправности грађана, ради уједначавања судске праксе, као и ако је потребно ново тумачење права.

Новим Законом је искључена примене правила поступка о споровима мале вредности у споровима из радних односа, без обзира на врсту тужбеног захтева.

Судска заштита у радним споровима остварује се пред судовима опште надлежности у **парничном поступку** као општем поступку за заштиту повређених или угрожених грађанских субјективних права. У одређеним ситуацијама права из радног односа, пре свега новчана, остварују се и пријавом потраживања у **стечајном поступку**, као и у парницама о оспореном потраживању у којима важе специјална правила, пре свега, која се тичу атракције стварне надлежности у корист привредног суда, упута на парницу и других посебних процесних претпоставки за допуштено тужбе против стечајног дужника или дозвољеност предлога за наставак парничног поступка, који је био прекинут услед наступања правних последица стечаја.

Нови Закон је одредио **домен примене посебних правила поступка у привредним споровима** тако што је прописао да се одредбе ове главе примењују у свим споровима у којима **суде привредни судови** у

складу са Законом којим се уређује стварна надлежност судова (привредни спор), ако за поједине спорове није прописана **друга врста поступка**, као што су нпр. **радни спорови поводом стечаја и ликвидације**. Дакле, у радним споровима које суди Привредни суд, неће се примењивати посебна правила поступка у привредним споровима, већ одредбе посебног поступка у парницама из радних односа, што укључује специфичне институте као што су нпр. „пресуда на основу утврђеног чињеничног стања” у случају изостанка туженог са рочишта за главну расправу из члана 440. став 2.

Уколико је потраживање повериоца оспорено, поверилац се **упућује на парницу** ради утврђивања потраживања коју може да покрене у року од **осам дана** од дана пријема закључка о листи оспорених потраживања, односно од дана истека рока за медијацију. Рок за подношење тужбе ради утврђивања оспореног потраживања из члана 117. став 1. Закона о стечају **преклузиван** је, а његово пропуштање има за последицу **одбацивање** неблаговремене тужбе.

Упућивање на парницу представља упућивање на покретање поступка ако раније такав поступак није покренут и представља посебну процесну претпоставку за допуштеност тужбе против стечајног дужника за утврђење оспореног потраживања, а ако је такав поступак покренут, а није окончан, већ је у прекиду, тада упут стечајног већа представља **процесну претпоставку** за **наставак** прекинутог парничног поступка на предлог повериоца.

Отварањем стечајног поступка не долази до аутоматског престанка радног односа *ex lege*, већ је отварање стечајног поступка посебан **разлог** за **отказ уговора о раду**.

Законитост одлуке о престанку радног односа представља претходно питање у парници за утврђење оспореног потраживања зараде према стечајном дужнику, а бивши радник има правни интерес за тужбу којом тражи **поништај одлуке послодавца** којом му је престао радни однос и када је над послодавцем након тога покренут (отворен) поступак стечаја, јер је пуноважност наведене одлуке **претходно питање** по захтеву за накнаду неисплаћених зарада за период удаљења са рада.

Странке могу да предузимају радње у поступку **лично** или **преко пуномоћника**, који мора да буде **адвокат**. Изузетак је пуномоћник **правног лица**, који може бити **дипломирани правник** са **положеним правосудним испитом**, који је стално запослен у том правном лицу. Закон је на овај начин у наш правни систем увео *квалификоване пуномоћнике*.

У поступку по ванредним правним лековима **обавезно** је **адвокатско заступање** од стране квалификованог стручног лица – адвоката. Нови закон прописује да странку **мора да заступа адвокат** у поступку по **ванредним правним лековима**, изузев ако је сама адвокат, што значи да су у поступку по ревизији или по предлогу за понављање поступка, странке **постулационо неспособне**. Ово правило односи се и на **правна лица**, јер у поступку по ванредним правним лековима **не важи изузетак** да пуномоћник правног лица може бити и дипломирани правник са положеним правосудним испитом, који је стално запослен у том правном лицу.

UDK BROJEVI: 347.56:614.25 ;
347.513

Самир Манић

Асистент Државног универзитета у Новом Пазару
Департман за право

Апсолвент докторских студија Правног Факултета Универзитета у Нишу
E-mail: manicsamir@hotmail.com; smanic@np.ac.rs;

НОВЧАНА НАКНАДА НЕМАТЕРИЈАЛНЕ ШТЕТЕ ЗА ДУШЕВНЕ БОЛОВЕ ЗБОГ НАРУЖЕНОСТИ

Сажетак

У овом раду детаљно је истражен, анализиран и изложен проблем новчане накнаде нематеријалне штете за душевне болове који су проузроковани наружењем (конкретно: сам појам наружености, одређивање накнаде за овај облик нематеријалне штете и могућност санације наружености пластичном хирургијом). Анализиране су и изложене одредбе правилника које су Владе и Врховни судови бивших југословенских република донели у циљу уједначавања судске праксе по питању правилног утврђивања висине новчане накнаде нематеријалне штете.

Кључне речи: нематеријална штета, наруженост, новчана накнада.

Уводна разматрања

У праву, реч штета означава материјалну и нематеријалну штету. Појам материјалне штете не задаје проблем приликом његовог одређивања, међутим то се исто не може констатовати за појам нематеријалне штете.

Према субјективном концепту накнаде нематеријалне штете под нематеријалном штетом се подразумева наношење другог физичког или психичког бола или страха.¹ На овај начин и наш Закон о облигационим односима (у даљем тексту: ЗОО)² у чл. 155. дефинише нематеријалну штету. ЗОО не сматра за нематеријалну штету умањење животне активности, унакаженост, повреду угледа, части, слободе или права личности, већ новчану накнаду предвиђа за претрпљене душевне болове због умањења животне активности, наружености, повреде угледа, части, слободе или права личности, смрти блиског лица.³ Нематеријалну штету не представља телесна повреда или оштећење здравља, већ физичка бол која се доживи као последица телесне повреде или оштећења здравља. Због тога основ накнаде нематеријалне штете не представља сама повреда физичког или психичког интегритета физичког лица, већ последице које су из тога настале и манифестовале се кроз душевне болове, физичке болове и страх, односно кроз нарушавање емоционалне равнотеже личности. Произлази закључак да није релевантна повреда личног добра, већ саме последице које су њоме изазване.⁴ Односно, за квалификацију нематеријалне штете није битна природа објекта на којем је штетна радња непосредно извршена, нематеријална штета је чисто субјективна, на плану наших осећања.⁵

Према објективном концепту накнаде нематеријалне штете штету чини већ сама повреда права личности.⁶ Нови хрватски Закон о обвезним односима (у даљем тексту: ЗООХ),⁷ прихватајући објективну концепцију нематеријалне штете, наводи да је штета: умањење нечије имовине (обична штета), спречавање њеног повећања (измакла корист) и повреда права личности (неимовинска штета).⁸ Објективну концепцију

¹ О. Станковић, *Накнада штете*, Номос, Београд, 1998. година, стр. 26.

² Закон о облигационим односима – ЗОО, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/ 2003 – Уставна повеља.

³ О. Станковић, *Накнада штете (имовинске и неимовинске) према Закону о облигационим односима*, *Анали Правног факултета у Београду* 3–5/78, стр. 491.

⁴ О. Станковић (1998), *op. cit.*, стр. 27.

⁵ *Ibid.*

⁶ И. Црнић, *Поведа права особности на душевно здравље*, *Право у господарству* 1/2011, стр. 153.

⁷ Закон о обавезним односима Републике Хрватске – ЗООХ, *Народне новине*, бр. 35/2005.

⁸ Чл. 1046 ЗООХ; у ЗООХ нису садржајно измењени чл. 157. ЗОО (сада је то чл. 1048. ЗООХ) и чл. 199. ЗОО (сада је то чл. 1099. ЗООХ). Остало је измењено, а унете су и неке нове одредбе: ст. 1. чл. 346. ЗООХ (накнада неимовинске штете због повреде

нематеријалне штете ЗООХ карактерише и предметна неограниченост, што значи да права личности нису дословце набројана, те да поред наведених права личности у оквирима закона, може бити и других права личности, зависно од креативности судске праксе.⁹ Такође, персонална неограниченост је још један атрибут ове концепције, јер право на накнаду нематеријалне штете због повреде права личности имају и физичка и правна лица.¹⁰

Ако се анализирају одредбе ЗОО о накнади нематеријалне штете (чл. 199–205) може се закључити да су предвиђена два облика накнаде: објављивање пресуде или исправке за случај повреде личних права и новчана накнада, с тим што новчану накнаду ЗОО искључиво везује за

уговора) и ст. 3. чл. 1100. ЗООХ (право правних лица на новчану накнаду неимовинске штете). Нов је и појам неимовинске штете: то је повреда права личности. Ст. 1. ранијег чл. 200. ЗОО битно је измењен, јер се сада више не наводе болови и остало као основ права на накнаду него се наводи „повреда права личности”. Физички болови, душевни болови и страх нису, према ЗООХ, самостални облик повреде права личности, то су само чињенице које заједно са другим чињеницама и околностима сваког конкретног случаја утичу на оцену суда да је право личности повређено у довољној мери да због тога оштећени има право на правичну новчану накнаду. Једна од значајних новина је и одредба из чл. 1103. ЗООХ да обавеза правичне накнаде доспева даном подношења писменог захтева или тужбе (осим ако је штета настала након тога). То ће помоћи и бржем решавању парница, јер тужени није стимулисан на одуговлачење поступка. Једном противправном радњом могуће је истовремено повредити више права личности, па се као последица тога јавља могућност кумулације повреда права личности, односно кумулација накнада штете. Закон више не употребљава израз „нематеријална” него „неимовинска” штета. Сама измена назива (неимовинска уместо нематеријална штета) није одлучујућа, осим што се тиме избегава *contradictio in adiecto* која се приписивала појму нематеријалне штете, али је ново схватање нематеријалне штете доиста велика промена. ЗООХ је тиме прихватио ставове правне науке у овоме подручју.

⁹ И. Црнић (2011), *op. cit.*, стр. 153; Ј. Брежански, *Осигурање од аутомобилске одговорности – право на накнаду штете*, Билтен ХУО-а 68/2006, стр. 9, наведено према: М. Ђурковић, *Накнада нематеријалне штете у неким европским земљама*, Парнични и извршни поступак, накнада штете и осигурање (ур. З. Петровић), Будва 2006, стр. 241.

¹⁰ Више о праву правних лица на накнаду нематеријалне штете: М. Баретић, *Појам и функције неимовинске штете према новом Закону о обвезним односима*, Зборник Правног факултета у Загребу 2006, стр. 472–473; М. Врховшек – В. Козар, *Нематеријална штета збој нарушавања улога јавној лица*, Бранич 1–2/2010, стр. 85 и даље; А. Алисхани, *Нематеријална штета и њена накнада збој повреде јавној личности*, Правни живот 11/2007, стр. 881 и даље; В. Марковић, *Нематеријална штета јавној лица : Пословни улог – лично јавно коме треба установити заштити*, Правни живот 11/2008, стр. 657 и даље; В. Козар, *Врсте штете збој повреде јавној лица и нелегалне конкуренције*, Право и привреда 5–8/2000, стр. 669 и даље; У том контексту се изјашњава и Преднарт нашег Грађанског законика из 2009. год, књига друга, чл. 226, <http://www.mpravde.gov.rs/images/II%20knjiga.pdf> (датум приступа 13. 11. 2011. године).

претрпљене физичке и душевне болове и страх.¹¹ Оштећени не сме да добије тако малу новчану накнаду која би за њега представљала увреду, али ни тако високу накнаду која би представљала експлоатацију, комерцијализацију, злоупотребу права, остваривање лукративних циљева, неосновано обогаћење.¹²

Оно што струку највише мучи може се сажети кроз питање: како постићи главну сврху (идеал) накнаде штете – штета једнако накнада, односно како применити принцип еквиваленције на нешто што нема новчану вредност? Основни проблем, који се јавио у судској пракси, после доношења ЗОО, јесте изналажење адекватних критеријума, односно механизма или мерила на основу којих би се процењивала „правична новчана накнада” коју предвиђа чл. 200. ЗОО. Увидом у судску праксу може се извести закључак да су разлике у досуђивању новчане накнаде нематеријалне штете, између судова, толике да представљају забрињавајућу околност.¹³ На теоријском пољу главне расправе воде се о њеној правно-етичкој природи и оправданости, док на практичном пољу акценат се ставља на расправу о немогућности објективног установљавања висине саме штете, о немогућности утврђивања одговарајуће накнаде за такву штету, о кругу лица која на њу имају право.¹⁴

У циљу што уједначеније судске праксе по питању новчане накнаде нематеријалне штете Влада Републике Србије је на основу чл. 26. ст. 2. Закона о обавезном осигурању у саобраћају¹⁵ донела Уредбу о накнади штете на лицима (у даљем тексту: Уредба).¹⁶ Ако пођемо од чињенице да се нематеријална штета не мења у зависности од околности у којима

¹¹ С. Крнета, *Новчана накнада нематеријалне штете због повреде ауторској права*, Годишњак Правног факултета у Сарајеву 1981, стр. 83; М. Николић, *Душевни болови и накнада штете*, Правни живот 10/2000, стр. 533; З. Петровић, *Накнада нематеријалне штете по Закону о облигационим односима и предлози за измену*, ПРАВО – теорија и пракса 5–6/2002, стр. 24; П. Трифуновић, *Правична новчана накнада нематеријалне штете*, Накнада штете и уговор о осигурању (ур. А. К. Филиповић, А. Радованов), Нови Сад 2004, стр. 125.

¹² П. Трифуновић, *Накнада неимовинске штете због смрти блиској лица*, Правни живот 10/1998, стр. 896.

¹³ З. Петровић (2002), *op. cit.*, стр. 23; Н. Пешић, *Одмеравање новчане накнаде нематеријалне штете за телесну повреду*, Правни живот 9–10/1992, стр. 1483.

¹⁴ Б. Матијевић, *Институцијски накнаде нематеријалне штете*, http://www.pravnada.toteka.hr/pdf/institut_naknade_nematerijalne_stete.pdf (датум приступа: 01. 11. 2011. године), стр. 1.

¹⁵ Закон о обавезном осигурању у саобраћају, *Сл. гласник РС*, 51/09.

¹⁶ Уредба Владе Републике Србије о накнади штете на лицима (Уредба), *Сл. гласник РС*, 34/2010.

је она проузрокована (физички бол је физички бол без обзира на начин на који се наноси, душевна патња за умрлим лицем је истог карактера без обзира на то да ли је умрли страдао у саобраћајној несрећи или на неки други начин итд.) ова Уредба се може примењивати и на оне случајеве утврђивања висине новчане накнаде нематеријалне штете који нису последица саобраћајне незгоде.

Душевни бол је патња оштећеног лица због нарушавања телесног интегритета, здравља, изгледа, угледа, части, слободе и права личности као и због смрти и тешког инвалидитета блиског лица.¹⁷

У овом раду детаљно ћемо истражити, анализирати и изложити проблем новчане накнаде нематеријалне штете за душевне болове који су проузроковани услед наружености (где ћемо анализирати сам појам наружености, одређивање накнаде за овај облик нематеријалне штете и могућност санације наружености пластичном хирургијом).

1. Појам наружености

Душевни болови због наружености представљају посебну врсту штете која настаје због видљивих промена на телу оштећеног које се карактеришу као наруженост. Наруженост као вид нематеријалне штете манифестује се у потпуном или делимичном губитку екстремитета, наружењу естетског изгледа или наружењу неког дела тела.¹⁸ У одлуци Врховног суда Србије Рев. 2005/06 од 28. 06. 2007. године, између осталог, стоји: „Промена фризуре као последица фарбања косе у фризерском салону тужене (а и то привремено), не представља такву промену естетског изгледа која би се могла квалификовати као наруженост. Субјективна представа оштећеног лица о сопственом изгледу не може насталу промену учинити објективном категоријом какву представља наруженост, као за-

¹⁷ А. Радоловић, *Право особности у новом Закону о обвезним односима*, Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци 1/2006, стр. 154: У ст. 1. чл. 200. ЗО користи се везник „или”. Формулација долази иза почетка реченице у којој се набраја да се новчана накнада за претрпљену нематеријалну штету даје само у тачно одређеним случајевима (болови, душевни болови због умањења животне активности, наружености, повреде угледа, части, слободе...), на основу тога добија се утисак да су наведене вредности једно, а права личности друго (дели их раставни везник „или”). Требало је користити саставни везник „и” због саме чињенице да су све те вредности права личности, те је требало формулисати да се накнада даје и за повреду свих других права личности; С. Крнега, *op. cit.*, стр. 83; П. Трифуновић (2004), *op. cit.*, стр. 124.

¹⁸ N. Pešić, *Naknada nematerijalne štete*, Ugovorno i odštetno pravo po Zakonu o obligacionim odnosima (ur. M. Petrović), Beograd 1979, стр. 451; З. Петровић, *Накнада нематеријалне штете због повреде права личности*, Београд, 1996. година, стр. 102.

штићено добро у смислу чл. 200. ЗОО.¹⁹ Као и код умањења животне активности, и код наружености штета у грађанскоправном смислу није сама наруженост као таква, већ су то душевни болови које повређени трпи услед наружености. Међутим душевне патње због наружености су релевантне за досуђење правичне новчане накнаде само ако је реч о последици која је трајније природе, већег степена и која изазива душевни бол код оштећеног лица.²⁰ Есенцијална питања код овог облика нематеријалне штете јесу питања да ли оштећени трпи душевне болове због наружености,²¹ у којој мери, и какав је утицај тог трпљења на психички живот оштећеног.²² Основу за досуђивање накнаде за наружење не чине само врло тешки телесни деформитети који изазивају осећај сажаљења и одбојности, већ за досуђивање накнаде довољно је да су деформитети такви да би се већина људи због њих осећала нелагодно пред другим људима који тај недостатак немају. Дакле, основу за накнаду нематеријалне штете може чинити наруженост лаког степена уколико се због тога трпе душевни болови. Тако у одлуци Општинског суда у Ужицу П–327/04 од 17. 10. 2005. године, између осталог, се наводи: „Тужиља има ожиљак на усни, по налазу и мишљењу вештака хирурга ради се о наружености лаког степена, а по налазу и мишљењу вештака психијатра трпи душевне болове због наружености, тада тужиља има право на накнаду нематеријалне штете због претрпљених душевних болова, а због наружености, сходно чл. 200. ЗОО.”²³

Наружење, дакле, представља вид нематеријалне штете због које ће се психички болови трпети у будућности, и то када се ради о млађим особама, у већој мери него приликом одлучивања о тужбеном захтеву. Реч је о будућој нематеријалној штети, која се јавља у оба облика будуће штете, у облику продужене будуће штете и нове будуће штете.²⁴

¹⁹ Наведено према: Д. Медић, Х. Тајић, *Нематеријална штета*, Привредна штампа, Сарајево – Бањалука, 2008. година, стр. 144.

²⁰ Н. Пешић (1992), *op. cit.*, стр. 1488; З. Петровић (1996), *op. cit.*, стр. 104; А. Радованов, *Одмеравање висине правичне накнаде нематеријалне штете*, ПРАВО – теорија и пракса 5–6/2002, стр. 39.

²¹ Супротан став заузет је у одлуци Округног суд у Чачку, број: Гж – 274/04 од 11. 03. 2004. године. „Да би тужилац остварио право на новчану накнаду нематеријалне штете због наружености, а применом чл. 200, није потребно да трпи истовремено и психичке болове,” наведено према: Избор судске праксе, бр. 2005/6, одл. бр. 64.

²² А. Радованов (2002), *op. cit.*, стр. 39; З. Петровић (1996), *op. cit.*, стр. 104.

²³ Судска пракса бр. 6/2006, стр. 24.

²⁴ В. Вучковић, *Накнада будуће нематеријалне штете*, Правни живот 9–10/1992, стр. 1534: Нова будућа штета (када се ради о психичким боловима који ће тек настати са зрелошћу човека).

Ако наруженост има за последицу да оштећени уз појачане напоре или у ограниченом обиму обавља одређене активности, па због тога трпи душевне болове, у том случају се наруженост може узимати у обзир како при одмеравању нематеријалне штете због наружености тако и при одмеравању нематеријалне штете због умањења животне активности.²⁵

2. Одређивање накнаде

Право на накнаду нематеријалне штете због наружености припада само лицу на чијем је телу услед задобијених повреда дошло до изразитих деформација.²⁶ Одлуком Округног суда у Чачку Гж. 2015/07 од 26. 12. 2007. године, наводи се да: „Правилно је првостепени суд пресудом одбио тужбени захтев тужиоца за накнаду нематеријалне штете због естетског наружења сходно чл. 200. ЗОО, када је тужилац задобио повреду носа у виду благог испупчења површине пет милиметара, јер се ради о естетском наружењу благог облика које не изазива згражавање околине, па ни код тужиоца не изазива посебне душевне патње и болове.”²⁷ Висина накнаде зависи од низа околности, објективне (измена спољашњости оштећеног, приметност односно видљивост оштећења, обим и могућност покривања, ранији физички изглед, брачно стање, могућност медицинског отклањања наружења и способности оштећеног да се подвргне таквом захвату, професија којом се бави оштећени, старост²⁸ и пол оштећеног итд.)²⁹ и субјективне природе (утицај објективних околности на психичку равнотежу оштећеног), које могу бити од утицаја да душевни болови буду већи или мањи.³⁰ „Основ за признање новчане накнаде за наруженост није само у томе да ли и у којој мери измењена спољашњост оштећеног изазива у околини гађење, сажаљење, или друге негативне реакције, већ се узимају у обзир и субјективна мерила о утицају свих елемената на психичку равнотежу оштећеног, односно на

²⁵ Одлука Врховног суда Републике Словеније, број: Ипс – 368/94, од 17. 01. 1996. године, наведено према: Д. Медић, Х. Тајић, *op. cit.*, стр. 139.

²⁶ Правни став Кантоналног суда у Сарајеву, Билтен судске праксе Кантоналног суда у Сарајеву, бр. 2000/3, 23.

²⁷ Судска пракса бр. 2–3/2008, стр. 26.

²⁸ Одлука Вишег суда у Љубљани, број: Сп – 280/80. Судска пракса, бр. 1983/2, 72: На висину накнаде утиче и старост оштећеника тако да се при наружењу код млађих особа признаје већа накнада штете него иначе.

²⁹ П. Трифуновић (2004), *op. cit.*, стр. 127–128.

³⁰ Округни суд у Крагујевцу, број: Гж. – 412/96 од 11. 04. 1996. године; Н. Пешић (1992), *op. cit.*, стр. 1488.

његово психичко стање у целини. При томе се субјективне особине оштећеног узимају у обзир у разумној мери.”³¹

Према Уредби, релевантан је само душевни бол због наружености који се изражава у трајном субјективном осећању, односно патњи коју трпи оштећени, због насталих промена услед повређивања које се изражавају у томе што му је измењен лик који се не може побољшати било каквим медицинским третманима, промењено држање тела (искривљеност, парализа одређених делова тела, скраћење или губитак појединих делова тела), које није могуће отклонити и које је видљиво, промене на телу које су видљиве у одређеним приликама (на плажи, при бављењу спортским активностима и у другим ситуацијама у којима оштећени излаже повређене делове тела погледима присутних што изазива појачано интересовање, згражавање или сажаљење истих).

Накнада се одређује према интензитету наружености, који је стратификован на нарочито велики, велики, средњи и лаки степен, тако оштећеном припада за: нарочито велико наружење – до 3.000 €; велику наруженост – до 2.000 €; средњу наруженост – до 1.000 € и лаку наруженост – до 500 €. ³²

³¹ Закључак са Саветовања грађанских и грађанско-правних одељења Савезног суда, врховних судова република и аутономних покрајина и Врховног војног суда од 15. и 16. 10. 1986. год. у Љубљани, наведено према: С. Андрејевић, Љ. Милутиновић, З. Петровић, *Нематеријална штета*, Библиотека Правни информатор, Београд, 2007. година, стр. 23; М. Дедијер, *Нематеријална штета и њена накнада*, Правни живот 11–12/1994, стр. 1843; Н. Пешић (1992), *op. cit.*, стр. 1488.

³² У Хрватској на седници Грађанског одељења Врховног суда Републике Хрватске одржаној дана 29. новембра 2002. године разматрани су и прихваћени Оријентациони критеријуми и износи за утврђивање висине правичне новчане накнаде нематеријалне штете (*Критеријуми*): Према Критеријумима висина накнаде за наруженост зависиће, најпре, од степена наружености и уочљивости наружености од стране трећих лица. На основу ових критеријума формиране су таблице накнаде, тако: код јаког степена наружености оштећени ће добити око 5.000 € за веома уочљиву наруженост, док за наруженост која је само понекад уочљива трећим лицима добиће накнаду у износу око 3.000 €; код средњег степена наружености за веома уочљиву наруженост оштећеном припада накнада у износу око 3.000 €, а за наруженост која је само понекад уочљива трећим лицима накнаду у износу око 1.500 €; код лаког степена наружености за веома уочљиву наруженост оштећеном припада око 700 € на име накнаде, а за слабо уочљиву наруженост око 350 € на име накнаде; У БиХ на седници Грађанског одељења Врховног суда Федерације БиХ одржаној дана 20. 02. 2006. године разматрани су и прихваћени: Оријентациони критеријуми и износи за утврђивање висине правичне новчане накнаде нематеријалне штете (*Оријентациони критеријуми*): Према Оријентационим критеријумима висина накнаде за наруженост зависи од истих критеријума који су предвиђени у Критеријумима ВС Републике Хрватске, односно од степена наружености и уочљивости наружености од стране трећих лица. На основу ових критеријума

3. Могућност санације наружења пластичном хирургијом

Поставља се питање како досуђивати накнаду овог вида штете у ситуацији кад се наружење може отклонити хируршком интервенцијом. У вези са овим питањем могао би се применити закључак са Саветовања грађанских и грађанско-привредних одељења Савезног суда, врховних судова република и Врховног војног суда од 15. и 16. X 1986. године, где се каже: „Неће се сматрати да је оштећени својим понашањем допринео повећању штете, односно да је спречио њено умањење, само због тога што је одбио да се подвргне одређеним медицинским захватима, уколико се не ради о лечењу којем би се сваки човек по редовном току ствари подвргао без ризика од штетних последица самог лечења.”³³

Оштећеном који се због тешког степена наружености подвргне пластичној интервенцији припада право на накнаду издатака учињених за овај конкретни хируршки захват, као посебан облик материјалне штете који се не може урачунати у припадајући износ новчане сатисфакције због наружености.³⁴ Ако би се наруженост могла потпуно отклонити пла-

формиране су таблице накнаде, које су еквивалентне онима из Критеријума тако: код јаког степена наружености оштећени ће добити око 10.000,00 КМ за веома уочљиву наруженост, док за наруженост која је само понекад уочљива трећим лицима добиће накнаду у износу око 6.000,00 КМ; код средњег степена наружености за веома уочљиву наруженост оштећеном припада накнада у износу око 6.000,00 КМ, а за наруженост која је само понекад уочљива трећим лицима накнаду у износу око 3.000,00 КМ; код лаког степена наружености за веома уочљиву наруженост оштећеном припада око 1.500,00 КМ на име накнаде, а за слабо уочљиву наруженост око 700,00 КМ на име накнаде; У Црној Гори је донет Правилник о јединственим критеријумима за утврђивање накнаде нематеријалне и неких видова материјалне штете (*Правилник*), *Сл. листу ЦГ*, бр. 35/2009 од 3. 6. 2009. год: Према Правилнику висина накнаде утврђује се на основу обима наружености, а зависно од пола и старости повређеног, на следећи начин: 1) за душевне болове због наружености јаког степена, уз уочљиву измену лика односно положаја тела – 30% од накнаде која се даје лицу на име душевних болова због умањења општих животних активности, али не више од 8.100 €; 2) за душевне болове због наружености средњег степена, уз одређену промену лика односно држања тела које није тако уочљиво – 20% од накнаде која се даје лицу за душевне болове због умањења опште животне активности, али не више од 4.050 €; 3) за душевне болове због наружености лакшег степена без уочљиве измене лика, односно положаја тела – 15% од накнаде која се даје за душевне болове лицу због умањења опште животне активности, али не више од 2.000 €; 4) за душевне болове због наружености незнатног степена, где се не уочавају промене, осим у посебним приликама и где нема последица повређивања – од 300 до 900 €, зависно од сваког појединачног случаја.

³³ Наведено према: С. Андрејевић, Љ. Милутиновић, З. Петровић, *op. cit.*, стр. 43.

³⁴ Пресуда Општинског суда у Мостару П. Бр. 1355/80 од 17. 06. 1981. године, наведено према: З. Петровић, Н. Мрвић-Петровић, *Накнада нематеријалне штете због телесне повреде или смрти лица*, Накнада нематеријалне штете (ур. З. Петровић, Н. Мрвић- Петровић), Београд 2009, стр. 50.

стичном операцијом, а оштећени се не подвргне истој, у тој ситуацији захтев оштећеног за накнаду штете треба одбити или прихватити у зависности од тога да ли конкретни хируршки захват има повећани ризик за здравље оштећеног. Међутим, ако се оштећени подвргне пластичној операцији, којом је у потпуности отклоњена наруженост, у том случају ће имати право на накнаду материјалне штете за учињени захват и евентуално право на накнаду нематеријалне штете због претрпљених физичких болова.³⁵ Нема сметњи да, када је у питању наруженост која се може отклонити хируршком интервенцијом, суд досуди новчану накнаду у облику привремене ренте ако хируршком захвату предстоји дуже лечење, а неизвесно је када ће доћи до хируршке интервенције.³⁶

Закључак

Посматрано са тачке ЗОО, што се тиче критеријума и начина за утврђивање нематеријалне штете који су предвиђени Уредбом, то су они исти критеријуми и начини које су судови, при примени ЗОО, развили у судској пракси од доношења ЗОО па до данас. Суд при одлучивању о захтеву за накнаду нематеријалне штете, која није проузрокована у саобраћајној несрећи, на основу чл. 200. ЗОО није везан овом Уредбом, али она свакако може да послужи као добар оријентир при одлучивању, и у великој мери утицати на усклађивање судске праксе по питању правичне новчане накнаде нематеријалне штете. Међутим, оно што се да приметити, а везано за износе накнада, јесте чињеница да су износи предвиђени Уредбом мањи од износа које слични акти у суседним земљама предвиђају, а далеко мањи од износа које европски судови досуђују по основу накнаде нематеријалне штете. Може се оправдано поставити питање да ли су наши физички болови, душевни болови, страхови мањег значаја од истих болова и страхова становника Хрватске, или пак Француске, Немачке, Мађарске. То се, на неки начин, може правдати животним стандардом, али свакако да он није квалитетно оправдање. Затим, износи накнада се предвиђају на тај начин да се лимитира њихова горња граница, као да се уједначавање судске праксе није могло постићи предвиђањем минималних износа накнада са једне стране, а остаљајући судовима дискреционо овлашћење да сами утврде колика ће

³⁵ З. Петровић, Н. Мрвић-Петровић, *op. cit.*, стр. 50.

³⁶ Пресуда Врховног суда Србије Рев. Бр. 1344/83, наведено према: Е. Дурутовић, *Накнада нематеријалне штете у облику ренте*, Накнада нематеријалне штете (ур. З. Петровић, Н. Мрвић Петровић), Београд 2009, стр. 201.

бити горња граница тих износа, са друге стране. Све ово алудира на чињеницу да је ова Уредба писана под утицајем власника крупног капитала, пре свега, осигуравајућих компанија.

Money Compensation for Emotional Distress due to Deficiency

Summary

In this paper, an issue of money compensation for non-pecuniary damage for emotional distress caused by deficiency (in concrete: the term of deficiency itself, determination of compensation for this form of damage and a possibility of deficiency recovery by a plastic surgery operation) have been researched, analyzed and exposed in details. The provisions of the Regulation brought by the Government and Supreme Courts of the ex-Yugoslav republics regarding court practice in the issue of a regular determination of a fee for non-pecuniary money compensation have also been analyzed and exposed. *Key words:* non-pecuniary damage, deficiency, money compensation.

Литература

Алисхани, Алајдин: „Нематеријална штета и њена накнада због повреде права личности,” *Правни живот* 11/2007, 881–899.

Андрејевић, Снежана, Милутиновић, Љубица, Петровић, Здравко: *Нематеријална штета*, Библиотека Правни информатор, Београд 2007.

Баретић, Марко: „Појам и функције неимовинске штете према новом Закону о обвезним односима”, *Зборник ПФЗ* 2006, 56, Посебни број, 461–500.

Буковац Пувача, Маја: „Тренд проширења круга особа с правом на новчану накнаду” *Зборник Правној факултете Свеучилишта у Ријеци* 1/2007, 511–540.

Црнић, Ивица: „Повреда права особности на душевно здравље”, *Право у јосјодарсјиву* 1/2011, 147–183;

Ђурковић, Маријан: „Накнада нематеријалне штете у неким европским земљама”, *Парнични и извршни јосјуйак, накнада штете и осјурање* (ур. З. Петровић), Будва 2006, 235–255.

Дедијер, Милован: „Нематеријална штета и њена накнада,” *Правни животи* 11–12/1994, 1837–1845.

Дурутовић, Емилија: „Накнада нематеријалне штете у облику ренте”, *Накнада нематеријалне штете* (ур. З. Петровић, Н. Мрвић Петровић), Београд 2009, 197–202.

Ивошевић, Зоран: „Накнада штете због умањења животних активности”, *Анали Правној факултете у Београду (јоводом кодификације облијационој права)*, 3–5/78, 661–676.

Константиновић, Михаило: *Облијације и ујовори: Скица за законик о облијацијама и ујоворима* (Класици југословенског права), „Службени Лист СРЈ”, Београд, 1996, први пут објављена 1969. године у издању Правног факултета у Београду.

Козар, Владимир: „Врсте штете због повреде права на жиг и нелојалне конкуренције”, *Право и јривреда*, 5–8/2000, 669–673.

- Крнета, Славица: „Новчана накнада нематеријалне штете због повреде ауторског права”, *Годишњак Правној факултету у Сарајеву* 1981, 73–87.
- Матијевић, Берислав: Институт накнаде нематеријалне штете, http://www.pravnadatoteka.hr/pdf/institut_naknade_nematerijalne_stete.pdf (датум приступа: 01. 11. 2011. године).
- Марковић, Вера: „Нематеријална штета правног лица: Пословни углед – лично право коме треба установити заштиту”, *Правни животи* 11/2008, 657–663.
- Медић, Душко – Тајић, Хасо: *Нематеријална штета*, „Привредна штампа” д.о.о, Сарајево–Бањалука 2008.
- Николић, Милош: „Душевни болови и накнада штете”, *Правни животи* 10/2000, 529–538.
- Пешић, Никола: „Накнада нематеријалне штете”, *Уговорно и одштетно право по Закону о облигационим односима* (ур. М. Петровић), Београд 1979, 437–461.
- Пешић, Никола: „Одмеравање новчане накнаде нематеријалне штете за телесну повреду”, *Правни животи* 9–10/1992, 1482–1497.
- Петровић, Здравко, Мрвић–Петровић, Наташа: „Накнада нематеријалне штете због телесне повреде или смрти лица”, *Накнада нематеријалне штете* (ур. З. Петровић, Н. Мрвић–Петровић), Београд 2009, 31–63
- Петровић, Здравко: *Накнада нематеријалне штете због повреде права личности*, Београд 1996.
- Петровић, Здравко: „Накнада нематеријалне штете по Закону о облигационим односима и предлози за измену”, *ПРАВО – теорија и пракса* 5–6/2002, 21–25.
- Радованов, Александар: „Одмеравање висине правичне накнаде нематеријалне штете”, *ПРАВО – теорија и пракса* 5–6/2002, 33–47.
- Радловић, Алдо: „Право особности у новом Закону о обвезним односима” *Зб. Прав. фак. Свеуч. Риј.* в. 27, 1/2006, 129–170.
- Станковић, Обрен: *Накнада штете*, Номос, Београд 1998.
- Станковић, Обрен: „Накнада штете (имовинске и неимовинске) према Закону о облигационим односима”, *Анали Правној факултету у Београду* 3–5/78, 481–493.
- Трифунуовић, Предраг: „Накнада неимовинске штете због смрти блиског лица”, *Правни животи* 10/1998, 891–901.
- Трифунуовић, Предраг: „Правична новчана накнада нематеријалне штете”, *Зборник радова са саветовања одржаног на Златибору од 18. 02 – 20. 02. 2004. године*, Нови Сад 2004, 119–137.
- Вучковић, Владимир: „Накнада будуће нематеријалне штете”, *Правни животи* 9–10/1992, 1592–1539.
- Билтен судске праксе Кантоналног суда у Сарајеву, бр. 1999/3.
- Билтен судске праксе Кантоналног суда у Сарајеву, бр. 2000/3.
- Билтен судске праксе Врховног суда Србије, број 2006/3.
- Билтен судске праксе ВС БиХ, бр. 1987/1.
- Билтен судске праксе ВС БиХ, бр. 1997/1.
- Билтен ВС БиХ, бр. 1984/3.

- Билтен ВС БиХ, бр. 1987/3.
Информатор, број 3021/3022.
Избор судске праксе, бр. 1997/1.
Извор судске праксе, бр. 2004/1.
Избор судске праксе, бр. 2005/6.
Избор судске праксе, бр. 2005/7–8.
Оријентацијски критерији и износи за утврђивање висине правичне новчане накнаде нематеријалне штете ВС Републике Хрватске.
Оријентациони критерији и износи за утврђивање висине правичне новчане накнаде нематеријалне штете ВС Федерације БиХ.
Правилник о јединственим критеријумима за утврђивање накнаде нематеријалне и неких видова материјалне штете – „Сл. листу ЦГ”, бр. 35/2009 од 3.6.2009. године.
Преглед судске праксе ВСХ, бр. 24.
Преглед судске праксе ВСХ, бр. 25.
Преглед судске праксе ВСХ, бр. 29.
Преглед судске праксе ВСХ, бр. 30.
Преглед судске праксе ВСХ, бр. 48.
Преглед судске праксе ВСХ, бр. 49.
Судска пракса, бр. 1983/2.
Судска пракса, бр. 2003/11–12.
Судска пракса, бр. 2006/4.
Судска пракса, бр. 2006/10.
Судска пракса, бр. 2007/1.
Судска пракса, бр. 2007/11–12.
Уредба Владе Републике Србије о накнади штете на лицима „Сл. гласник РС”, 34/2010.
Устав Републике Србије „Сл. гласник РС”, 98/06.
Закон о обавезним односима Републике Хрватске, „Народне новине”, бр. 35/2005.
Закон о обавезном осигурању у саобраћају „Сл. гласник РС”, 51/09
Закон о облигационим односима Црне Горе, „Сл. листу ЦГ”, бр. 47/8 од 07. 08. 2008. године.
Закон о облигационим односима, „Сл. листу СФРЈ”, бр. 29/78, 39/85, 45/89–одлука УСЈ и 57/89, „Сл. листу СРЈ”, бр.31/93 и „Сл. листу СЦГ”, бр. 1/2003 – Уставна повеља
Закон о парничном поступку – ЗПП, „Сл. гласник РС”, бр. 72/2011.
Законик о кривичном поступку, „Сл. листу СРЈ”, бр. 70/2001, 68/2002, „Сл. гласник РС”, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 49/2007 и 72/2009.
Законом о обавезном осигурању у саобраћају Републике Црне Горе, („Сл. листу РЦГ”, бр. 46/07 од 31. 07. 2007).
Збирка рјешидби хрватских трговачких судова, бр. 2
Збирка судских одлука Врховног суда Србије из области грађанског права 1973–1986.

UDK BROJEVI: 347.67(091)

Драган Д. Панџић

мастер права

адвокат из Великог Градишта

ПОКЛОН ЗА СЛУЧАЈ СМРТИ – ОД РИМСКОГ ДО СРПСКОГ
ПРАВА *DE LEGE FERENDA***Сажетак**

Поклон за случај смрти има богату историјскоправну традицију. У овом раду аутор указује на непрекидно присуство изворних римских правних правила у регулисању поклона за случај смрти у српском праву. Средњовековно српско право је, путем Законоправила, у потпуности преузело правила о поклону за случај смрти из римског права. Српски грађански законик је садржао правна правила која су поклон за случај смрти изједначавали са легатом, што су прихватили и предатна теорија и пракса. Другачије схватање је имала послератна правна доктрина, која је поклон за случај смрти сматрала уговором *inter vivos*, са посебном погодбом да ће предмет поклона бити предат поклонопримцу након смрти поклонодавца. Такав став је заступљен и у позитивној теорији и пракси. Будућа грађанскоправна регулатива изражена кроз Преднацрт Грађанског законика Републике Србије, одступила је од таквог теоријског појма поклона за случај смрти. Дајући право поклонодавцу да једнострано опозове поклон, веома га је приближила *donatio mortis causa римској* права. Прописивањем одложеног услова да поклонопримац мора надживети поклонодавца да би уговор би перфектан, таква сличност би била још израженија.

Кључне речи: Поклон за случај смрти, римско право, српско право, Преднацрт Грађанског законика

УВОД

У очекивању Грађанског законика Републике Србије, којим ће, поред осталог, бити регулисан и поклон за случај смрти, приказаћемо овај правни институт кроз његову богату историјскоправну традицију, почев од римског права до савремених решења која предвиђа Преднацрт Грађанског законика Републике Србије. Посебно ће бити уочен утицај римског права на српско право, који се остварује непрекидно од средњовековног српског права до предложених решења у будућем српском грађанском законодавству.

Donatio mortis causa је у римском праву био добротично располагање, настао на основу сагласности воља поклонодавца и поклонопримца, којег је карактерисала опозивост по слободној вољи. Правно дејство је остваривао у случају смрти и тек после смрти поклонодавца, а дејство поклона је зависило од услова да поклонопримац надживи поклонодавца.

Српска средњовековна држава и право су били директно ослоњени на римску правну традицију. Правила римског права о поклону која су преузета, заслугом Св. Саве, у Законоправило, вековима су у пракси коришћена, и након пропасти српске државе. Одредбе о поклону за случај смрти садржане у Законоправилу, идентичне су таквим правилима из римског права.

Српски грађански законик из 1844. године садржао је правила о поклону за случај смрти, при чему се овај правни институт сматрао легатом и на њега су примењивана правила за испоруке. Такво схватање правне природе поклона за случај смрти блиско је римском праву Јустинијановог доба, које је извршило изједначавање прописа поклона за случај смрти са испоруком.

Према послератној домаћој правној доктрини уговор о поклону за случај смрти је уговор *inter vivos* у коме се налази посебна погодба да ће предмет поклона бити предат поклонопримцу после смрти поклонодавца. С обзиром на то да је схваћен као уговор, поклон за случај смрти није једнострано опозив, и не поставља се материјалноправни услов да поклонопримац мора надживети поклонодавца да би уговор био перфектан.

Концепт поклона за случај смрти који је преложен у Преднацрту Грађанског законика Републике Србије, разликује се од теоретског појма поклона за случај смрти, који је преовлађујући у домаћој послератној правној доктрини. Прописивањем правила да је поклон за случај смрти једнострано опозив од стране поклонодавца, овај правни инсти-

тут се веома приближава *donatio mortis causa* римског права. У Преднацрту није дефинисано да ли се поставља материјалноправни услов да поклонопримац мора надживети поклонодавца да би поклон производио правно дејство. Исто је предмет теоретске дискусије, али уколико би се прихватило мишљење да је такав услов неопходан, онда би још израженији био утицај римског права на српско право *de lege ferenda*.

Римско право

Зачетак поклона за случај смрти налазимо још у хомеровском периоду грчке историје, када је грчко друштво било на прагу цивилизације, са остацима првобитне заједнице.¹ Основни облици поклона за случај смрти познати су код многих цивилизованих народа старог века. Гортински законик из средине V века п.н.е. један је од најсачуванијих извора за проучавање рано-грчког, односно дорског права, садржи одредбе о поклону за случај смрти у нешто развијенијем облику, сачињен у форми поклона мужа жени за случај смрти, поклона сина мајци у смртној опасности итд.² Примена поклона за случај смрти се може наћи и у спартанском и атинском праву, а о ширењу домена овог института сведоче бројни епиграфски извори из других грчких градова-држава.³

Поклони за случај смрти (*donatio mortis causa*) у римском праву су правни послови на који су примењивана начела уговорног и наследног права. По начину постанка *donatio mortis causa* има уговорну природу, јер поклон настаје искључиво сагласношћу воља поклонодавца и поклонопримца. За дародавца се не тражи да има тестаменталну способност (*testamenti factio activa*), него само општу правну и пословну способност. Дејство овог правног посла не зависи од наслеђивања, јер се даровање за случај смрти може стећи и онда ако се нико не прихвати оставине.⁴ Овим поклоном долази до сингуларне сукцесије која је независна од наслеђивања. *Donatio mortis causa* је поклон који се закључује *inter vivos*, али је везан за услов да поклонопримац мора надживети поклонодав-

¹ Одисејев син Телемах поклања пријатељу Пиреју сребрни ковчег и хаљину за невесту, ако погине у борби са мајчиним просцима, али поклон чини под условом да Пиреј дарове врати ако он (Телемах) победи просце; Одис. 17,78.

² Willetts, R. *The Law Code of Gortyn*, Berlin 1967, III 17–31; X 14–20.

³ Аврамовић, С., Разлике у садржини и правној природи римског тестаментa и тзв. легатског тестаментa старог грчког права, *Анали Правној факултету у Београду*, 1/1987, стр. 9.

⁴ Ромац, А. *Римско право*, Загреб 1981, стр. 397.

ца.⁵ По правилу су се такви поклони могли чинити ако је поклонодавцу претила смртна опасност (одлазак у рат, болест, опасно путовање...), али је могао настати и када није било такве непосредне опасности.⁶

Donatio mortis causa се могао закључити на два начина. У првој варијанти, поклонодавац који се налази у смртној опасности, одмах на поклонопримца преноси власништво одређене ствари или му уступа неко право, уз клаузулу *pactum de fiducia*, да се, ако смртна опасност прође, ствар или право враћају поклонодавцу. Овај начин поклона за случај смрти са раскидним условом сматра се старијим и испочетка се обављао фидуцијарном манципацијом.⁷ Код ове врсте поклона смрт је била основ и мотив поклона,⁸ и поклонодавац је могао, када прође смртна опасност опозвати поклон и стварном тужбом тражити повраћај поклона.⁹ Поклон за случај смрти се сматрао перфектним тек када наступи смрт поклонодавца.¹⁰ Друга варијанта поклона за случај смрти постоји када се уговара одложни услов. То значи да до преноса власништва на ствари или неког другог права долази ако се услов испуни, односно ако поклонопримац надживи поклонодавца. У правној науци је постојала дилема да ли су оба облика поклона за случај смрти у изворном облику постојала у римском праву. Према једним ауторима, *donatio mortis causa* се могла остварити само даровањем уз непосредан пренос власништва,¹¹ док су други аутори оба облика сматрали изворним, с тим што се у пракси чешће користило даровање уз непосредан пренос власништва.¹²

⁵ I. 2, 7, 1

⁶ Д. 39.6.2 „...постоје три облика даровања за случај смрти. Један, када неко није уплашен никаквом непосредном опасношћу, него даје дар имајући само на уму пролазност живота (смрт). Друга врста даровања постоји у случају када неко потакнут непосредном опасношћу, тако дарива да дарована ствар одмах прелази у власништво даропримца, а трећа врста даровања постоји у случају када неко, потакнут опасношћу од смрти, дарива – али не тако да би ствар одмах прешла у власништво даропримца, него само у случају ако до смрти и (стварно) дође. (Предео А. Ромац, *Извори римској права*, Загреб 1973, стр. 531)

⁷ Еиснер, Б., Хорват, М., *Римско право*, Загреб 1948, стр. 538.

⁸ Д. 39, 6, 42, пр.

⁹ Сент. 3, 7, 1 и 2.

¹⁰ Д. 39, 6, 32.

¹¹ Di Paola, *Donatio mortis causa*, Catania 1950, str. 22.

¹² Amelotti, M. La „*Donatio mortis causa*” in diritto romano, Milano 1953, str.12–83; Simonius, P. *Die Donatio Mortis Causa im klassischen romischen Recht*, Basel 1958, str.189–195; Ruger, D. *Die Donatio Mortis Causa im klassischen romischen Recht*, Berlin 2011, str. 32.

Donatio mortis causa се као опозиви правни посао у класичном добу почео све више изједначавати са легатима. Ако се поклонодавац није нарочито одрекао права на опозивање поклона, онда он може исти опозвати за све време свог живота.¹³ Тада су се на даровања за случај смрти почели примењивати прописи који су штитили наследнике у случају презадужености заоставштине. Такву формулацију су имале *Lex Furia i Lex Voconia*,¹⁴ а и ограничење закона *Lex Falcidia* односило се, почев од конституције *Septimia Severa*, на *donatio mortis causa*.¹⁵ На *donatio mortis causa* су се односили и прописи Августовог брачног законодавства *Lex Papia Poppaea*, о неспособности нежењених особа и особа без деце за стицање наследства и легата.¹⁶ *Donatio mortis causa* је могла, као и свако стицање које је уследило на темељу последње воље оставитеља, а није наследство ни легат, бити оптерећена фидеикомисима.¹⁷

Јустинијаново законодавство је све више почело изједначавати *donatio mortis causa* са легатима. За сачињавање *donatio mortis causa* прописан је облик кодицила односно да се поклон мора закључити пред пет сведока.¹⁸ Поклонодавцу је дато право опозива даровања по слободној вољи, и дошло је до законског изједначавања *donatio mortis causa* и легата.¹⁹ Међутим, и поред овакве законске регулативе, *donatio mortis causa* се није стопила са легатима, јер између њих постоје значајне разлике. Поклон за случај смрти је двострани правни посао, који се закључивао као и сваки уговор, сагласношћу воља странака, а легати су једностране изјаве последње воље. Није се тражило да поклонопримац има тестаментарну способност (*testamenti factio*), а по свом дејству *donatio mortis causa* је била независна од наслеђивања и постајала је перфектна чим поклонодавац умре пре поклонопримца.

¹³ Одређени аутори сматрају да је изједначавање *donatio mortis causa* са легатима почело још пре класичног периода – в. Еиснер, Б.-Хорват, М. Римско право, стр. 539.

¹⁴ Гаи. 2, 225.

¹⁵ Д. 39, 6, 42; Ц. 6, 50, 5.

¹⁶ Д. 39, 6, 35, пр.

¹⁷ Д. 30, 96, 4; Д. 31, 77, 1.

¹⁸ Ц. 8, 56, 4.

¹⁹ И. 2, 7, 1 – „Даровање за случај смрти је оно које се чини због помисли на смрт, то јест када неко даје дар под тим условом да ће, ако га задеси смрт, поклон остати ономе ко га је примио, а ако дародавац преживи, онда ће он добити натраг даровано, било што је опозвао даровање, било зато што је обдареник први умро. Ова даровања за случај смрти по свему се одређују по угледу на легате...” (Прево А. Ромац, *Извори римској права*, Загреб 1973, стр. 531).

Српско право

1. Српско средњовековно право

Утицај римске државе и друштва на нашим просторима био је приметан од самог досељавања словенских народа на Балканско полуострво, јер је та територија представљала класичну домовину римског права.²⁰ Организација државне управе и правно устројство је, почев од раних српских држава, било начињено по угледу на римско-византијску државну и правну организацију. Прихватањем хришћанства српски народ је дошао у непосредни додир са византијским црквеним правом, те је римско-византијско право у облику црквеноправних компилација и зборника, остварило први значајнији утицај на правни живот средњовековне Србије.

Заслугом архиепископа Саве настао је 1219. године први српско-словенски Номокамон – Законоправило. Он је садржао претежно одредбе византијског правног зборника – Прохирона (Градског закона), чиме је у Србију унето римско-византијско световно право.²¹ Прохирон је имао посебне одељке о поклону, који су неизмењени пренети у дванаесту грану Законоправила, под насловом „О дару” и тринаесту грану – „О опозиву дара”.²²

Осим поклона међу живима, Прохирон је садржао и правила о поклону за случај смрти, те су и ова правила преузета у Законоправило. Поклони за случај смрти настајали су као двострани правни послови, сагласношћу воља уговорних страна, али су производили дејство *mortis causa*. Циљ уговора био је да поклонодавац задржи и користи поклон за време свог живота, а да тек након његове смрти предмет поклона припадне поклонопримцу, а не његовом наследнику.²³ Одложни услов је неопходан код ове врсте поклона за случај смрти, јер је постојао услов

²⁰ Новаковић, С., *Средњовековна Србија и римско право*, Изабрана дела, књига 17. Правни списи, Београд 2006, стр. 137.

²¹ Законоправило је касније прихваћено у Бугарској и Русији, где је постало познато под именом *Крмиција*.

²² *Крмиција морачка* (Опис рукописа – Фотијеви предговори – Градски закон) описао и издао архимандрит Нићифор Дучић, Гласник Српског ученог друштва, II одељење, књига VIII, Београд 1877, стр. 62–64, 96–97.

²³ „Посмртни дарови су када неко жели да (дотично добро) поседује (за живота) он сам, а не онај који дар прима, а (након његове смрти) прималац, а не његов природни наследник” – Законоправило 12, 3 (у раду је коришћен превод на савремени српски језик проф. др. Александра Ломе, објављен у монографији: М. Ђурђевића *Уговор о поклону*, Београд 2012).

да поклонопримац надживи поклонодавца да би уговор производио правно дејство. Права из уговора нису прелазила на наследнике поклонопримца, и смрћу поклонопримца пре поклонодавца, поклон је престајао да важи. Осим овакве врсте поклона за случај смрти, постојао је и поклон уз непосредну предају ствари у власништво поклонопримца. Разлог за то је најчешће била смртна опасност која је претила поклонодавцу. Међутим, поклон за случај смрти је могао бити учињен и у ишчекивању природне смрти, или због бојазни од опасности на путовању, које су у то време биле честе. Тада се својина преносила на поклонопримца тек након смрти поклонодавца.²⁴

Поједини случајеви поклона за случај смрти у српском средњовековном правном животу сачувани су у облику различитих даровања цркви. Такви поклони су били учесталији и вреднији са развитком српске државе, а чинили су их сви слојеви српског средњовековног друштва, од краља и властеле, до обичних сељака.²⁵ Поклони су давани „за душу”, односно задужбине су чињене ради помена своје душе.²⁶ Мада су задужбине богатијих слојева биле неупоредиво издашније, постоје писани документи да су и припадници себарског staleжа чинили поклоне цркви, у оквирима својих могућности.²⁷ Пошто се радило о поклону непокретности поштована је обавезна писана форма, лишена строгих формалних захтева који су примењивани када су поклоне чинили владар и властела, а извесно је да је такве уговоре о поклону састављао номик у присуству уговорних страна и три или пет сведока.²⁸ Осим поклона цр-

²⁴ „Постоје три врсте дарова у случају смрти. Једна је када се дарује без икакве непосредне бојазни, већ само у ишчекивању природне смрти. Друга је када се дарује под претњом смрти која долази споља а не од примаоца, који у том случају преузима места на себе власништво. Трећа је када (дародавац нешто некое) дарује с обзиром на опасности скопчане са (својим предстојећим) путовањем; у том случају прималац не преузима власништво док давалац не умре. То чини онај који стрепи од разбојника или непријатеља у рату или од бродолома, од завере и заседа, или пак од силника и старости” – Законправило 12, 4 (превод проф. А. Лома)

²⁵ Соловјев, А., *Законодавство Стефана Душана цара Срба и Грка*, Скопље 1928, стр. 115.

²⁶ Међу правним историчарима постоји и мишљење да таква даровања, поменута кроз синтагме „за душу дати” и „за гроб свој дати” нису *donatio mortis causa*, већ се могу квалификовати као легати, в. Шаркић, С., *Поклон у средњовековном српском праву*, Истраживања, 17/2006, стр. 13–14.

²⁷ Соловјев, А., *Одабрани синоменици српског права (од XII до краја XV века)*, Београд 1926, стр. 129–132.

²⁸ Мирковић, З., Ђурђевић, М., *Правила о поклону у српском средњовековном праву*, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2011, стр. 85.

кви, постоје документи да су поклони за случај смрти практиковани и између приватних лица, поштујући у свему законску форму.²⁹

Римско-византијска правила о поклону, преузета у Законоправилу, остала су у практичној примени у српском народу наредних неколико векова, и поред пропасти српске средњовековне државе.³⁰ Несумњиво је да су и правила о поклону за случај смрти, ослоњена на римску правну традицију, примењивана на нашим просторима све до стварања модерне српске државе.

2. Српски грађански законик

Грађански законик за Кнежевину Србију од 1844. године (у даљем тексту СГЗ) настао је у XIX веку, када су већ били у примени Code Civil (CC) и Аустријски грађански законик (АГЗ) од 1811. године. СГЗ је спадао у ред модерних европских законика тог времена. Настао је радом познатог правника Јована Хаџића, и представља рецепцију другог закона – АГЗ, који је био је непосредни узор нашем грађанском законнику. АГЗ је прописе о уговорима преузео, већим делом, из римског права, па је тако и СГЗ садржао римско право барем онолико колико га је било у решењима АГЗ.

Поглавље о уговорима о поклону у СГЗ, разликује се у односу на одредбе о даровању у АГЗ, пре свега у сажетом излагању свих битних елемената поклона у свега осам чланова (561–568), док глава о даровању у АГЗ има 19 чланова. Од осам чланова СГЗ посвећених поклону шест чланова садрже правила делимично или у потпуности преузета из римског права.³¹ По угледу на Јустинијаново право, када је поклон постао самосталан правни посао, његова варијанта *donatio mortis causa* изједначена је са легатом и пребачена је у област наследног права, што је учињено и у СГЗ.

Српски грађански законик је поклон за случај смрти идентификовао са испоруком, што јасно произилази из § 586, где је прописано: „Поклон на случај смрти учињени *смајра се као лејати или испорука, и по њоме ће се судити*”.³² Иако је СГЗ настао под утицајем АГЗ, као модел за регули-

²⁹ Соловјев, А., Одабрани споменици, стр. 202.

³⁰ в.Елезовић, Г., *Турски споменици*, I, св. 1, (1348–1520), Београд 1940, стр. 240–242; Стојановић, Љ., *Сјаре српске њовеље и њисма*, књига I (Дубровник и његови суседи), Београд–Сремски Карловци 1934, стр. 366–368.

³¹ Даниловић, Ј., *Српски грађански закон и римско право*, Зборник радова „Сто педесет година од доношења Српског грађанског законика (1844–1994), Београд 1996, стр. 52.

³² Грађански законик Краљевине Србије, са кратким објашњењима од Лазара Марковића, Београд 1921, стр. 261.

сађе поклона за случај смрти није послужило правило из АГЗ да поклон за случај смрти може важити или као легат или као уговор. Наиме, СГЗ је преузео само први део параграфа 956 АГЗ, где се говори о поклону за случај смрти као легату.³³ Међутим, изостављен је други део истог параграфа, који је предвиђао уговорну природу поклона за случај смрти.³⁴ Тако се према схватању предратних правних писаца, поклон за случај смрти сматрао легатом – једностраном изјавом воље која се даје у форми тестаментa.³⁵ Такав став је заступала и предратна судска пракса.³⁶

3. Послератна теорија и пракса

Насупрот предратног поимања поклона за случај смрти као легата, у домаћој послератној правној доктрини је прихваћена уговорна природа поклона за случај смрти, те је овај правни институт схваћен као уговор о поклону *inter vivos* са одложним роком, уз посебну погодбу да ће предмет поклона бити предат поклонопримцу након смрти поклонодавца. На тај начин је поклон за случај смрти прихваћен као модификација и један од облика уговора о поклону, те за њега важе општа правила која се односе на поклон.³⁷

Оправданост инсистирања на уговорној природи поклона за случај смрти огледа се у томе што овај правни посао може настати само као резултат сагласности воља поклонодавца и поклонопримца. Постигнута сагласност воље ствара облигационоправни однос, који везује уговорне стране од тренутка њеног постизања. Разликује се од легата као једностране формалне изјаве са дејством *mortis causa*, јер је за постојање ис-

³³ „Даривање, чије испуњење треба да следује тек по смрти дариваоца, важи као испорука, ако се изазива на изричане формалности”, §956 ст. 1, Аустријски грађански законик, превео Д. Аранђеловић, Београд 1921, стр. 266.

³⁴ „Оно ће се само онда као уговор сматрати, ако је обдареник на њ изричао, ако се даривалац изречно одрекао права изазивања, и ако је исмена исправа о томе обдаренику предата” §956 ст. 2 АГЗ, стп. 266.

³⁵ Перић, Ж., *Грађанско право*, О посебним уговорима, I. О обавези заштите код уговора о продаји и куповини и о уговору о поклону, Београд 1927, стр. 265; Марковић, Л., *Наследно право*, Београд 1930, стр. 257.

³⁶ в. Петковић, И., *Поклон у случају смрти у нашој судској пракси*, Архив за правне и друштвене науке, XXXV, 1937, стр. 155; *Судска пракса: у 1926. години*, уредио Србислав Ковачевић, Београд 1926. Посебно видети одлуке Касационог суда у Београду, бр. 6809 од 3. 9. 1926, 8277 од 9. 11. 1932, Рев. 840/35 од 14. 11. 1936. и 1617 од 17. 2. 1938. г.

³⁷ Перовић, *Облигационо право*, стр. 608; Ђурђевић, М., *Уговор о поклону*, стр. 45; Михајловић, С., *Даровање за случај смрти*, Гласник Адвокатске коморе Војводине, 7–8/1977, стр. 44.

поруке довољна изјављена воља само једног лица – дариваоца, док је за закључење уговора потребан споразум о заједнички изјављеној вољи поклонодавца и поклонопримца. Разлика у односу на уговор о наслеђивању, у правима где је дозвољен, се огледа у томе што уговор о наслеђивању представља правни основ за наслеђивање, док поклон за случај смрти не представља основ за наслеђивање и поклонопримац се не третира као наследник, већ као поверилац из уговора чије је правно дејство у погледу предаје предмета поклона одложено до смрти поклонодавца.³⁸ Да би поклон за случај смрти производио правно дејство потребно је да буду испуњени и материјалноправни услови потребни за закључење уговора, те у том смислу странке треба да поседују пословну а не тестаментарну способност, а сагласност воља треба да буде изражена у облику јавне исправе.

Оваква сагласност воља, каква је присутна у српском позитивном праву, по својим дејствима представља посмртни поклон – *donatio post mortem*, а не поклон за случај смрти који основе има у *donatio mortis causa* римског права.³⁹ Иначе, *donatio mortis causa i donatio post mortem* имају битно другачија правна дејства. Код *donatio mortis causa* поклонопримац нема никаква права према поклонодавцу за време његовог живота а својину над предметом уговора стиче остварењем одложеног или неостварењем раскидног услова. Располагање поклонодавца је увек опозиво, а само изузетно неопозиво, и он је могао и након постигнуте сагласности са поклонопримцем да се предомисли и да једнострано опозове поклон. Дејство уговора наступа тек након смрти поклонодавца, и само под условом да је поклонопримац надживео поклонодавца.⁴⁰ Дакле, код *donatio mortis causa* битан елеменат уговора је услов, чијим остварењем или неостварењем наступа правно дејство уговора. Уколико би поклонопримац умро пре поклонодавца, чињеница његове претходне смрти одлучујуће би утицала на обавезе поклонодавца. Таква обавеза је личне природе и остварује правно дејство само у односу на личност поклонопримца. Ово из разлога што се ради о уговору закљученом *intuitui personae*, где лична својства поклонопримца по правилу имају одлучујући утицај на *animus donandi* поклонодавца. За такве уговоре не важе правило да „надживљавају” уговорнике. Смрћу поклонопримца право из уговора не

³⁸ Вуковић, М., *Обвезно право*, књига II, Загреб 1964, стр. 257; Перовић, С., *Облигационо право*, стр. 608.

³⁹ Ђурђевић, М., *Уговор о поклону за случај смрти*, *Зборник радова Правног факултета у Новом Сагу*, број 1/2011, стр. 241.

⁴⁰ Ђурђевић, М., *ibid.*

прелази на његове наследнике, већ се гаси. Посмртни поклон – *donatio post mortem*, за разлику од *donatio mortis causa* не захтева услов да поклонопримац надживи поклонодавца да би поклон имао правно дејство. Право да траже предају и пренос својине имају његови наследници.

Поред тога поклон за случај смрти, који је у нашем позитивном праву схваћен као уговор, је неопозив, осим у изузетним случајевима који се примењују и на редован поклон. За такве уговоре не важе правило да „надживљавају” уговорнике. Смрћу поклонопримца право из уговора не прелази на његове наследнике, већ се гаси. Посмртни поклон – *donatio post mortem*, за разлику од *donatio mortis causa* не захтева услов да поклонопримац надживи поклонодавца да би поклон имао правно дејство. Право да траже предају и пренос својине имају његови наследници. Иначе, посмртни поклон је по својим карактеристикама веома сличан обичном поклону, од којег се разликује само по томе што је извршење обавезе на предају и пренос ствари одложено након смрти поклонодавца.⁴¹

У том смислу се изјашњавала и послератна судска пракса, која даровање за случај смрти сматра дозвољеним правним послом,⁴² иако су у судској пракси постојала и мишљења да се уговорима о даровању не може признати правна ваљаност, нити они могу производити правно дејство.⁴³

Дакле, у погледу правне природе поклона за случај смрти у послератној теорији и пракси је преовладавало схватање да се ради о уговору о поклону *inter vivos* са одложним роком, уз посебну погодбу да ће предмет поклона бити предат поклонопримцу након смрти поклонодавца. Мада, су постојала и мишљења да се ради о правном послу међу живима који има елементе уговора и легата,⁴⁴ као и мишљење да такав правни посао спада у наследно право, и поред доста сличности са даровањем међу живима.⁴⁵

⁴¹ Ђурђевић, М., Уговор о поклону за случај смрти, стр. 251.

⁴² Судови у некадашњој СФРЈ су одређујући појам поклона за случај смрти заузели становиште идентично правној теорији: „...даровање за случај смрти, упркос свом називу спада у правне послове међу живима, чији је учинак одгођен до часа смрти дародавца. Смрт дародавца овде је увјет или рок до којег је одгођен правни учинак иначе перфектног правног посла...” (Решење Врховног суда Хрватске Гж. 281/67 од 16. 2. 1967, Збирка судских одлука, књига 12, св. 1, 17, стр. 38)

⁴³ Правно схватање Грађанског одељења Врховног суда Војводине (Зборник судске праксе, бр. 2–3, Београд 1971, стр. 121.)

⁴⁴ Вуковић, М., *Правила грађанских законика*, Загреб 1961, стр. 785; Визнер, Б., *Грађанско право у теорији и пракси*, Трећа књига, Ријека 1969, стр. 1110.

⁴⁵ Лазаревић, А., *Облигационо право – посебни део*, Скопје 1960, стр. 117.

4. Преднацрт Грађанског законика Републике Србије

У нашој земљи у току је рад на кодификацији грађанског права, где је Комисија за израду Грађанског законика Републике Србије у тексту Преднацрта предложила концепт поклона за случај смрти, који се разликује од његовог појма који је усвојен у послератној, и данас преовлађујућој правној теорији.⁴⁶

Преднацрт Грађанског законика Републике Србије поклон за случај смрти дефинише као уговор.⁴⁷ Међутим, према другом правилу, концепт поклона у Преднацрту се разликује од појма уговора који је усвојен у домаћој правној теорији.⁴⁸ Поклонодавцу је дато право да увек, непосредно или посредном изјавом, раскине поклон за случај смрти, што овај правни институт удаљава од теоријског схватања поклона као уговора, а приближава га сфери опозивних правних послова за случај смрти.

Опозивост поклона није особеност уговора о поклону. Општеприхваћен став правне теорије је да се једностраном изјавом једног од уговарача не може мењати уговор.⁴⁹ Такво схватање неопозивости поклона је присутно, како, у ранијим грађанским законцима који су регулисали материју поклона на нашим просторима,⁵⁰ тако и у упоредном законодавству.⁵¹

⁴⁶ Преднацрт Грађанског законика Републике Србије, друга књига, Облигациони односи, Београд 2009.

⁴⁷ Чл. 680 ст. 1 Преднацрта – „Уговор о поклону у коме је предвиђено да ће се извршити после смрти поклонодвца мора да буде састављен у писменој форми уз оверу потписа од стране надлежног органа”.

⁴⁸ Чл. 680 ст. 2 Преднацрта – „Поклонодавац може да раскине по својој вољи уговор о поклону за случај смрти поклонопримца, а располагање предметом таквог уговора, било правним послом међу живима, било правним послом за случај смрти, сматра се раскидањем уговора у погледу поклоњених предмета обухваћених располагањем”.

⁴⁹ Благојевић, Б., *Грађанско-правни облигациони уговори*, Београд 1947, стр. 85; Марковић, Л. *Грађански законик Краљевине Србије*, Београд 1921, стр. 261.

⁵⁰ Српски грађански законик, § 566 – *Ко једанџиш њоклон учини не може више на њирај узети осим особитијих случајева*; Општи имовински законик за Црну Гору § 487 – *Дар који је једном законитио учињен, а њим нико њрођив закона ошџећен није, не може се више на њирај искати, осим ако је џио друго изречно у џлавлено*.

⁵¹ Аустријски грађански законик § 946 – *Уговори о дару не моју се њо њравилу о џозваџи* (наведено према: Аустријски грађански законик, II издање, превео Д. Аранђеловић, Београд 1921); Француски грађански законик нарочито инсистира на неопозивости поклона, што је садржано и у самом законском тексту – Code Civil, article 894 „*La donation entre vifs est un acte par lequel donateur se depouille actuellement et irrevocablement de la chose donnee en faveur du donataire qui l'accepte*” (наведено према: Le Code Civil, Nouvelle edition 1981. avec jurisprudence, Prat/Evropa, Paris 1981).

Уговор представља сагласну изјаву воља два лица, коју не карактерише право једне стране да одустане од уговора по својој вољи. У правилима о посебним именованим уговорима Закон о облигационим односима није предвидео да странке имају право да једнострано раскину уговор.⁵²

Међутим, у домаћој правној теорији се појавио став да је код поклона за случај могуће једнострано опозивање уговора од стране поклонодавца. Најпре је такав став изнео професор Михаило Константиновић у Скици за законик о облигацијама и уговорима, где је наведено да дародавац може раскинути по својој вољи уговор о дару за случај смрти, а располагање предметом поклона накнадно предузетим правним послом међу живима или правним послом за случај смрти такође се сматрало раскидањем уговора.⁵³ Закон о облигационим односима из 1978. године није регулисао институт поклона, остављајући да ту правну област регулишу федералне јединице, које то нису учиниле до распада бивше Југославије, тако да је остала дилема да ли би овакав предлог из Скице био преточен у законски текст. Међутим, будућа законска регулатива се у вези овог правног питања скоро у потпуности ослонила на предлог професора Константиновића из Скице. Уз веома мале измене поновљен је претходно изнети став да поклонодавац може по својој вољи раскинути уговор о поклону за случај смрти.⁵⁴ Тиме је у Преднацрту Грађанског законика прихваћена идеја по којој је уговор о поклону за случај смрти једнострано опозив.

Међутим, таквом мишљењу се супротстављају домаћи правни теоретичари који сматрају да овај уговор, као ни други уговори, не може бити једнострано раскинут, изузев када наступе случајеви под којима се може раскинути обичан поклон. У прилог свог мишљења аутори наводе да начелу правне сигурности више одговара да поклонодавац овај поклон може раскинути из законом одређених разлога, а не по слободној вољи, сматрајући да опозивање по слободној вољи обећања користи више одговара правилима тестаментa и легата. Како је овде реч о уговору у коме је само предаја предмета одложена до смрти поклонодавца, то

⁵² Изузетак од тог принципа је учињен само код уговора о налогу, где налогодавац може једнострано да одустане од уговора (чл. 765 ЗОО), а налогопримцу је дато право да може отказати налог кад хоће, само не у невреме (чл. 376 ст. 1 ЗОО)

⁵³ Константиновић, М., *Облигације и уговори*. Скица за законик о облигацијама и уговорима, Београд 1969, чл. 522 ст. 2.

⁵⁴ Разлика између два текста постоји само у томе што је у Преднацрту након реченице: „*поклонодавац може да раскине по својој вољи уговор о поклону за случај смрти*” додата реч – *поклонопримца*.

би могућност раскида уговора требало подвргнути општим правилима која се примењују на уговор о поклону.⁵⁵

Имајући у виду правну природу поклона за случај смрти, који у себи садржи елементе и облигационог и наследног права, сматрамо да поклон за случај смрти не треба схватити као класичан уговор, већ као грађанскоправни институт *sui generis*, тако да би се могла оправдати примена става да је овај поклон једнострано опозив по вољи поклонодавца.

Друго, у правној теорији се поставило питање да ли Преднацрт Грађанског законика поставља материјалноправни услов да поклонопримац мора да надживи поклонодавца да би правни посао производио правно дејство.

Наше позитивно право и правна теорија, углавном, поклоном за случај смрти означавају сагласност воља где дејство уговора настаје под одложним роком а не одложним условом, те се не поставља услов да поклонопримац мора надживети поклонодавца да би уговор био перфектан.⁵⁶

С друге стране, постоји и мишљење да код уговора о поклону за случај смрти правно дејство има одложни услов, који подразумева да поклонопримац мора надживети поклонодавца да би уговор био пуноважан, какво је дејство имао *donatio mortis causa* у римском праву.⁵⁷

⁵⁵ Перовић, С., *Облигационо право*, стр. 608; Перић, Ж. Грађанско право, стр. 266; Ђурђевић, М., *Уговор о поклону*, стр. 47.

⁵⁶ Према домаћој позитивној правној доктрини уговор о поклону за случај смрти је уговор *inter vivos* у коме се налази посебна погодба да ће предмет поклона бити предат поклонопримцу после смрти поклонодавца. Стицање својине не зависи од тога да ли ће поклонопримац надживети поклонодавца, и ако поклонодавац умре раније, право да траже предају и пренос својине имају његови наследници. У таквој ситуацији дејство правног посла је подређено једној будућој околности чије је наступање извесно – смрт поклонодавца. Неизвесно је само време њеног наступања, те у том смислу постоји одложни рок а не одложни услов. Разлика између одложног рока и одложног услова код дејства уговора огледа се у томе што код уговора закљученог под одложним условом дејство поклона настаје ако поклонопримац надживи поклонодавца, и уговор постаје перфектан тек после поклонодавчеве смрти, а губи важност ако поклонопримац умре пре поклонодавца. С друге стране, код уговора закључених са одложним роком дејство правног посла је подређено тренутку наступања рока који је неодређеног трајања, а који истиче моментом смрти поклонодавца. Након смрти поклонодавца, поклонопримац има право намирења свог потраживања и заузима положај који после делације имају остали поклонодавчеви повериоци без обзира на правни основ њиховог потраживања, са којима конкурише у поклонодавчевој заоставштини. в. Перовић С., *Облигационо право* стр. 608; Перић, Ж., *Грађанско право*, стр. 269; Ђурђевић, М., *Уговор о поклону за случај смрти*, стр. 241.

⁵⁷ Огњановић, С., *Облигационо право*, посебни део, Нови Сад 2010, стр. 132, Лазаревић, Д., *Уговор о поклону*, Београд 2010, стр. 154; Стојановић, Н., *Present in case of death in our Law*, Facta Universitas – Niš, University of Niš, Series: Law and Politics Vol. 1, No 6, 2002, str. 726.

Преднацрт Грађанског законика није посебно дефинисао материјалноправни услов да поклонопримац мора да надживи поклонодавца. У тексту Преднацрта се не налази таква одредба, што неки аутори схватају да Преднацрт не поставља такав услов, јер да је Комисија за израду грађанског кодекса имала у виду сагласност воља чије дејство зависи од услова да поклонопримац мора да надживи поклонодавца, то би морало бити наглашено у тексту Преднацрта.⁵⁸ Међутим, ми не бисмо прихватили такав аргумент, јер сматрамо исправнијим постојање одложеног услова, где ће дејство уговора зависити од услова да поклонопримац мора надживети поклонодавца. Ово из разлога што сматрамо да је уговор о поклону за случај смрти по својој природи уговор закључен *intuitui personae*, где се одступа од правила да уговори настављају правно дејство и након смрти уговорника. Поклонодавац се код закључења овог уговора руководи субјективним мерилима, где лична својства поклонопримца одлучујуће утичу на *animus donandi* поклонодавца да бесплатно уступи неку своју имовинску вредност поклонопримцу. Одложни услов би требало прописати и из разлога што је у Преднацрту, очигледно, прихваћен став да се код даривања ради о уговорима закљученим *intuitui personae*. То недвосмислено произилази из предложеног правила да странке могу да уговоре повраћај поклоне у случају претходне смрти поклонопримца, чиме је поклонодавцу дато право да раскине уговор ако не жели да поклон после његове смрти припадне наследницима поклонопримца.⁵⁹

Закључак

Donatio mortis causa је у римском праву био добротично располагање, које је настајало на основу сагласности воља поклонодавца и поклонопримца, и имао је обележја и поклоне и легата. Био је увек опозив а само изузетно неопозив и стварао је правно дејство само под условом да поклонопримац надживи поклонодавца.

Српска држава и право су од самог настанка били под утицајем римско-византијског права. Средњовековна српска држава је правила о поклону за случај смрти, садржана у Законоправилу, преузела директно

⁵⁸ Ђурђевић, М., Поклон за случај смрти, стр. 252.

⁵⁹ Чл. 679 Преднацрта – „Пуноважна је одредба уговора о повраћају поклоне поклонодавцу ако поклонопримац умре пре њега”, упор. Константиновић, М., Скица за законик о облигацијама и уговорима, чл. 521. – „Пуноважна је одредба уговора о повраћају дара дариваоцу ако обдареник умре пре њега”.

из римског права. Таква правила су примењивана у пракси све до стварања модерне српске државе. Српски грађански законик је поклон за случај смрти сматрао легатом, и на њега примењивао правила која се односе на испоруке, слично Јустинијановом законодавству. Овакво поимање поклона за случај смрти, као легата, имали су и предратна теорија и пракса. Битно другачије схватање поклона за случај смрти било је у послератној правној доктрини, где је поклон за случај смрти сматран уговором, уз посебну погодбу да ће предмет поклона бити предат поклонопримцу након смрти поклонодавца. Пошто је схваћен као уговор на њега су примењивана сва правила за уговоре, те није био једнострано опозив, већ само када се за то испуне услови као код редовног поклона. Такав став је преовлађујући и у данашњој теорији и пракси.

Преднацрт Грађанског законика Републике Србије садржи концепт поклона за случај смрти који се разликује од позитивне теорије и праксе. Прописивањем правила да је поклон за случај смрти једнострано опозив по слободној вољи од стране поклонодавца, као и теоретским мишљењем да би требало прописати одложни услов да поклонопримац мора надживети поклонодавца да би уговор био перфектан, овај правни институт се веома приближава *donatio mortis causa* римског права. Тиме се посредно указује да поклон за случај смрти није искључиво уговор, већ да се ради о грађанскоправном институту *sui generis*, који у себи садржи елементе и облигационог и наследног права.

Summary

The present in case of death has a rich legal-historical tradition. In this paper, the author points to the continuous presence of original Roman Law rules in the regulation of the present in case of death in Serbian Law. Through the Nomocanon of Saint Sava, Serbian Medieval Law took over the entirety of the rules on the present in case of death from Roman Law. The Serbian Civil Code contained provisions that identified the present in case of death with delivery and this approach was adopted by the pre-war theory and practice. The post-war doctrine, however, upheld a different view, treating the present in case of death as a contract *inter vivos* with a special agreement stipulating that the subject of a present shall be handed over to the presentee after the donor's death. This position was adopted by positive theory and practice of the time as well. The future civil-law legislation formulated through the Pre-Draft Civil Code of the Republic of Serbia does not entirely embrace such an approach to the theoretical notion of the present in case of death. By giving the right to the donor to unilaterally revoke a present, the Code actually brings this institute closer to *donatio mortis causa* of Roman Law. By imposing a suspensive condition that the presentee must outlive the donor for a contract to be perfected the similarity would be even more pronounced. *Key words*: present in case of death, Roman Law, Serbian Law, Pre-Draft Civil Code of the Republic of Serbia

UDK BROJEVI: 347.998.85(430)
347.998.85(497.11)

Љубодраг Пљакић

дугогодишњи судија Врховног суда Србије

УПРАВНО СУДСТВО У НЕМАЧКОЈ И ЗАКОНСКА РЕШЕЊА У СРБИЈИ

Историјат контроле управе

Свест о потреби подвргавања управних органа контроли почиње од Француске буржоаске револуције. У почетку је то била интерна контрола: органи управе су сами себе контролисали. Ова контрола се одвијала на начин да су на свакој вишој инстанци постојали колегијални органи који су је вршили. Међутим, у исто време је долазило до дуплирања контроле тако што су и грађански судови у одређеним случајевима контролисали управу, мада они нису били надлежни да одлучују о судбини управних аката. Временом, грађански судови почели су да се баве контролом управе секундарно, када дође до штете поводом донетих управних аката. Тако су искристалисани ставови да грађански судови нису могли да одлучују поводом доношења аката о денационализацији, али су били надлежни да одлучују о накнади штете поводом денационализације.

Истовремено у 19. веку почиње изградња система управних судова на који начин своје место проналази екстерна контрола управе. Раније интерна контрола се врши на нижим инстанцама и то је једна врста претходног поступка, а потом је, у поступку код суда вршена ревизија донетих одлука. Постојало је начело да се грађанин могао обратити Управном суду само уколико је прошао поступак претходне (интерне) контроле.

Који су били услови за обраћање суду? У почетку, обраћање суду се доводило само у везу са одређеном врстом одлука органа управе: само када су у питању били управни акти. Овакво обраћање суду се сматрало ограничавањем права грађана, па се степен њихове заштите проширивао са ширењем појма управног акта. Систем генералне клаузуле је уведен најпре, у јужној Немачкој да би постао стандард за целу Немачку, тако да приступ судовима није зависио од начина одлучивања од стране државе: сама делатност управе и њен начин одлучивања били су од значаја за врсту тужбе којом се грађани обраћају суду, а не и за право грађанина да иде на суд.

У периоду Вајмарске републике формиран је систем управног права за целу Немачку, да би се из овог система формирали посебни судови – социјални и за пореску материју.

Организација судова

Данас у Немачкој постоје три врсте судова: општи, финансијски и социјални. Редовни судови су парнични и кривични, а посебни судови су за радно право. Трговински судови су при грађанским судовима где чине посебна већа. Сматра се да је ово добро решење због могућности промене материје.

Уставно судство учествује post festum, а не оцењује напред закона унапред.

У Савезном уставу Немачке стоји да може да постоји пет грана заштите, а не и колико ће инстанци да буде. За случај да дође до преплитања надлежности формира се Сенат који треба да реши настали проблем. Сенат може да буде састављен од свих пет судова, а не само од два суда која су у сукобу. Приликом решавања сукоба надлежности не решава се мериторно већ се предмет враћа суду који је надлежан. Посебан облик заштите представља обраћање Савезном уставном суду. Он је изнад свих судова и његова надлежност се простира на све те судове. Овај суд оцењује усклађеност Устава и закона и за случај покретања по-

ступка оцене усклађености, увек се у поступку пресуђења чека одлука Савезног уставног суда. Постоји и поступак заштите код Европског суда у коме се оцењује усклађеност норме домаћег права са европским.

Организација управних судова

Основна карактеристика управног судства у Немачкој је постојање три нивоа суђења: Првостепени управни суд, Виши и Савезни управни суд. Постоји један Савезни управни суд, 16 Виших судова од којих свака покрајина има један суд, а Првостепени управни судови се везују за административне јединице. Најмање покрајине имају један суд, а веће покрајине и више (Баварска 7). Број нивоа и број инстанци се не поклапају, што зависи од самих предмета. Правило је да у судовању постоје три инстанце. Против одлуке првостепеног суда се подноси жалба Вишем суду и против одлуке Вишег суда ревизија Савезном управном суду. Подношењем жалбе Вишем суду поступак се поново отвара и у чињеничном и у правном смислу. У поступку ревизије се оцењује само примена материјалног права.

Организовање надлежности у последње време иде у правцу да се жалба изостави те да се после основног суда иде директно на ревизијски. То ће зависити од самог предмета: када мора да се ради брзо и када у чињеничном стању другостепени суд не би могао много да промени. Као пример тзв. прескакања надлежности и обраћања директно ревизијском суду је случај спорова везаних за регрутацију. У одређеним ситуацијама везано за све врсте предмета, саме странке могу да се договоре да се иде на Савезни управни суд без жалбеног поступка. Могућа је и варијанта директног обраћања Вишем, па онда Ревизијском суду. У тим изузецима Савезни суд сам утврђује чињенично стање. Примери за директно обраћањем суду су везани за хитно решавање у предметима вишег државног значаја као што је изградња значајних путева, аеродрома, електрификације. Некада је услов за поступање Ревизијског суда законом уређено одлучивање у одређеном року, на пример, код формирања нових покрајина. Такође, када се ради о споровима везаним за савезне чиновнике, о њима не може да се расправља на нивоу покрајина. Исто тако, и у случају решавања насталих сукоба између две покрајине или покрајине и савезне државе. До тзв. прескакања надлежности може да се дође по споразуму и када се чека решавање у другом поступку.

Споразумне ревизије у царничној материји постоје већ дужи време.

Трећа могућност ограничавања редовних инстанци је да сам законодавац ограничи обраћање Савезном суду испуњавањем одређених предуслова. Могуће је да и сам судија основног суда донесе одлуку да пресуђе на ствар иде директно на Савезни управни суд и против такве одлуке је дозвољена жалба. Жалбени суд одлучује да ли постоји разлог за овакво поступање. Ако нађе да су чињенице код првостепеног суда у потпуности расправљене, жалбени суд ће предмет проследити Савезном, а у супротном, узеће сам предмет у разматрање. То ће бити случај када је првостепени суд направио неки пропуст, или да о ствари није одлучено у целости.

Постоји разлог за тзв. прескакање надлежности у ситуацији када „предмети превазилазе сами себе”. То ће бити случај када предмети одступају од уобичајене праксе или када се расправља о ствари која није била позната у тадашњој пракси. На овај начин, ревизијски суд уједначава праксу.

Приликом одлучивања у предметима тзв. прескакања надлежности, ревизијски суд ради у већу у коме би, у тој ствари, одлучивао и жалбени суд.

Када Ревизијски суд добије предмет у рад прво одлучује да ли је ревизија допуштена, а некада о дозвољености ревизије може да одлучи и сам виши суд. У предметима у којима се ради о тумачењу новог закона, виши суд предмете директно шаље на ревизијски суд. Скоро $\frac{1}{4}$ предмета чине предмети у којима су саме странке одлучиле да иду на Савезни суд.

Састав судова

Основни управни судови суде у већу од тројице судија професионалца и два поротника. Судијска функција је стална, а поротнике бира градска или покрајинска власт на 4 године. Разлози за увођење поротника у процес суђења су у обезбеђењу јавности и обезбеђењу људи из одговарајуће професије који су у сталном контакту са стварношћу. Поротници се са предметом упознају на дан суђења.

Виши управни судови суде у сенатима (већима) од три, пет и седам судија. Најчешће се суди у сенатима од тројице судија мада у састав у некој од покрајина улазе и по два поротника. Када Виши суд суди као прва инстанца, суди у сенатима од 5 чланова. О допуштености правног лека се одлучује у већу од три судије.

Савезни управни суд суди у сенатима од пет чланова, без поротника, они могу изузетно учествовати у тзв. дисциплинским сенатима (на пример, у вези служења војног рока).

Положај судија

Судије су у вршењу своје функције независне, а независност је лична и институциона. Зна се да је у Источној Немачкој, у време владавине председника Валтера Улбрихта, независност судија сматрана директним супротстављањем извршној власти.

Лична независност судија значи, пре свега, да се судије бирају доживотно и да им функција може престати само у законом превиђеним случајевима. Она даље, значи да судија не може бити премештен мимо своје воље (начело непреместивости судија), као и да не може бити спендован, изузев кривичног дела. Лична независност значи и самосталност према којој судије нису везане за друге судије нити за председника суда.

Институционална независност се огледа у независности у односу на извршну власт. Њена садржина се изражава у персоналном и финансијском смислу на који начин се положај судија у Немачкој приближава судској самоуправи. На нивоу покрајина, суд је укључен у буџет Министарства правосуђа и мора годину дана унапред да искаже своје потребе у погледу финансирања. Систематизацију послова утврђује Министарство правосуђа а у случају неслагања Министарства и Суда одлучује парламент. Личне дохотке такође, одређује парламент.

Судије нижих судова се сматрају покрајинским чиновницима, а судије Савезног суда су савезни чиновници. Постоје покрајине у којима судије бира министар правде. У том случају може постојати и орган који штити интерес судија. У неким другим покрајинама се формира одбор за избор судија. Савезне судије бира Одбор за избор и именовања. Он има 32 члана од којих су 16 представници покрајина, а 16 су из парламента. Представници покрајина су надлежни министри правде или за рад и радне спорове. Право предлагања имају сви чланови одбора, а новост у процедури је у расписивању конкурса за судије.

Уобичајено је да судија проведе три године на проби у првостепеном суду, а затим се избор врши доживотно. За те три године, једну годину се судије шаљу у органе управе да се упознају са њиховим радом, а 9–12 месеци проведе на проби у Вишем суду.

Систем награђивања је систем платних разреда, па се са напредовањем судија увећавају и платни разреди. Уколико се судија са више инстанце врати на нижу, задржава претходну плату.

Поступак избора председника суда је исти као и код судија. Председник суда најчешће, не долази из истог суда, али мора да добије претходно статус судије.

Организација послова у Савезном управном суду

Савезни управни суд има Председништво од седам чланова плус председник суда. Њихова обавеза је да формирају сенате и изврше распоред рада у суду. У пракси се примењује уставни принцип законског судије, што значи да се годишњим распоредом унапред одређује који судија ће да поступа у одређеној области. Најчешће је судија у саставу једног сената, а ретко у два.

Распоред послова у Суду је обављен на следећи начин: први сенат суди у предметима држављанства и странаца, други је надлежан за државне чиновнике (унапређење, плате, пензионисање), трећи поступа у предметима здравства (болнице, права лекара, апотекара), предмет ратних штета, рехабилитације бивших грађана ДДР. У оквиру овог сената се расправља и о питањима возачких дозвола, транспорта роба и лица, а такође и о питањима пољопривреде и послова везаних за права Европске уније. Четврти сенат има надлежност у грађевинским пословима (планирање и изградња, железнице, јавни путеви, заштита човекове околине), пети сенат се бави социјалном заштитом и помоћи угроженим лицима, шести сенат има у надлежности послове везане за културу, школство, универзитет, медије, цркву, удружења грађана, седми сенат се бави штетним материјама и отпадним водама, а осми сенат се бави и денационализацијом и питањима везаним за покрајине. Осми сенат се бави и локалном управном, правом избора посланика у општинама, а о изборима за парламент одлучују уставни судови. Осми сенат се бави и делом послова права полиције. Девети сенат се бави великим пројектима у земљи, изградњом аеродрома и таксама, док за порезе постоје посебни финансијски судови. Десети сенат је везан за председника суда и њега чине чланови деветог сената. Постоје и још два сената за дисциплинске поступке савезних чиновника и за питање војске.

Савезни управни суд има укупно 60 судија.

Судија основног управног суда, као известилац, има годишње у раду 80–120 предмета, судије Вишег управног суда 50–60 предмета уз нешто споредних поступака (одлучивање о хитним мерама, дозвољеност ревизије), а Савезни управни суд има у раду по судији 20–40 ревизија годишње и око 40–50 споредних предмета (допуштеност ревизије). Највише послова има први сенат јер одлучује о допуштености ревизија у око 1.000 предмета годишње.

На рад Савезног управног суда примењује се Закон о управним споровима а и сви други управни судови имају своје законе.

О управној ствари

Да би се боље разумела начела управног спора, као и вођење поступка код суда, морамо најпре да се подсетимо аката управе који се преиспитују код управног суда.

У Немачкој се одустало од принципа важећег у нашем праву, према којем се ради о примени Закона о општем управном поступку увек онда када држава предузима одређене мере на ауторитативан начин, дакле, преко управног акта као инструмента. Под утицајем немачког Основног закона, конципираном у складу са начелима демократије и правне државе, према оцени немачких судија, дошло је до промене са ауторитативне ка демократској држави, па се управно право више не тумачи као право привилегија у рукама државе (кад држави треба приход разреже грађанину порез), **већ као право заштите грађанина у односу на државу**. Ту заштиту држава не може да избегне на тај начин што ће уместо управних аката са грађанима закључивати уговоре који имају већа ограничења од грађанско-правних уговора, јер уколико се ради о уговорима у области јавног права држава подлеже истим основним начелима везаним за заштиту уставних слобода као и у случају доношења управног акта. Према томе, и сви уговори у области јавног права које држава закључује са грађанима уживају правну заштиту код управних судова као и у случају донетих управних аката. Због тога и није важно да ли ће резултат вођеног управног поступка бити донети управни акт или закључени уговор. У складу са изнетим, параграф 9 немачког Закона о општем управном поступку даје дефиницију Општег управног поступка као активност државних органа усмерену према споља, чији је циљ испитивање претпоставки и вршење припрема за доношење управног акта или закључивање уговора из области јавног права.

Наравно, када држава преко својих органа делује у области приватног права (набавља канцеларијски материјал) она у уговорним односима нема ограничавања из области јавног права.

Начела управног спора и поступак пред судом

Прво начело управног спора је утврђивање материјалне истине. Пошто се ради о споровима грађана против државе циљ је да се у вођењу поступка, што је могуће више, странке доведу у равноправан положај.

Друго начело је пружање правне помоћи и обавештења грађанина у току поступка, затим начело саслушања странке и начела јавности.

Тужилац сам одлучује да ли ће поднети тужбу. Поднета тужба се доставља на одговор туженом органу а питања достављања одговора на тужбу је питање културног понашања органа. У управној судској пракси Немачке се не дешава да државни орган не достави суду списе (код нас је непоштовање суда недостављањем списа подигнуто на законску норму да орган може два пута да не поступи по налогу за достављање: прим. аутора). Код нижих инстанци важи као правило усмена расправа, а код Савезног управног суда зависи од самих сената. Странкама се уз позив за расправу указује и на могуће трошкове поступка. Позивање странака је обавеза суда, а оне саме одлучују да ли ће доћи. Судови су веома осетљиви уколико се представник органа не појави на суду, и такво понашање се сматра озбиљним непоштовањем суда са одговарајућим конвенцијама.

Једно од начела је да суд није везан разлозима тужбе. Дакле, у питању је истражно начело. У сложенијим стварима се врши увиђај, а могуће је и вештачење, саслушање сведока и странке, извођење писмених доказа. На тај начин се остварује контролна улога суда. Када се ради о стварима које представљају државну тајну, суд одлучује да ли је обавеза чувања тајне оправдана и одлука суда обавезује државни орган. Ако државни чиновник и поред тога одбије да да изјаву, суд не може да га на то присили, али држава због тога може да изгуби спор.

Један од елемената уставног начела ефикасне судске заштите је да она буде благовремена и хитна. Постоје две врсте привремене заштите странке код обраћања суду. Једна се постиже кроз различите врсте тужби. Најважнија је она којом се тражи поништај управног акта. Сви иницијални акти (жалбе, тужбе) имају суспензивно дејство, мада некада превагу има јавни интерес, али те ситуације морају да имају законско утемељење (полицијске мере, одређене врсте такси и сл.). У тој ситуацији, државни орган може да наложи да се одређени акт изврши одмах, а грађанин је овлашћен да тражи одлагање извршења. На тај начин се отвара писмени споредни поступак о одлагању непосредног извршења, у коме суд доноси одлуку у већу од тројице судија. Председник већа може и телефоном да позове орган да би наложио да сачека са извршењем управног акта и уколико овај то одбије, суд мора одмах да заседа (на пример, када се ради о протеривању странаца, демонстрацијама и сл.).

Други пример поступања судија је када постоји захтев странке да се донесе привремена мера (добијање дозволе, поступак издржавања, захтев да ученик пређе у следећи разред). Тада суд може да дозволи привремену меру са привременим извршењем до коначне одлуке (да на

пример, дозволи привремени упис ћака), пошто претходно прибави изјашњење од управног органа.

Од значаја је запажање да у немачком праву не постоје ситуације у којима је управни спор искључен, као и да Виши управни суд у управном спору не може да донесе одлуку у спору пуне јурисдикције јер би на тај начин суд преузео улогу органа управе што је противно начелу поделе власти. У Немачкој, такође, нису уочене појаве коментарисања судских одлука од стране извршне власти изузев на стручним скуповима.

Што се тиче трајања поступка он је код првостепеног суда од шест месеци до три године, зависно од покрајина које немају довољно судија, код другостепеног суда поступак траје нешто дуже, а код Савезног управног суда око осам месеци. Не постоје прописи о трајању поступка.

Процент потврђених одлука од стране Савезног управног суда је 90%, а странке успевају са 10% укупно решених предмета. Такво стање се објашњава озбиљним радом управе и поштовањем судских одлука, као и стабилном судском праксом и не тако честим мењањем закона.

Управно судство у Србији

Излагање о управном судству и положају судија у Немачкој, као добро уређеном систему, није само себи циљ, већ треба да представља лествицу у односу на коју треба да се изврши анализа стања у Србији. То стање је прилично далеко од онога какво бисмо волели да буде.

У Србији је донет Закон о управним споровима¹ (у даљем тексту: ЗУС) који је у примени од 30. 12. 2009. године. Сматра се још увек новим законом будући да је његова примена каснила због окончавања предмета по закону који је престао да важи.

Генерално говорећи, уз напредак у решењима упоређеним са претходним законом, његова озбиљна мана је у непостојању система управног судства. Овај недостатак је произвео други, такође важан недостатак који се састоји у одсуству жалбе као редовног правног средства у управном спору (не постоји суд који би о жалби одлучивао). Слажемо се да недостатак није „изворно” у овом процесном закону. Проблем вуче своје корене из Закона о уређењу судова², којим није разрађен систем управног судства. Одредбом чл. 11. ст. 4. овог Закона је предвиђен један Управни суд за читаву материју управног спора, надлежност Вр-

¹ Службени гласник РС бр. 111/09.

² Службени гласник РС бр. 116/08, 104/09.

ховног Касационог суда је врло ограничена надлежношћу по ванредним правним средствима на одлуке Управног суда.

Неадекватна уређеност управног судства, као важне гране специјализованог судства, као и однос према обезбеђивању адекватног судијског кадра (у највишем суду управно-судске надлежности Немачке 60 судија и Србији 2!) имају за директну последицу недовољну заштиту грађана Србије у односу на извршну власт.

Ступањем на снагу ЗУС-а, познаваоци ове материје обрадовали су се што је одредба о одложеном дејству управне тужбе нашла место у чл. 23. ЗУС-а. Врло је логично решење према коме Управни суд одлучује да ли ће одлагати извршење управног акта, а не орган управе³.

Упркос и самом називу овакве новине у ЗУС-у, пракса Управног суда је заузела став да ову одредбу треба рестриктивно тумачити тако што се она односи само на акте који у себи садрже обавезу на чинидбу (а не и, на пример, када је државни службеник решењем стављен у статус нераспоређеног – зашто баш он(!), са могућношћу да му после 2 месеца престане радни однос уколико му се не нађе адекватно радно место – неће се наћи!).

Став је аутора да је суштина чл. 23. ЗУС-а у отклањању правног дејства управног акта, што подразумева шире тумачење примењено и на нераспоређеног државног службеника.

Исто мишљење прихвата и проф. др Зоран Р. Томић⁴.

Друга, по оцени аутора, значајна новина ЗУС-а је у прихваћеном принципу у чл. 2. Закона о одлучивању у управном спору „...на подлози чињеница утврђених на усменој јавној расправи”. Принцип је сужен и самим законом (чл. 34. ст. 2. – обавезна расправа), као и дискреционом оценом суда да се ради о сложеној ствари „и ради бољег разјашњења ствари”. Највећу рестриктивност овог принципа је учинио Управни суд свводећи га скоро само на облигаторне разлоге за држање расправе.

Будуће решење проблема аутор види у формирању судијског управног кадра од колега који су праксу стицали у суду, а не у органима управе где не постоји обавеза полагања државног испита из предмета Закон о општем управном поступку!

Трећа значајна новина која обезбеђује поштовање начела обавезности пресуде донете у управном спору од стране управног органа (чл. 7.

³ Детаљније: Љ. Пљакић, *Практикум за управни спор*, издавач Интермекс 2011. година.

⁴ *Коментар Закона о управним споровима*, друго, допуњено издање *Службени гласник* 2012. године.

у вези чл. 69. ст. 2 ЗУС-а) је кажњавање руководиоца органа новчаном казном због непоступања по пресуди суда (чл. 75. ст. 2. ЗУС-а). Аутору није познато да је ова одредба у пракси примењена што доста говори о начелу самосталности судија и могућем страху од органа извршне власти. Он је, чини се, додатно појачан догађајима везаним за још увек неокончане поступке неизабраних судија.

Приказ управног судства у Немачкој и неких кључних одредница организације управног судства у Србији и примене ЗУС-а треба да скрену пажњу на могућа решења у циљу побољшања одговарајућих закона и судске праксе. Тиме ће се проширити и теорија управног права и **учврстити сазнање да је квалитетан управни судија живи гарант законитости рада извршне власти.**

Уместо закључка

Аутор је одабрао да пише о овој теми јер се ради о држави у којој је изграђен завидан систем управног судства. Међутим, то није крајњи циљ реферата, већ упоређење са управним судством у Србији уз давање критичког осврта на решења у постојећем Закону о уређењу судова и процесном закону – Закону о управним споровима.

Реферат иде и даље и даје анализу примене у пракси процесног Закона уз указивање на могућа побољшања. Њихов искључиви циљ је што потпунија заштита грађана, уз доступност суду, да у судском поступку непосредним учешћем ту заштиту остваре. То треба да буде интерес сваке озбиљно уређене правне државе, посебно у овој области контроле аката извршне власти од стране друге гране власти – судске. То захтева посебну обученост судија специјализоване надлежности.

Само стручан и посвећен управни судија је живи гарант законитости рада извршне власти.

Ljubodrag Pljakić

Long-standing judge of the Supreme Court of Serbia

Administrative Jurisdiction in Germany and Legal Solutions in Serbia

Summary

The author has chosen to write about this topic because here we have a state in which an appreciable system of administrative jurisdiction has been established. This is, however, not the final goal of the paper, but a comparison with the administrative jurisdiction in Serbia, with depiction of a critical review of solutions in the existing Law on

Organization of Courts and the Procedural Law – the Law on Administrative Disputes. The paper goes further and gives an analysis of the application in the practice of the Procedural Law, with hinting at possible improvements. Their exclusive goal is an as complete as possible protection of citizens, with accessibility to the court, in order to implement this protection in a court procedure by direct participation. This should be the interest of every seriously organized legal state, especially in this field of control of acts of the executive power by the other branch of power – the jurisdictional one. This requires a special training of judges in the specialized competence. Only an expert and dedicated administrative judge is a living guarantor for the legality of work of the executive power.

ЈУБИЛЕЈИ – Вељко Губерина

У Београду је у суботу 8. септембра 2012. године одржана свечана седница Управног одбора Адвокатске коморе Србије на којој је **д-р Вељко Губерина**, адвокат у пензији уручено највише признање Адвокатске коморе Србије – Златна плакета за животно дело, као знак признања за дугогодишњи усешан и часан рад у професији и посебно ангажовање у раду органа Адвокатске коморе Србије и адвокатских комора у саставу Адвокатске коморе Србије и изузетан допринос развоју професије и унапређењу рада органа адвокатске коморе и афирмацији адвокатуре у друштву.

У присуству великог броја адвоката о добитнику признања су говорили **д-р Драгољуб Ђорђевић**, председник Адвокатске коморе Србије, **д-р Миролjub Павловић**, члан Управног одбора, **д-р Ненад Вукасовић**, дугогодишњи сарадник и **д-р Славко Јеловац**, председник Адвокатске коморе Београда.

Г. Губерина је својим ангажовањем током целокупног професионалног рада допринео унапређењу рада органа Адвокатске коморе и покренуо више значајних активности у Комори које су имале за резултат измене и доуне пројиса, заштити људских и грађанских права и увођења правила у кривични процес која су омогућила бољу заштити окривљених и бранилаца током целокупног кривичног процеса. Својим искуствима у јавности **д-р Вељко Губерина** је указао да адвокат својим преданим стручним радом и професионалним залагањем може да одбрани највише људске вредности – слободу и живот. Посебан допринос **д-р Вељка Губерине** представља његов самопреоран рад на припреми и објављивању четвори књиге едиције „Историја адвокатуре“. Одбране у неким кривичним процесима у којима је **д-р Губерина** био бранилац остају забележене у аналима адвокатуре као најзначајније у правној теорији и пример младим адвокатима. Једном речју, за **д-р Вељка Губерину** адвокатуре није била само професија, већ начин живота.

Живојин Шестић

адвокат у Београду

ВИТЕЗ АДВОКАТУРЕ

Беседа о Вељку Губерини

Постоји прича о једном дечаку који је, скоро бос и го, на хладном јесењем дану, седео на зиду испред робне куће. Наишла је једна дама, узела га за руку, увела у робну кућу, обукла га и обула, извела из робне куће и рекла му: „*E sad idi kuћи*”

Дечак је упитао даму: „*Да Ви јосјођо нисјте, можда, Бој?*”

Дама је одговорила: „*Нисам, ја сам само једно од Божије деце*”

Дечак је даму погледао у очи и рекао: „*Знао сам да сјте у неком сродсјву с Бојом!*”

Кад год се сетим Вељка Губерине ја се сетим ове приче и помислим – *овај човек мора да је у сродсјву с Бојом када је усјео да од једној дечака у избејлишјву јосјтјане живи светијц срјске адвокјшуре.*

Вељка Губерину је у Србију донео вихор Другог светског рата.

„*Данас у 8,30 сјуйио сам на шле Србије. Хвала шји Боже шјшо сам шшо доживео*” записао је Вељко у свом дневнику дана 18. јула 1941. године (*Сведок истјорије*, I књига, 2004. године).

Вељкова радост, у том тренутку, била је разумљива.

Иако и сама под окупацијом, напаћена и осиромашена, Србија је Вељка и сву његову избегличку сабраћу примила са топлином и љубављу.

Вељко јој то никада неће заборавити.

На њену љубав и топлину узвратио је дубоком оданошћу својој нацији и својој вери.

Није Вељко никада заборавио ни свој стари завичај, свој Кордун, Вргин Мост, Карловац. И данас их носи у себи са љубављу и тугом. Али и са, никад незараслом, раном у срцу због трагичне судбине блиских рођака, пријатеља и сународника.

Због тога је Вељко са породицом одлучио да се тамо више никада не враћа.

Остао је у Србији и ту започео свој нови животни маратон. За сваки почетак било је веома тешко, била је окупација а после ње комунистичка власт.

И под тим условима Вељко пред себе поставља високе циљеве иако добро зна да високи циљеви траже велике захтеве и велика одрицања.

Пристао је и упорно кренуо ка постављеном циљу. На том путу био је сам. Имао је помоћ и подршку само од Бога и мајке. А ко би други до мајка, и ко му је више и потребан?

Овај свој пут завршио је на правом месту – у адвокатури.

Тако је овај избеглички дечак са Кордуна, постао ВЕЉКО ГУБЕРИНА. Први адвокат у Историји адвокатуре који је добио плакету за животно дело.

Вељко Губерина није само адвокат, особа у адвокатури, Вељко Губерина је *појава* у адвокатури Србије. Својом појавом Вељко је обележио адвокатуру Србије у другој половини 20 века.

Вељко и адвокатура чине нераздвојиво јединство. Тешко ми је да замислим адвокатуру без Вељка а још теже Вељка без адвокатуре. Понекад помислим да би требало добро погледати и његову крштеницу, можда тамо и пише: „*родио се Вељко Губерина, адвокат*”.

Добро знам историју адвокатуре и знам да је у њој било великих заљубљеника у адвокатуру, али таквог као Вељко, не знам. Учинак Вељка Губерине у адвокатури Србије је немерљив.

Промовишући себе и свој рад (а то је чинио маестрално и без саветника за маркетинг) Вељко је промовисао и адвокатуру. И то је чинио у времену када је промоција адвокатуре била непожељна.

Свој професионални рад је посветио тешким кривичним предметима. Имао их је преко хиљаду.

Његове одбране у овим предметима биле су специфичне и, по њему, препознатљиве. Посебно завршне речи. Тако је настао „стил Губерина”.

Вељко Губерина је у два мандата био Председник АК Србије а у једном Председник Председништва АК Југославије, радио је у Дисциплинским органима, био члан бројних одбора и комисија, иницијатор разних активности Адвокатуре. Иницијатор је евокације на великане српске адвокатуре као и на изради Историје адвокатуре у Србији. У ова два случаја није био само иницијатор већ и оперативни носилац посла заједно са тимом адвоката који су радили на овом послу. Нарочито код Историје адвокатуре коју сада чини едиција од 4 књиге са 2.100 страница и око 700 биографија адвоката.

Његова адвокатска канцеларија била је мала адвокатска академија из које је изашло неколико веома угледних адвоката.

Познати је борац за укидање смртне казне.

Велики је пријатељ и поштовалац младих. Како оних који су већ у адвокатури, тако и оних који се, својим беседама, припремају за адвокатуру.

Не постоји у историји српске адвокатуре личност чији је учинак за адвокатуру раван Вељковом.

Због овог импресивног учинка Вељко је добитник свих могућих признања од стране АК Србије и Југославије, од Светог Синода Православне Цркве *Орден Светиої Саве Првої стїеиена*, од Председника Републике *Орден ...*

Тако је Вељко Губерина, у професионалном смислу, дотакао небо. Више и даље се, ваљда, и не може.

Да ли је то био тај високи циљ који је Вељко себи поставио? Да ли је Вељко тако себи обезбедио место у историји

Будући да је често умео да каже „*ја сам човек историје*” и да је свом обимно написаном животопису дао назив: *Сведок историје* могло би се рећи да је историја била Вељкова крајња дестинација.

У историји адвокатуре Вељко је, већ одавно, обезбедио себи место. За ону другу историју, данашње генерације нису позване да оцењују. О томе ће своју реч дати сама историја.

У сваком случају Вељко је себе спасао од заборава.

Не треба заборавити ни Вељков публицистички рад који је крунисан са 5 књига „*Бранио сам*” и 10 књига „*Сведок историје*”. То је импресиван опус у који је инвестирана огромна енергија и огроман рад.

Приватно, Вељко је драг колега, одан пријатељ, поуздан сарадник, непосредан и комуникативан. Изнад свега велики господин. По свему, по манирима, васпитању, изгледу, облачењу. И овде га тешко можете пратити.

Погледајте његову фотографију из млађих дана („Сведок историје” прва књига), из времена пуног радног капацитета. Видећете једног углађеног господина, попут енглеског лорда, концентрисаног на оно што говори и на оног коме говори. Подигнути кажипрст леве руке као да показује пут којим се стиже до успеха.

То је прави Вељко Губерина.

Са Вељком се не морате у свему сложити. И не треба.

Не морате га, чак, ни волети.

Али га морате поштовати. Вељко то, без сумње, заслужује.

Др Слободан Стојановић

адвокат из Београда

Данило Золо, *Ко каже хуманоси... раи, право и глобални поредак*

Правни факултет у Београду је, у оквиру едиције *Crimen*, ове године издао књигу Д. Зола под насловом *Ко каже хуманоси... раи, право и глобални поредак*, обима 157 страна. Књигу је са италијанског оригинала превео Зоран Катанић, а приређивач и стручни редактор превода је проф. др Зоран Стојановић.

На тај начин је само додата једна кап у море празнине у преводима на српски језик стручно-правних публикација. Посебно, када су у питању теме у којима се наши простори и народи налазе на централном месту, као што је овде случај.

Својеврстан допринос употпуњавању те празнине даје и обимна страна литературе на коју се аутор позива.

Данило Золо (Ријека, 1936) је, нажалост, недовољно познат нашој стручној јавности, за разлику од годину дана млађег колеге са исте катедре универзитета у Фиренци, недавно преминулог Antonia Kassesea, ранијег Председника Трибунала за бившу Југославију у Хагу. Упркос чињеници што Д. Золо, поредећи ову двојицу, према нашој оцени, неупоредиво објективније приступа догађајима који су задесили државе на територији бивше Југославије, посебно српски народ.

Но, то није случај и у свету. Данило Золо, професор филозофије међународног права универзитета у Фиренци, је веома познат и присутан не само у својој земљи, него и на скоро свим важнијим универзитетима Велике Британије и САД, као и у државама Јужне Америке.

Књига која је предмет овог приказа први пут је објављена у Италији 2000. године, а светски значај је добила са енглеским издањем у Лондону и Њујорку 2002, под нешто измењеним насловом.* Заиста је штета да се тек сада објављује и на српском језику, али морамо додати, за утеху, да није баш ништа изгубила од своје актуелности.

„Ко каже хуманост – покушава да те обмане”, позива се аутор на познату Прудонову мисао. Ово је и мото који прожима три основне теме које излаже и елаборира. Све се, наводно, заснивају на хуманости, али аутор у томе види заправо нешто друго, пре свега интересе САД и земаља чланица НАТО пакта. Те три централне теме, како аутор наводи у предговору који је марта 2012. године написао за српско издање књиге, су:

- а) улога коју је одиграо према Србији (од 1993. до данас) Међународни кривични трибунал, основан *ad hoc* за бившу Југославију;
- б) експлицитна повреда Повеље Уједињених нација и међународног права на коју су се Сједињене Државе (и НАТО) одлучиле нападом 1999. године на Србију – називајући *хуманиитарном иншвервенцијом* покољ хиљаде невиних особа за који су постале одговорне;
- ц) стално запоседање од стране Сједињених Држава војне базе Camp Bondsteel смештене у срцу Косова и са тим повезана независност од Републике Србије, коју је Косово унилатерално прогласило у фебруару 2008.

Наведене теме су изложене у неколико поглавља која започињу излагањем једног објективног приступа у сагледавању битног доприноса западних сила у настанку балканских проблема. Затим, следи елаборација три основне теме, кроз поднасловe који већ сами по себи много говоре: Разлози рата; Рат против права; Међународна „политичка правда”; Последице рата. На крају, после закључка, дата је и хронологија значајних догађаја везаних за наше просторе „од Косова поља до Сијетла” (1389–1999).

Као што се већ могло закључити, књига је изузетно критички оријентисана у односу на постављене теме, али не само у односу на непосредне последице конкретних догађаја, него и уопште, на трајне и несагледиво штетне глобалне последице, пре свега у области међународног права. Судбина међународног права је угрожена – док је *ius gladii* (право

* Енглеско издање књиге Д. Зола објављено је под насловом: Zolo Danilo: *Invoking Humanity – War, Law and Global Order* (дослован превод на енглески гласио би: *Who Says Humanity... War, Law and Global Order*).

мача), како су стари Римљани називали право силе, у великој мери презузело функције међународног права. Но, и само постојање ове књиге и њен садржај говоре да са оваквом праксом никада не може бити помирења.

Књига је намењена не само правничкој и политичкој јавности, него и најширем кругу читалаца. За адвокатуру би могла чак представљати незаобилазну стручну литературу у области међународног и, нарочито, међународног кривичног права.

Уместо препоруке, признаћу да сам издање ове књиге, тада на енглеском језику, користио и у својој докторској дисертацији.

Др Недељко Јованчевић, адв.

Главни и одговорни уредник

Проф. др Зоран Стојановић, *Коментар Кривичног законика*,
Четврто измењено и допуњено издање,
„Службени гласник”, Београд, 2012, 1099 стр.

Недавно се појавило четврто (измењено и допуњено) издање познатог *Коментара Кривичног законика* проф. др Зорана Стојановића. Овај кратак приказ има за циљ да скрене пажњу нашој стручној и научној јавности на појаву овог новог, знатно допуњеног издања (проширен је за преко две стотине страница), а не да детаљније улази у његово приказивање и анализу.

После изласка из штампе трећег издања уследиле су у септембру 2009. године бројне измене и допуне Кривичног законика, па је *Коментар*, пре свега, било потребно ажурирати са тог аспекта. Неке од тих новина изазвале су одређене проблеме у тумачењу и примени, па се зато аутор *Коментара* посебно бави њима. Полазећи од тога да циљ коментара није да се бави критиком појединих законских решења, аутор је и код таквих решења која заиста заслужују критику (било због суштинских или легислативно-техничких пропуста), настојао да нађе прихватљиво решење за њихову примену. Осим тзв. кућног затвора, и неких других мање значајних новина у општем делу, ту је и већи број потпуно нових или значајно измењених кривичних дела којима се у *Коментару* посвећује нарочита пажња. Нека од њих имају изузетан значај у пракси (нпр. кривична дела у вези са опојним дрогама или недозвољеним држањем и ношењем оружја). Осим тога, детаљније су објашњене и неке одредбе Кривичног законика које нису мењане (на пример, кривично дело крађе). Данас се у већој мери може узети у обзир и судска пракса која је у међувремену настала у примени Кривичног законика. То се нарочито односи на поједина кривична дела, па је и у том погледу *Коментар* значајно обогаћен. У *Коментару* је узет у обзир и већи број нових или измењених и допуњених закона који су релевантни за тумачење и примену одређених кривично-правних норми.

Као посебну вредност овог коментара истичемо да је он нашао праву меру између онога што је основна сврха сваког коментара, а то је помоћ

судској пракси у примени Кривичног законика и решавања неких теоријских питања. У области кривичног права теорија и пракса се преплићу, тако да се приликом давања одговора и решавања неког проблема мора поћи како од теорије, тако и од праксе. То се у неким ранијим нашим и страним коментарима посебно наглашавало у њиховом поднаслову („научни и практични коментар“). Иако се то данас подразумева код вредних коментаторских дела (нарочито у немачкој кривичноправној литератури), то треба истаћи као једну од карактеристика коментара професора Стојановића. С једне стране, он је врло употребљив за праксу (што му је и основна намена) али, с друге стране, он се заснива на уважавању ставова савремене теорије кривичног права.

Остваривање настојања да се да што више одговора на спорна питања, као и да се све одредбе Кривичног законика детаљно објасне, води изузетно обимним коментарима. У странијој литератури постоје и коментари који су написани на више хиљада страница (али су, по правилу, дело више коаутора). За коментар професора Стојановића могло би се рећи да по обиму (1100 страница) спада у коментаре који су у том погледу нашли праву меру. Претерано обимни коментари имају и један недостатак, а то је теже сналажење у њему и извесна непрегледност. У вези са тим, треба посебно истаћи нешто што је у нашој коментаторској литератури ретко, а то је да је овај коментар и у техничком смислу урађен тако да олакшава примену кориснику. Између осталог, у тексту су болдом наглашене кључне речи што омогућава брз преглед и сналажење приликом тражења одређеног питања. Иначе, нису сви институти општег дела и поједина кривична дела обрађена у истој мери. Аутор се држао критеријума да важнијим институтима општег дела и важнијим кривичним делима посвети довољну пажњу, док је оним кривичним делима која су у пракси ретка, а и за теорију не представљају изазов, посветио мањи простор.

Са задовољством се може констатовати да је ново издање *Коментара* професора Стојановића још у већој мери постало корисно средство и незаобилазна литература за сваког онога, па наравно и за браниоца у кривичном поступку, ко настоји да се озбиљно бави материјом кривичног права.

IN MEMORIAM

ЂОРЂЕ ВЕБЕР (1940–2012)

У Новом Саду је 29. јула 2012. године, у 73. години живота, изненада преминуо Ђорђе Вебер, један од најугледнијих војвођанских адвоката, ранији председник Адвокатске коморе Војводине и носилац низа других високих и одговорних функција у адвокатури Војводине, Србије и Југославије.

Ђорђе Вебер рођен је 5. јануара 1940. године у Новом Саду. Матурирао је 1959. године у новосадској гимназији „Светозар Марковић”, а дипломирао је 1964. године у првој генерацији студената новосадског Правног факултета. За време студија активно и успешно се бавио спортом (веслање).

После приправничке праксе у Скупштини Општине Нови Сад и код адвоката Станка Кромпића, 1967. године положио је адвокатски испит и у Новом Саду отворио адвокатску канцеларију. Од тада, па све до одласка у пензију 30. 09. 2009. године, непрекидно је водио адвокатску канцеларију у Новом Саду.

У адвокатској пракси определио се за грађанско и привредно право и у овим правним областима постао један од најреспектабилнијих стручњака.

Још од приправничких дана био је посвећен професионалним питањима адвокатури и ангажован у раду Адвокатске коморе. У Адвокатској комори Војводине био је: дисциплински тужилац (1979–1982), заменик председника првостепеног Дисциплинског суда (1982–1985), члан другостепеног Дисциплинског суда (1985–1988), секретар Управног одбора (1988–1992), члан Уређивачког одбора *Гласника АКВ* (1973–1984), председник Етичког одбора (2001–2004), члан и председник Комисије за доделу повеља и плакета (2001–2004, 2007–2010), председник и заменик председника Савета Адвокатске коморе Војводине (2007–2012).

Председник Управног одбора и Адвокатске коморе Војводине био је у два мандата (1992–1995 и 1995–1998).

Био је председник председништва Савеза републичких и покрајинских адвокатских комора Југославије (1994–1995) и председник Адвокатске коморе Југославије (1999–2000), председник Адвокатске коморе Србије и Црне Горе (2003–2004), члан Управног одбора Адвокатске коморе Србије (1998–2002) и делегат у Скупштини Адвокатске коморе Србије.

Активно је учествовао у раду Међународне уније адвоката и Конференције председника европских адвокатских комора (Бечки адвокатски разговори).

Добитник је највиших признања Адвокатске коморе Војводине (плакета са захвалницом АКВ, повеља са захвалницом *Гласника АКВ*) и Адвокатске коморе Србије (повеља АКС).

Ђорђе Вебер је по многим својим особинама био нарочит и неповљив. Радило се о личности живог духа и брзе мисли, оригиналног стила и упечатљивог наступа. Био је омиљен, сваки скуп освежавао је новим идејама и начином њиховог представљања. Изнад свега, био је оличење савесности и честитости – несебичан, пожртвован, добронамеран и поуздан. Располагао је ретким спојем темперамента и аналитичности. Његова запажања била су проницљива, свеобухватна и тачна. Свему чега би се подухватио посвећивао се у потпуности: породици, адвокатури, адвокатској комори, пријатељима, спорту, грађењу и природи. Имао је природан шарм и пленио својом непосредношћу и луцидношћу. Када бисмо на три битне одлике наше професије, које чине право, моралност и обичаји пренели разликовање онога што је Рудолф Јеринг назвао субјективном иманентношћу, могли бисмо за Ђорђа Вебера да кажемо да је имао и правно осећање или правни такт, да је имао осећање моралности или изражену савест и да је имао осећање прикладности или пристојности или социјални такт. Упркос томе што је хитро реаговао никада није био површан. Упркос томе што је често умео да се нашали, никада није прешао меру којом би некога повредио.

Смрт Ђорђа Вебера велики је губитак за адвокатуру у целини и за Адвокатску комору Војводине посебно. Његов допринос праву, етици професије и угледу и унапређењу рада Адвокатске коморе Војводине остаће трајно забележен и запамћен.

Др Слободан Бељански

CIP – Katalogizacija u publikaciji
Narodna biblioteka Srbije, Beograd
347.9

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

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

COBISS.SR-ID 20883970
