

YU ISSN 0353-9644



БРАНИЧ

*Часопис за правну теорију и праксу
Адвокатске коморе Србије*

Година CXVI • Нова серија • Број 3–4

Београд

2004.

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.co.yu

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:

———— * —————
Мр Недељко ЈОВАНЧЕВИЋ
адвокат у Београду

Уређивачки одбор:

———— * —————
Рајна АНДРИЋ, Мирко ТРИПКОВИЋ, Ненад ЦЕЛЕБЦИЋ
адвокати у Београду

Милинко ТРИФКОВИЋ,
адвокат у Земуну

Градмир МОСКОВЉЕВИЋ,
адвокат у Крушевцу

Раде ЈАНКОВИЋ,
адвокат у Бољевцу

Владимир ЈАНКОВИЋ,
адвокат у Крагујевцу

Драган НИКОЛИЋ,
адвокат у Пожаревцу

Графички уредник: Зоран БОЖИЋ, дипл. инг.

Графичка обрада и њелом: 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 160 динара, а појединачни број је 40 динара. Рукописи се не враћају. Сарадња у часопису се не хонорише.

Претплатица: 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 6.000 примерака

Штампа: СТУДИО ПЛУС, Београд

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

<i>Зоран Ситојановић</i> Кривица или кривична одговорност?	5
<i>Радоња Дубљевић</i> Слобода изражавања у Европској конвенцији о заштити људских права и основних слобода	18
<i>Гордана Ситанковић</i> Накнада штете због злоупотребе процесних овлашћења	33
<i>Никола Бодирожа</i> Побијање судског поравнања	49
<i>Стјаниша Ј. Пауновић</i> Злоупотреба права својине	64
<i>Марко М. Марић</i> Како спречити рад надриписара	82
<i>Мирослав Врховшек</i> Донет је закон о суду Србије и Црне Горе	89

РАСПРАВЕ

<i>Ненад Целебџић</i> Изрицање васпитне мере млађем пунолетном лицу	101
<i>Дражан Нововић</i> Улога државе у поступку обезбеђивања накнаде штете жртвама ратних злочина из времена нацизма	103

<i>Владимир П. Миљевић</i>	
Судске таксе и отежан приступ правди за наше грађане	112
<i>Петар Милутиновић</i>	
О надлежности суда за извршење управних аката	115
<i>Милан Тојаловић</i>	
„Уредба за будућност“	127
ПРИКАЗИ	
<i>Милинко Р. Трифковић</i>	
Приказ зборника радова <i>Корупција у правосуђу</i>	131
<i>Градмир Московљевић</i>	
Књига Оливера Б. Ињца <i>Велике адвокатске одбране</i>	136
<i>Драѓана Ђорић</i>	
Потрага и разумевање у теорији права	139
Идеолошки темељи Европске уније	141
ИЗ РАДА ХАШКОГ ТРИБУНАЛА	
<i>Слободан Стојановић</i>	
Joint Criminal Enterprise – Заједнички злочиначки подухват као повреда права оптуженог у поступку пред Трибуналом у Хагу	145
In memoriam	
Војин Лазић (1932–2004)	167
Јован Јозо Копривица (1935–2004)	170
ИНФОРМАТИВНИ БИЛТЕН	173

Ч Л А Н Ц И

Др Зоран Стојановић

редовни професор Правног факултета у Београду

КРИВИЦА ИЛИ КРИВИЧНА ОДГОВОРНОСТ?

I

Једну од значајних, може се рећи, концепцијских новина, коју Предлог Кривичног законика Србије (даље: Предлог КЗС) доноси јесте коришћење појма кривице уместо појма кривичне одговорности. При томе Предлог има у виду субјективни елемент у општем појму кривичног дела, тј. виност како се он и даље у претежном делу наше теорије и праксе назива. С обзиром на проширеност термина „виност“, као претходну напомену треба истаћи да се Предлог Кривичног законика Србије уместо тог термина определио за термин „кривица“ не само због језичких разлога, већ и зато што се схватање субјективног елемента од којег Предлог полази може боље означити речју „кривица“. Виност је и иначе квази научни термин који је без потребе почетком XX века уведен у нашу кривичноправну терминологију уместо до тада коришћеног термина кривица.¹ Он донекле замагљује право зна-

¹ За разлику од термина „виност“ који се у нашој кривичноправној теорији користи од почетка двадесетог века и који је настао приликом превода немачке речи „Schuld“ (вид. предговор М. Веснића уз превод уџбеника Ф. Листа из 1902. године) у деветнаестом веку се користио термин „кривица“ (вид. Ђ. Ценић, Објашнења, Казнителног законика за Књажество Србију, друга свеска, 1865). Тај термин је требало превести као кривица, што је уосталом до

чење субјективног елемента кривичног дела и више одговара вредносно неутралном старом психолошком схватању тог појма. Код кривице, пак, у основи остаје и оно свакодневно, уобичајено схватање тог појма, нарочито она његова нормативна компонента која у себи укључује одређено негативно вредновање. Додатни разлог и оправдање за коришћење речи „кривица“, јесте и то што законодавац мора да тежи томе да користи терминологију која је разумљива и просечном грађанину. Иако је познато да правна терминологија понекад захтева удаљавање од свакодневног језика, у случају субјективног елемента кривичног дела не постоји ниједан озбиљан разлог да се он назове виност, а не кривица, У прилог термину виност иде једино то што се он одомаћио у нашој теорији и судској пракси.

Кривица представља један од четири обавезна елемента у општем појму кривичног дела (радња, предвиђеност у закону, противправност и кривица).² Да би нека радња која је у закону предвиђена као кривично дело и која је противправна била кривично дело, неопходно је да се она може учиниоцу приписати у кривицу. Приписати одређено дело некоме у кривицу истовремено значи и то да му се приписује одговорност за то дело. Кривично је одговоран онај учинилац који је извршио радњу која је у закону предвиђена као кривично дело, која је противправна и која му се може приписати у кривицу. С обзиром на то да је за постојање кривичне одговорности неопходно остварење свих конститутивних елемената кривичног дела, како објективних тако и кривице као субјективног елемента, нужно се намеће питање односа два појма: појма кривичне одговорности и појма кривице. За одређивање појма кривице битне су две ствари: како ће се одредити њен однос

тада, а и извесно време и касније био термин који се у Србији користио и у кривичном праву. Тако, Суботић 1933. године и даље користи израз кривица, констатујући да је израз „виност“ унет у новију српску науку, те да га употребљава „нова генерација, али га ново кривично законодавство није нигде употребило“. Уп. Д. Суботић, Шест основних проблема кривичног права, Београд, 1933, стр. 46. Термин „виност“ прихвата и Живановић и највероватније је под његовим утицајем постао доминантан у нашој теорији кривичног права, мада треба приметити да је сам Живановић показао термиолошку недоследност када је трећи основни и највише појам кривичног права у оквиру своје трипартиције назвао кривцем, а не виновником.

² Више о томе вид. З. Стојановић, Кривично право, општи део, девето издање, Београд, 2004.

са појмом кривичне одговорности, и која ће се теорија прихватити приликом одређивања њеног појма.

II

Предлог КЗС напушта појам кривичне одговорности и полази од става да уместо ње у позитивно право треба унети кривицу као конститутивни елеменат кривичног дела. Познато је да важеће кривично законодавство не говори о кривици (или виности), већ познаје општи појам кривичне одговорности (члан 11. ОКЗ). Иако се тај појам и у нашој теорији често користи, он је споран. Место кривичне одговорности (терминолошки је исправније говорити о кривичноправној одговорности) у систему општег дела није јасно. У нашој кривичноправној литератури заступају се два различита схватања кривичне одговорности. Једно, објективно-субјективно, полази од тога да кривична одговорност обухвата како објективне елементе кривичног дела, тако и кривицу (виност) као субјективни елеменат, док друго, субјективно схватање овај појам, у ствари, изједначава са кривицом.³ То друго схватање, по правилу, кривичну одговорност користи као генусни појам који означава кривицу и урачунљивост, односно кривицу и урачунљивост поставља као две равноправне компоненте кривичне одговорности. Међутим, појам кривичне одговорности, нарочито ако се схвати искључиво субјективно, сувишан је у кривичноправној догматици и доводи до конфузије у систему општег дела. Он на неки начин ставља у други план и сужава појам кривице (виности) који у том систему мора бити један од камена темељаца. Наиме, у систему општег дела довољна је кривица као субјективни елеменат општег појма кривичног дела, јер она подразумева урачунљивост без које не може ни постојати. Зато се поставља питање какав је смисао и улога појма кривичне одговорности схваћеног субјективно јер се он у ствари своди на кривицу, а кривица (или виност) је већ садржана у појму кривичног дела. Кривична одговорност у субјективном смислу своје засебно место у систему

³ Вид. о та два схватања М. Радовановић, *Кривично право, општи део*, Београд, 1966, стр. 185–187. Овај аутор се иначе опредељује за објективно-субјективни појам кривичне одговорности схватајући је као „заједничку ознаку и скуп потребних услова за примену кривичне санкције према учиниоцу кривичног дела“.

општег дела може имати само у случају ако се кривично дело схвати искључиво објективно. Управо прихватање тог ужег, субјективног појма кривичне одговорности од стране неких аутора указује на то да они у ствари полазе од објективног појма кривичног дела, иако отворено не заступају Живановићево објективно схватање кривичног дела које је у нашој теорији одавно превазиђено. Чак ни објективно схватање појма кривичног дела не води нужно схватању кривичне одговорности у ужем, субјективном смислу. И сам Живановић је заступао објективно-субјективни појам кривичне одговорности одређујући је као скуп објективних и субјективних услова потребних за кажњивост, а то по њему, односно трипартицији, значи постојање кривичног дела (схваћеног објективно) и кривца као скупа субјективних елемената.⁴ И поред тога, ОКЗ на више места користи појам кривичне одговорности у субјективном смислу као један од основних појмова, па и главу другу назива „кривично дело и кривична одговорност“. Иако закон кривично дело и кривичну одговорност ставља у исту раван као два паралелна појма истог нивоа општости, постоји и схватање да се кривична одговорност може подвести под појам кривичног дела, тј. да је закон предвиђа као његов субјективни елемент.⁵ То схватање, у ствари, настоји да коригује недоследност законодавца и да реши дилему око тога како законодавац схвата појам кривичног дела у корист објективно-субјективног појма што се у основи може подржати. Међутим, и терминолошки и суштински кривица је централни појам, она је основ и услов кривичне одговорности, одговара се не због самог дела већ зато што је учинилац крив за оно што је учинио или пропустио да учини, кривична одговорност је констатација, суд о кривици. Суштинска страна одговорности је везана за кривицу. Одговорност подразумева приписивање кривице, кривица је основ за одговорност.⁶ Одговорност има своју нормативну компоненту. Одговара се за посту-

⁴ Уп. Т. Живановић, Основни проблеми кривичног права, Београд, 1930, стр. 129.

⁵ Тако М. Ђорђевић у Коментару Кривичног закона СФРЈ, Београд, 1978, стр. 67.

⁶ Константиновић расправљајући питање одговорности за проузроковану штету у грађанском праву сматра да „појам кривице... служи за основу субјективне одговорности“. Уп. М. Константиновић, Основ одговорности за проузроковану штету, Архив за правне и друштвене науке, бр. 3/1953, стр. 300.

пак који је негативно вреднован. Зато је кривица, а не кривична одговорност у субјективном смислу елеменат општег појма кривичног дела.

Појам кривичне одговорности у ширем смислу као скуп услова потребних за примену кривичне санкције укључујући и учињено кривично дело, као што је речено, прихвата само један део наше теорије. Други део теорије полази од ужег схватања појма кривичне одговорности чији конститутивни елементи јесу урачунљивост и виност (кривица).⁷ Кривично одговорним се сматра учинилац који је у време извршења дела имао одређена психичка својства (урачунљивост) и одређен психички однос према свом делу (виност, односно кривица). Ово схватање полази и од одредбе члана 11. ОКЗ. Но, треба имати у виду да та одредба дозвољава и другачије тумачење, те да не искључује појам кривичне одговорности у објективно-субјективном смислу. Наиме, она говори и о кривичном делу, тј. кривично је одговоран само онај учинилац који је извршио кривично дело. Иако је схватање које кривичну одговорност своди на две компоненте, тј. урачунљивост и виност (кривицу), у нашој литератури па и у пракси доста често заступано, оно није прихватљиво. Као што је већ речено, до кривичне одговорности долази када су остварени сви елементи кривичног дела, а то су радња, предвиђеност у закону, противправност и кривица. С друге стране, кривица не може постојати без урачунљивости, учинилац који је неурачунљив не може бити крив за учињено дело. Код њега умишљај и нехат могу постојати само у једном ширем, природном, али не и у правном смислу. Урачунљивост је неопходна претпоставка или обавезан елеменат кривице што значи да без урачунљивости нема ни кривице. Док је кривица двоструки однос, психички однос учиниоца према делу, као и однос друштва према њему због учињеног дела, урачунљивост је

⁷ Тако Срзентић – Стајић који заступајући субјективни појам кривичне одговорности сматрају да се он „поклапа са појмом кривње“. Док се не треба сложити са ужим, субјективним појмом кривичне одговорности, нема сумње да је тачна констатација да он, ако се тако схвати, јесте исто што и кривица. Треба приметити да наведени аутори у свом познатом уџбенику како у овом (Н. Срзентић, А. Стајић, Кривично право ФНРЈ, Општи део, 1957, стр. 258) тако и у каснијим издањима са Љ. Лазаревићем, више пута у вези са овим питањем користе термин кривица (у ствари, његову хрватску варијанту „кривња“), а не виност који термин иначе користе.

способност учиниоца за кривицу која подразумева исправност његовог психичког апарата, или другим речима подразумева да се учинилац посматра као личност.⁸ Урачунљивост подразумева постојање способности одлучивања и способности расуђивања. Полази се од тога да сваки човек има ту способност, односно да је урачунљив. Другим речима, полази се од претпоставке урачунљивости и она се у конкретном случају утврђује само онда када се појави сумња да се ради о неурачунљивом учиниоцу. И тада се не утврђује урачунљивост, већ неурачунљивост. То су, иначе, општепознате констатације. Но, из тога се у нашој теорији не изводи закључак да је неурачунљивост само основ искључења кривице, тј. субјективног елемента кривичног дела, како то чини Предлог КЗС, већ се урачунљивост ставља у исту раван са тим субјективним елементом преко усвајања ужег, субјективног појма кривичне одговорности.

Ако већ није потребно уносити и урачунљивост у појам кривичне одговорности као што то чини ОКЗ а под његовим утицајем и значајан део наше теорије, онда се кривична одговорност своди на кривицу, тако да ова два појма у ствари постају синоними. Такву недоследност да се кривица (виност) јавља и као елемент кривичног дела и као елемент кривичне одговорности систем општег дела свакако не трпи. То значи да би, ако се већ користи појам кривичне одговорности, једино имало смисла да се он шире схвати као одговорност за учињено кривично дело са свим његовим елементима. Међутим, са аспекта решења из ОКЗ које је више склоно томе да кривичну одговорност сведе на урачунљивост, умишљај и нехат (а умишљаја и нехата нема без урачунљивости), кривична одговорност се у ствари изједначава са кривицом. Ово је последица и непотпуне законске одредбе о општем појму кривичног дела која не садржи субјективни елемент, а трпи и неке друге приговоре (члан 8. став 1. ОКЗ). Тако кривица остаје ван кривичног дела и постаје синоним за кривичну одговорност коју ОКЗ познаје као засебан појам, као нешто што није обухваћено кривичним делом. За разлику од те одредбе, Предлог КЗС у општи појам кривичног дела уноси и кривицу и доследно

⁸ Кривица дубоко задире у личност, она претпоставља личност која нормално функционише. „Само личност може бити урачунљива, одговорна и крива. С. Франк, Казнено право, Загреб, 1950, стр. 30.

спроводи објективно-субјективни појам кривичног дела тако да у том погледу не оставља никакве дилеме као што је то случај са важећим кривичном законодавством. Не само да се у општи појам кривичног дела уноси субјективни елемент (члан 14. став 1. Предлога), већ се и основи искључења кривице изједначавају са основима искључења противправности (члан 14. став 2. Предлога), па се и у тим случајевима користи формулација „није кривично дело оно дело ...“.⁹ Осим тога, уместо одредбе члана 11. ОКЗ о кривичној одговорности, члан 22. Предлога КЗС говори о кривици и предвиђа њене конститутивне елементе.

Иако и из већ изложеног произлазе разлози зашто приликом позитивно правног регулисања субјективног елемента кривичног дела предност треба дати кривици у односу на кривичну одговорност, могло би се још рећи и следеће. Кривица је елемент у општем појму кривичног дела, а кривична одговорност је пре свега констатација, тј. утврђивање да неко испуњава услове за одговорност у кривичном праву. Кривична одговорност је последица вршења кривичног дела, као што је грађанскоправна одговорност последица вршења грађанскоправног деликта. Кривично дело је основ кривичне одговорности. Кривична одговорност указује на то да је неко учинио кривично дело и да је за њега одговоран. Кривична одговорност је стога термин који у кривичном праву претежно има декларативни, а не и суштински карактер. Оно суштинско се решава на нивоу постојања конститутивних елемената кривичног дела. Постојање свих тих конститутивних елемената истовремено значи и постојање кривичне одговорности која је основ за примену кривичних санкција, пре свега казне. Неке кривичне санкције се могу применити и онда када нема кривичне одговорности, али тада нема ни кривичног дела у потпуном смислу, тј. недостаје кривица, па се може говорити само о противправном делу којим се остварују битна обележја из законског описа неког кривичног дела. То све говори у прилог томе да је у кривичном праву прихватљиво једино шире схватање појма кривичне одговорности, али да његово коришћење у кривичном законодавству није неопходно. Схватање тог појма у ужем (субјективном) сми-

⁹ Тако, није кривично дело оно дело које је учињено у стању неурачунљивости (члан 23. став 1), у неотклоњивој стварној заблуди (члан 28. став 1) и неотклоњивој правној заблуди (члан 29. став 1).

слу неспојиво је са објективно-субјективним схватањем појма кривичног дела од којег се иначе експлицитно полази у Предлогу КЗС. Када се тврди да кривична одговорност у кривичноправној догматици може да има само декларативни, констатујући карактер, тиме се, наравно не негира могућност да се овај појам схвати и одреди у једном другом, правно-филозофском смислу, или као врста, тип одговорности (да би се разликовала од моралне, политичке или одговорности у другим областима права). Но, тако схваћеном појму кривичне одговорности није место у позитивној кривичноправној норми. Извесно оправдање и потреба да се објективно – субјективни појам кривичне одговорности користи у позитивном праву постоји у кривичном процесном праву.¹⁰

III

Без кривице (субјективног односа учиниоца према делу који је основ да му се оно припише, односно стави на терет), не може бити речи о кривичном делу. У нашој теорији преовлађује схватање да се кривица (виност) најкраће одређује као скуп психичких односа учиниоца према своме делу. Психички однос се своди на свест и вољу који представљају два основна елемента виности. Такав начин одређивања појма кривице полази од психолошких теорија кривице које су настале у немачкој теорији крајем XIX века. Осим њих, данас постоје и нормативне теорије кривице, као и психолошко-нормативне теорије. Према нормативним теоријама кривица се своди само на социјално-етички прекор који се због учињеног дела упућује учиниоцу кривичног дела. Код неких нормативних теорија умишљај и нехат нису облици, па ни степени кривице већ елементи бића кривичног дела, елементи кривичног неправа. Они су у потпуности обухваћени бићем кривичног дела, тако да на плану кривице остаје само оцена и закључак о невредности учињеног дела. Иако умишљај и нехат имају свој основ у самом бићу кривичног дела и делимично су укључени већ у само неправу, не може се доћи до исправног и потпуног суда о кривици уколико се не процењује и субјективни, психолошки садржај

¹⁰ Радовановић заступа став да је кривична одговорност у ствари појам кривичног процесног права, а не засебна установа кривичног права. М. Радовановић, *op. cit.*, стр. 187.

који постоји код учиниоца у односу на дело које је учинио. Зато се прекор мора заснивати и на психолошким елементима као што су урачунљивост, могућност свести о противправности дела, умишљај и нехат. То указује на оправданост мешовитих, психолошко-нормативних теорија кривице. Оне полазе од тога да је кривица психички однос учиниоца према делу због којег му се може упутити прекор. Да би му се тај прекор у виду кривичне санкције могао упутити, кривица мора бити једним својим делом инкорпорисана већ у самој законској норми. Субјективни елемент у кривичном делу мора постојати како *in abstracto* у законском опису кривичног дела тако и *in concreto* код одређеног учиниоца. Свођење кривице (виности) само на њене облике (умишљај и нехат) у којима се она у конкретном случају код одређеног учиниоца испољава у складу са старим класичним појмом кривичног дела, као и психолошким теоријама, не само да је правно догматски неодрживо, већ значи и недопустиво умањивање значаја кривице у кривичном праву.¹¹

Психолошким теоријама се може пребацити да представљају одређену симплификацију и психологизам, као и да се не могу доследно спровести пре свега у односу на несвесни нехат. Психолошке теорије не могу да објасне несвесни нехат. Код њега нема никаквог психичког односа према делу, одсутни су и свест и воља. Несвесни нехат (па и нехат у целини) у кривичном праву почива на нормативним елементима: учинилац се није понашао онако како се од њега очекивало. Иако имају одређене слабости, а може се

¹¹ Иако у страној теорији одавно превазиђено, схватање да су умишљај и нехат само облици виности и да не представљају конститутивне субјективне елементе бића кривичног дела и даље је присутно у нашој теорији и судској пракси. Оно се и данас задржало, иако је и у нашој литератури критиковано. Тако, Бркић указује на очигледну чињеницу да ако се у опису неког кривичног дела не предвиђа нехат, онда такво понашање извршено из нехата није кривично дело, а не само да је искључена кривична одговорност у субјективном смислу зато што код учиниоца не постоји умишљај. Кривична одговорност у овом случају не постоји зато што не постоји кривично дело, сматра он. Као пример за неприхватљивост става да умишљај и нехат нису конститутивни елементи кривичног дела наводи кривично дело оштећења туђе ствари које би, ако се тај став доследно спроведе, постојало и онда када је учињено из нехата, али би кривична одговорност била искључена зато што нема умишљаја. Уп. М. Бркић, О појму кривичног дјела, Архив за правне и друштвене науке, 3/1953, стр. 225

рећи и да су данас превазиђене, психолошке теорије имају ту предност што су једноставније и прецизније од нормативних теорија. Међутим, најприхватљивије су психолошко-нормативне теорије (коју заступају и неки наши аутори),¹² јер оне не одбацују природни садржај кривице, тј. полазе од психолошког садржаја кривице, али тај појам допуњавају и нормативним елементима.¹³ Кривица представља јединство реалног, субјективног, психичког супстрата и суда о њему. То је суд о невредности дела којим учинилац крши кривичноправну норму и суд о његовом односу према тој норми и добру које та норма штити. Иако је то у првом реду правни суд, то је истовремено и суд који има и своју моралну димензију.¹⁴ У кривично дело се тако инкорпорише не само однос

¹² На зачетке психолошко-нормативне теорије кривице наилазимо у српској литератури врло рано, тј. неколико година после појаве тог схватања у немачкој литератури. Тако, Топаловић, иако то схватање не разрађује, у својој расправи о умишљају и нехату говорећи о кривици говори и о прекору од стране друштва: „Суштина кривице лежи у једноме нарочитом психолошком односу виновника према последици, због кога он може да буде прекорен од стране друштва“. Уп. Ж. Топаловић, *Граничне међе умишљаја и нехата*, Београд, 1911, стр. 100. Но, ово схватање, за разлику од стране теорије, није у нашој кривичноправној литератури постало владајуће схватање. Већина аутора није прекорачила оквире старе психолошке теорије. Један од оних који су остали у мањини јесте и Атанацковић који указује на значај и неопходност и нормативног приступа приликом одређивања појма кривице јер је нормативно схватање „једино у стању да објасни прави разлог прекора које данашње друштво чини према учиниоцу кривичног дела“. Уп. Д. Атанацковић, *Критеријуми одмеравања казне*, Београд, 1975, стр. 139. У прилог психолошко – нормативног схватања вид. и З. Стојановић, *ор. cit.*, стр. 182.

¹³ Интересантно је да се у нашој правној теорији нормативном аспекту кривице придаје већи значај у области грађанског, него кривичног права. Тако Константиновић указујући на то да „појам кривице... није ближе одређен“, те да су „сви покушаји да се кривица дефинише остали безуспешни“ настоји да га одреди помоћу нормативних елемената: „Кад кажемо за некога да је крив ми се изјашњавамо о његовом понашању. Ми истражујемо шта се у датим околностима могло основано очекивати од разумног човека. Ако је учинилац изневерио такво очекивање он је крив.“ М. Константиновић, *ор. cit.*, стр. 300.

¹⁴ Атанацковић сматра да је суд о невредности код нормативног приступа у одређивању појма кривице искључиво правни, а не и морални суд. Уп. Д. Атанацковић, *ор. cit.*, стр. 139. Међутим, и поред оправданог става да кривично право и морал као нормативне системе треба разликовати, њихово међусобно прожимање је у извесној мери неизбежно. Ни кривица у кривичном праву не може (а и не треба) да буде потпуно лишена моралних

учиниоца према сопственом делу, већ и негативни вредносни суд о његовом делу. Социјално-етички прекор се упућује учиниоцу кривичног дела због онога што је учинио, а не због онога што он као личност јесте. И сама легитимност казне се заснива на невредности понашања које представља кривично дело (а не на невредности његовог учиниоца).

Психолошко-нормативно схватање кривице није у директној супротности са ОКЗ, иако он пре свега има у виду психолошку теорију. Основна сметња која у ОКЗ постоји у односу на прихватање мешовите, психолошко-нормативне теорије кривице јесте решење које он садржи у погледу правне заблуде према којем ни неотклоњива правна заблуда не искључује кривицу. То је реликт на који се у савременим кривичним законодавствима све ређе налази јер представља не само повреду принципа кривице (*nullum crimen sine culpa*), већ и принципа правне државе.¹⁵ Не може се некоме упутити прекор и изрећи кривична санкција зато што је прекршио одређену норму онда када он, с обзиром на околности конкретног случаја, никако није могао да зна ту норму. Предлог КЗС решава овај проблем опредељујући се за суштински другачије решење код правне заблуде: неотклоњива правна заблуда искључује кривицу, а тиме и постојање кривичног дела. Штавише, свест о забрањености дела (односно могућност постојања те свести) постаје конститутивни елеменат кривице (члан 22. став 1. Предлога КЗС). Не само због овог решења, него и из других одредаба општег дела произлази да Предлог КЗС полази од психолошко-нормативне теорије кривице.

Приликом утврђивања нечије кривице, полазећи и од свакодневног смисла тог појма, не могу се избећи одређена вредновања. Једно од централних питања које се поставља јесте да ли је учинилац могао другачије да поступи, да ли је могао да избегне

вредновања. Прекор који би се код кривице заснивао искључиво на правној невредности дела, а да при томе не би повлачио и извесну моралну осуду, не би био прекор у правом смислу речи. То и на плану кривице указује на неоправданост прописивања оних кривичних дела која не повлаче ни најмању моралну осуду.

¹⁵ Зато је такво решење у неким земљама чији га кривични законици и даље задржавају проглашено противустановним. То је случај са Италијом. Уп. Н. Н. Jescheck, *Beiträge zum Strafrecht 1980–1998*, Берлин, 1998, п. 412.

вршење кривичног дела, да ли му се оно може приписати. Сам концепт кривице полази од релативне слободe човекове воље. Ово филозофско питање око којег постоји вечит спор и које се емпиријски и научно не може верификовати, нужно се мора у кривичном праву заснованом на кривици решити у корист релативног индетерминизма. Потпуни детерминизам је, у ствари, негација кривичног права. Постојање одређеног простора који дозвољава човеку извeстан избор, нужна је претпоставка за постојање кривице, па и кривичног права у целини.

За утврђивање кривице од значаја су и морална вредновања. Иако се морална кривица у неким случајевима може поклапати са кривицом у кривичном праву, те две врсте кривице треба разликовати.¹⁶ Ипак, у праву су они који виде етичку основу кривице и у кривичном праву.¹⁷ Управо због тога што морал пред појединца поставља много више захтеве, кршење кривичноправних норми по правилу показује да учинилац не уважава ни оне минималне, елементарне моралне нормe, односно да не испуњава ни онај минимални захтев који се поставља сваком члану друштва, а то је да бар не врши кривична дела. У вези са моралном кривицом треба указати да за кривицу у кривичном праву није неопходан осећај кривице код учиниоца, свест о томе да је крив за учињено дело. Постоје и они учиниоци кривичних дела код којих је та свест одсутна. Штавише, код неких од њих постоји супротна свест и осећај, а то је да су исправно поступили (нпр. код учиниоца политичких деликата). Ова чињеница је и додатни разлог у прилог ставу да се кривица не може исцрпљивати само у психолошком односу учиниоца према свом делу. Тај однос мора бити вреднован и за резултат имати суд о постојању или непостојању кривице учиниоца за конкретно кривично дело.

¹⁶ Суботић указује на извесну сличност кривице у кривичном праву и моралне кривице, али са основом констатује да се „појам моралне (етичне) кривице и правне кривице не поклапају“. Д. Суботић, *op. cit.*, Београд, 1933, стр. 48.

¹⁷ Тако Тасић говорећи о кривици у кривичном и грађанском праву каже: „У оба случаја појам кривице или одговорности је етички (нормативан), одређен по једном етичком и социалном критериуму...“. Ђ. Тасић, Увод у правне науке, Београд, 1933.

IV

Предлог КЗС у већој мери него постојећи ОКЗ уважава субјективни елемент кривичног дела. Штавише, он у извесном смислу кривици даје централно место у односу на остале конститутивне елементе кривичног дела иако су они од подједнаког значаја. То има своје оправдање у чињеници да је кривично право грана права у којој субјективизација долази до нарочитог изражаја. Кривично дело је дубоко субјективан чин. Кривично дело без кривице је *contradictio in adiecto*. О невредности једног понашања са аспекта кривичног права не може бити говора без постојања његове субјективне усмерености на повреду или угрожавање оних добара која се кривичним правом штите. Неко понашање без обзира на то колико објективно штетно било, без те субјективне усмерености, једва да има неки значај за кривично право. Наиме, противправно дело које одговара законском опису неког кривичног дела али које због непостојања кривице није кривично дело, може бити основ за примену мера безбедности (у случају неурачунљивог учиниоца). Но, кривично право не постоји због неурачунљивих учинилаца. Не само да се њихово лечење и чување може остварити и без кривичног права (нека савремена кривична законодавства мере чувања и лечења према неурачунљивим учиниоцима не сматрају кривичним санкцијама), већ друштво путем кривичног права изражава своје очекивање од својих чланова да неће вршити кривична дела. То значи да сама кривичноправна норма по својој природи подразумева субјективну комуникацију и деловање на оно што је субјективно у човеку, као што и кривично дело није било какав напад на кривичним правом заштићена добра већ само онај који се заснива и произлази из кривице учиниоца.

Др Радоња Дубљевић
адвокат из Београда

СЛОБОДА ИЗРАЖАВАЊА У ЕВРОПСКОЈ КОНВЕНЦИЈИ О ЗАШТИТИ ЉУДСКИХ ПРАВА И ОСНОВНИХ СЛОБОДА

УВОД

Слобода мишљења или слобода изражавања мишљења, било да их разумемо као једну или две различите слободе, на листи људских права заузимају централно место. Управо је у борби за људска права слобода мишљења била једна од основних човекових преокупација. Када су међународна документа о правима човека уважила њено природно-правно порекло и прописала стандарде ове слободе, створени су услови да се афирмишу слободни токови и установе сваког конкретног друштва.

Све до II светског рата људска права су сматрана унутрашњом ствари сваке државе и нико са стране није могао да се меша у питања како односна влада поступа са својим грађанима. Тек након II светског рата, када се свет суочио са последицама овог рата, реаговала је међународна заједница и донела је документа о људским правима. Пошло се од идеје да се мора изградити систем међународне одговорности и да се људска права морају јавити као брана самовољи и насиљу, које је неретко господарило у историји. Национални суверенитет више не може послужити као изговор за ограничавање људских права, која су природна и не

завршавају се на границама националних држава. Људска права, тиме, добијају интернационалну димензију и престају бити искључива ствар националне државе и њеног унутрашњег система. (*domaine reserve*).

Доношењем Универзалне декларације о правима човека из 1948. год., о примени и заштити људских права и слобода брине међународни поредак. Људска права су постала саставни део међународног права, које успоставља њихове стандарде, а националним државама оставља да ова права обезбеде у свом правном поретку. Већ у овој декларацији слобода изражавања нашла је своје место јер је у чл. 19, поред осталог, прописано да свако има право на слободу мишљења и изражавања.

Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода на потпун начин дефинише стандарде слободе изражавања, посебно водећи рачуна о њеним границама, јер слобода значи и обавезу и одговорност. Конвенција оставља простор демократским државама да у својим националним законима ову слободу ограниче само у одређеним случајевима и када је то неопходно, уз могућност да све то може бити подложно оцени њених органа.

I. СТАНДАРДИ СЛОБОДЕ ИЗРАЖАВАЊА

Државе оснивачи Европског савета усвојиле су Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода (1950).

Оригиналност Конвенције не испољава се у каталогу права и слобода које она садржи, нити у разради њихових садржинских елемената, већ у њеним институционалним одредбама, или, прецизније речено, у механизму за међународни надзор над поштовањем обавеза које су државе уговорнице преузеле овом Конвенцијом. Европска конвенција успоставља један сложен институционални систем, који се састоји од: Европске комисије за људска права, као органа истраживања и мирења, Комитета министара, као органа за доношење квазисудских, уствари политичких одлука, Европског суда за људска права и једног помоћног органа, у лику Генералног секретара Европског Савета. Европска Конвенција је, за разлику од Универзалне декларације о људским правима УН, чија је правна обавезност била спорна, недвосмислено наметнула јасне и прецизне међународноправне обавезе државама уговорницама. Она, наиме, омогућава, уз изричит и начелни при-

станак држава, да се лица, која су под њиховом сувереном влашћу, могу обраћати међународним телима када су њихове државе повредиле преузете обавезе у погледу поштовања људских права.

Ниједна држава није више суверена у апсолутном смислу и дужна је да на својој територији поштује људска права, која више нису одређена само њеним сопственим уставом и законом. Тако су нпр. у оквиру Савета Европе учињене новине, које у односу на традиционално схватање, да однос између државне власти и грађана у погледу остваривања и заштите људских права спада у искључиву унутрашњу надлежност државе, значе велику прекретницу. У том смислу је у чл. 3 Статута Савета Европе прописано да свака држава, која жели да буде позвана у чланство Савета Европе, мора прихватити начело да „свако ко подлеже њеној сувереној власти треба да ужива људска права и основне слободе“.

Слобода изражавања је зајемчена у члану 10 Конвенције:

„Свако има право на слободу изражавања. Ово право укључује и слободу на стијановишће и на примање и саопшћивање обавештења и идеја без мешања јавне власти и без обзира на границе. Овај члан не сиречава државе да радио стјанице, тјелевизијске стјанице и биоскојска предузећа подвргну режиму дозвола“

Елементи слободе изражавања, према ставовима у литератури, су: право на сопствено мишљење без узнемиравања са стране; право тражења информација; право примања информација; право ширења информација; право на избор средстава путем којих ће се користити ова слобода; коришћење овог права без територијалних ограничења. Слобода ширења информација и идеја дели се и према средствима којима се врши – лична и масовна средства комуницирања. Слобода пријема информација садржи релативно пасивно право да се приме к знању све доступне информације и идеје, као и активно право да се траже нове и непознате идеје и информације. Ово би се право могло, по Булингеру, проширити „правом на информације“, које би обухватало право да се буде информисан од стране владе или *mas media*, или и право на приступ информацијама владе и сл.

У пракси Европског суда за људска права интересантан став у погледу права на пријем информација заузет је у случају *Леандер против Шведске*. Суд је закључио да је шведска влада имала право да ускрати информације лицу које је одбијено да буде запосле-

но, јер није задовољило безбедносне услове за то радно место. Жалилац је захтевао да му се пружи на увид садржај досијеа како би могао да разјасни или оповргне нетачне податке, што је влада одбила. Суд је сматрао да клаузула о „слободи примања обавештења“ у члану 10. *у основи забрањује влади да сиречи неко лице да њиме обавештења који други желе или су вољни да му дају, док у околностима какве су у овом случају, члан 10. не даје право појединцу да се упозна са реџистром у коме су подаци у њему.*

Конвенција познаје и стандарде који се односе на границе слободе изражавања. Познато је да је граница одређене слободе услов слободе и да је нужна како би се слобода ускладила, у садржајном смислу, са другим слободама и правима. Стога се слобода јавља као правна, а не апсолутна категорија и тако подводи под појам правног феномена

Право на слободу изражавања је злоупотребљено када се повреде границе ове слободе које је деле од других вредности заштићених правом или моралом, што повлачи примену правних, одн. моралних санкција. Са друге стране, може бити угрожено или повређено право на слободу. То право укључује поље слободе остављено појединцу, у коме је појединац аутономан, па то морају поштовати сви остали, тако што ће уздржавати се од радњи којима би своја права остваривали на рачун права другог.

Слобода говора, истиче Вилиамс, мора се задржати на граници да се износе увреде, blasfемије и друге вулгарне ствари. Мил (J. S. Mill) је јасно указао на однос између слободе са једне, и права и морала са друге стране и био је свестан неопходности постојања закона против увреде и клевете, али их није сматрао неспојивим са доктрином о слободи мишљења. Стога је Мил остао заговорник апсолутне слободе мишљења и изражавања, под условом да се ограничи употреба погрдног језика и дефинише заштита одређених вредности у случајевима стварне и непосредне опасности од материјалних активности која се јављају као директан наставак изражених мишљења.

Правни поредак предвиђа могућност злоупотребе слободе изражавања и у таквим случајевима прописује мере ради заштите других вредности. Поредак примењује санкције да би на пример од злоупотребе слободе изражавања заштитио нематеријалне вредности као што су част и углед и сл. Међутим, разлози за реакцију

поретка морају бити утврђени и јасно одређени како не би долазило до прекорачења и незаконитих интервенција које би повредиле поље слободе остављено појединцу.

Синтагма „говор мржње“, на пример, обухвата различите видове злоупотребе слободе изражавања, као што су наношење увреда или ширење пропаганде којима се угрожавају право на једнакост људи, без обзира на порекло, националну, расну, верску припадност и сл., или заговара рат, као средство за решавање постојећих проблема, стварају други облици несигурности итд.

Границе слободе изражавања могу бити обавезне и факултативне.

Модерно схватање слободе изражавања не допушта заговарање мржње на националној, верској или расној разлици. Слобода не подразумева право залагања за рат. Зато је ово ограничење слободе изражавања обавезно (инхерентно) за разлику од осталих ограничења која су допустива (пермисивна). Обавезне границе слободе изражавања мишљења су границе које улазе у дефиницију слободе. Наиме, дужност је државе да сузбије пропаганду рата и изазивања националне, расне или верске мржње.

Након II Светског рата низ држава је склопило билатералне уговоре о сузбијању пропаганде рата. Генерална Скупштина УН, својим Резолуцијама од 27. 10. 1947. г. и 17. 11. 1950. год. осуђује ратну пропаганду. Конвенцијом о спречавању и кажњавању злочина геноцида од 09. 12. 1948. год. проглашено је као кажњиво дело „непосредно јавно подстицање на вршење геноцида“ (чл. 3, ст. 1 т. ц). У чл. 5 ове Конвенције прописана је обавеза за стране уговорнице да пропишу „ефикасне кривичне санкције“ за дела наведена у чл. 3 Конвенције. Међународни Пакт о грађанским и политичким правима прописује, у чл. 20 т. 1 да „свака пропаганда у корист рата биће законом забрањена“, а у чл. 20, т. 2 да ће „законом ће бити забрањено свако заговарање националне, расне или верске мржње која представља подстицање на дискриминацију, непријатељство или насиље“

Државе уговорнице имају обавезу, на основу чл. 4, ст. 1, т. 2 Међународне конвенције о укидању свих облика расне дискриминације из 1965. год., да пропишу као кривично дело „свако ширење идеја заснованих на супериорности или расној мржњи, свако подстицање на расну дискриминацију, као и сва дела насиља,

или изазивање на таква насиља, уперена против свих раса или помоћи расистичким активностима, подразумевајући ту и њихово финансирање“.

Европска конвенција полази од принципа једнакости и људска права признаје без дискриминације на основу пола, језика, боје коже, расе, вероисповести, политичког или ког другог убеђења, националне или социјалне припадности, имовинског стања и сл. (чл. 14). Међутим, Конвенција не познаје обавезне границе слободе изражавања. Ипак, то не значи да слобода изражавања није у потпуности заштићена овом Конвенцијом. Конвенција је на линији општег концепта слободе изражавања. О томе сведочи пракса њених органа. Тако је на пример Комисија, као орган Конвенције, у једном случају, одбацила представке два члана једне холандске политичке партије, који су сматрали да је холандска влада повредила члан 10 Конвенције, када их је осудила због растурања летака, који су пропагирани протеривање свих радника на привременом раду, који нису белци. Комисија је свој став образложила тако што је навела да је циљ Конвенције, према члану 17, *да се сирече њојшалићарне згрује да за своје њојшребје искористе начела наведена у Конвенцији, ње да би уважавањем њаквих њрава дојри-нело њониићшавању њрава и слобода из Конвенције.*

Конвенција познаје факултативне границе слободе изражавања. У члану 10 став 2) прописано је:

„Пошћо вршење ових слобода њовлачи за собом дужности и одговорности, оно може бићи њодвргнућо формалностима, условима, ојраничењима и казнама, који су њредвићени законом и који су неојходни у демократићском друшћву у инћтересу националне безбедности, њериићоријалној инћтезрићетића или јавне сигурности, ради сиречавања нередa или злочина, ради зашћићиће здравља или морала, ради зашћићиће угледа или њрава друћих, ради сиречавања ојкривања обавешћења њримљених у њверењу или ради очувања аућоритетита и нејрисћрасности судстива“

Европска конвенција о људским правима и основним слободама, види се, предвиђа већи број „рестриктивних клаузула“ (*limitation clauses*), као што су национална безбедност, територијални интегритет, јавна сигурност, спречавање нередa и злочина, заштита здравља или морала, угледа или права других, спречавање откривања обавешћена примљених у поверењу и очување ауторитета и непристрасности судства.

Факултативне границе односна држава може, али не мора применити. Ове границе су ствар њене дискреционе оцене. Зато се говори о допустивим (пермисивним) границама. Од природе и ограничења овлашћења државних органа на овом питању зависи степен и квалитет демократије, тј. правне ограничености система државне власти односног друштва.

Државе ће поштовати међународне стандарде људских права ако одређена ограничења слободе изражавања предвиди законом/легалитет/, ако се ради о допустивом ограничењу из клаузуле/легитимитет/ и ако је то у демократском друштву нужно. Држава на основу допуштеног „поља слободне процене“ дискреционо одлучује хоће ли или не да их примени.

II. РЕСТРИКТИВНЕ КЛАУЗУЛЕ СА ОСВРТОМ НА ПРАКСУ ЕВРОПСКИХ ОРГАНА

Ко и на основу којих критеријума примењује „рестриктивне клаузуле“ је суштинско питање преко кога се сагледава сва сложеност и противречност концепта људских права.

Да ли је „мешање“ (*interference*) државне власти у погледу уживања зајемчених права и слобода у складу са допуштеним ограничењима, подложно је оцени надлежних међународних тела. У том погледу најпре се поставља питање да ли је до „мешања“ државе дошло. Ако је одговор потврдан онда се поступак поставља и одвија у три фазе. Прво се поставља питање да ли је ометање државе „прописано законом“ или „у складу са законом“. Ако се утврди да је интервенција државе била заснована на закону, онда се поставља питање да ли је „мешање“ имало за циљ заштиту неког од наведених основа у рестриктивној клаузули. На крају се поставља питање да ли је таква интервенција државе „потребна у демократском друштву“.

У пракси европских органа стандард „прописан законом“ (*prescribed by law*) подразумева не само писане већ и неписане законе, као што су обичајна правила код држава обичајног права – *common law* (случај „Sandy Times“). Закони морају задовољити одређени „квалитет“, тј. њихова садржина мора бити у складу са начелом „владавине права“ (случај „Malone“).

Код одговора на питање да ли је државна интервенција „неопходна у демократском друштву“ (*necessary in a democratic society*), државама се у погледу заштите вредности обухваћених „рестриктивном клаузулом“ свесно допушта широко „поље слободне процене“. То не значи да ово право држава није ограничено, јер мешање државе мора бити „сразмерно жељеном законитом циљу“, да би се очували „плурализам, трпељивост и широкогрудост“ као вредности демократског друштва (случај „Handyside“). Тиме израз „потребан у демократском друштву“ имплицира постојање „нужне друштвене потребе“ (*pressing social need*). Доктрина „поља слободне процене“ (*margin of appreciation*) успоставља међународни стандард којим се утврђује опсег дискреционих права државе (унутрашње поље слободне процене) да би се одговорило на питање да ли су мере које је држава увела „потребне у демократском друштву“.

Појам „демократско друштво“, према ставу органа Европске конвенције, може се везати за државе које чине Европски савет.

Европска конвенција не даје дефиницију основа обухваћених рестриктивним клаузулама, нити се бави садржином ових појмова. У сваком конкретном друштву постоји скала вредности која уживају правну заштиту. Тако је на пример неподељено мишљење да је право на слободу мишљења злоупотребљено повредом части и угледа и да се ова нематеријална добра јављају као гранична добра заштите. Хумано и демократско друштво може се градити само преко афирмације личних вредности, међу којима су достојанство, част и углед јављају као основне.

Наука кривичног права дала је одговор на многа питања у вези са заштитом ових нематеријалних вредности. Част је у кривичноправном смислу скуп оних вредности које су потребне за испуњење одређених задатака или у притежењу извесних својстава. У појам части улазе различите вредности: људско достојанство као основна вредност, а затим и друге вредности као што су нпр. : правна, социјална, културна, национална, полна, морална, статусна и др., које опет могу бити опште, јер су карактеристичне за све људе, и посебне, јер се стичу на основу посебних залагања, својстава, вештина, талента и сл. Људско достојанство, као основна лична вредност, улази у појам части и претпоставка је за стицање осталих вредности.

Утврђивање граница између права на слободу мишљења и права на морални интегритет човека јавља се као осетљиво питање. Иако су код заштите права личности најпрецизније кривично-правне границе, проблем није решен, јер кривичноправне норме одређују тек минимум правно недопуштеног изражавања мишљења, пошто повреда ових добара може бити и грађанско-правно недопуштена (нпр. недостају неки од елемената кривичног дела, постоје основи искључења кривичне одговорности и сл.).

Мил је запазио да је нпр. пожељно допустити изражавање свих мишљења под условом да се то чини на умерен начин, како се не би прешла граница правичног разговора и уочио да се проблем јавља код питања како ту границу одредити, јер искуство доказује да је, на пример, увреду тешко доказати, посебно када се расправља на софистички начин, када се прећуткују чињенице и докази. Мил се зато залаже за ограничење употребе погрдног језика.

И Хегел је узимао да слобода штампе није слобода да се говори шта се хоће и био свестан тежине задатка код одређивања граница слободе штампе у односу на част, јер повреде у овој области су, на једној страни, ствар субјективних назора, њихово је приказивање у обртима и алузијама, прати их двосмисленост и неодређеност у значењима, а на другој страни, када се ове ствари доведу у везу са законима који их забрањују – законима се може приписати неодређеност. Зато Хегел истиче да се и судској одлуци може приписати субјективан суд, те „ова неодредљивост грађе и облика не да да закони о томе постигну ону одређеност која се захтева од закона“.

Европски суд за људска права, у случају *Лингенс против Аустрије*, поводом осуде новинара који је, у два наврата, неповољно писао о преседнику аустријске владе, утврдио је да је одлукама аустријских судова повређен члан 10. Конвенције, на штету новинара. Суд је заузео став *да је слобода штампе једно од најбољих средстава за упознавање са идејама и ставовима политичких ђрвака, као и за стварање мишљења о њима, те да се слобода политичке дебате налази у самој суштини ђојма демократској друштва*, па су због тога *границе ђрихватљиве критике шире када је реч о политичару него када је реч о ђриватном лицу*.

У правној науци преовлађује став да и правна лица имају своје достојанство, тј. да су носиоци части и угледа као моралних вредности. Овим се питањем посебно бавила наука кривичног

права у жељи да да и одговор на питање – да ли углед правних лица може бити објекат кривичноправне заштите, којим се радњама углед правних лица може повредити, у чему се састоји последица таквог дела, који је облик виности потребан да би дело било извршено и сл.?

На овом месту треба истаћи да је у науци кривичног права преовладало мишљење да правна лица могу бити носиоци ових моралних вредности, пошто су организована да би остварила одређене функције у друштву, те да од квалитета вршења тих функција зависи став спољне средине према њима. Било је научника који су оспоравали могућност да правна лица могу имати част и углед. Тако Бернер истиче да се о угледу правних лица може говорити само условно, јер је правна личност лишена моралне унутрашњости. Зато се само уз помоћ фикције радње са аспекта части могу ценити као њене, јер су такве радње у ствари само повреде части оних живих личности које правну личност заступају. Према Биндингу само појединац има част. Колективна лица немају људске вредности, па тиме ни „сопствене савести“, што је претпоставка за „морално делање“. Према Бару колективна лица немају пасивну способност за увреду и клевету, јер не могу „осетити душеван бол“, који је карактеристичан за част и углед.

Границе права слободе изражавања ради заштите националне безбедности и територијалног интегритета се постављају из потребе да се заштити држава, тј. њена егзистенција. У време идеолошке поделе света, државе социјалистичког политичког система су овај појам широко тумачиле, позивајући се на „интересе социјалистичке револуције“. Овако неодређен и идеолошки обојен појам је отварао широке могућности да поредак ограничи слободу изражавања мишљења.

Зато се поставља питање шта појам „безбедност“ значи, одн. шта је легитиман интерес националне безбедности?

Новак (Nowak) наводи да се заштита националне безбедности може користити као основ за ограничење слободе изражавања само у „озбиљним случајевима политичке или војне опасности целе нације“, као што су нпр. одавање војне тајне или директни и отворени позив на насилну смену власти у атмосфери политичких немира.

У пракси Европског суда за људска права заузет је став, поводом ограничења права на приватност (прислушкивање телефон-

ских разговора), да држава има право да заштити, од „непосредних опасности“ (*imminent dangers*), поред „опстанка и безбедности ...“ и „слободни демократски уставни поредак“.

Међународна невладина организација *Article 19* у својим препорукама заузима став да се слобода изражавања може ограничити само ради заштите „леgitимног интереса националне безбедности“ (Основна начела 1. 3) Треба узети да „ограничење које се оправдава позивањем на заштиту националне безбедности није легитимно, осим ако његов истински циљ и видљив ефекат није заштита опстанка земље или њеног територијалног интегритета од употребе или претње силом, или њена способност да одговори на употребу или претњу силом, било од стране спољне силе, попут војне претње, или од унутрашњих извора, попут позива на насилно рушење владе“ (Основна начела 2(a)).

Легитиман интерес „националне безбедности“ је свакако опстанак државе. Стога се вредности од којих зависи опстанак државе (територија, становништво, независност и сл.) јављају као легитимни циљеви кривичног права. Међутим, питање да ли „уставни поредак“ може бити легитиман основ ограничења слободе изражавања јавља се као спорно. Наука кривичног права уважила је да уставни поредак није категорија од које зависи опстанак државе, уочавајући да се ради о променљивој вредности. Проблем се зато јавља код питања да ли је уставни поредак вредност од које зависи безбедност државе – под условом да „опстанак државе“ и „безбедност државе“ не значе исто. Ако се има у виду чињеница да наука кривичног права није довела у питање легитимитет уставног поретка као објекта кривичноправне заштите, онда би се могло закључити да је пошла од уверења да је безбедност државе зависна од стабилности уставног поретка и да су „опстанак државе“ и „безбедност државе“ појмови различитог значења. Чак и да имају различита значења у садржинском смислу, спорно је питање да ли безбедност државе зависи од њеног уставног поретка. Слобода у једном друштву и постоји ако друштвени односи у њему нису коначно уређени. Слободни токови идеја су нужни како би се предупредила стања насиља и револуција.

Границе права слободе изражавања ради заштите морала се постављају из потребе да се заштити морални поредак у датом друштву, или како се обично наводи, минимум друштвене етике.

Италијански устав, када одређује границе слободе информисања, користи појам „добри обичаји“. Овај је појам доста критикован у теорији. Неки писци овом појму дају смисао и значење поштовања укупних моралних вредности које чине етичку свест једног народа, а тичу се религије, породице, отаџбине, друштвених односа и сл. Сонтанаго овај појам критикује због његове неодређености, пошто не садржи објективне елементе ни правне критеријуме за индивидуализацију, што може отворити врата субјективним тумачењима.

Закон о штампи Француске из 1881. год. прописује да се са јавним моралом може косити свако подстрекавање на одређене злочине; објављивањем фотографија, цртежа, портрета и сл. (чл. 38 ст. 3). Француска је 1949. год. донела Закон о публикацијама намењеним омладини, које не смеју садржавати никакву слику, текст, хронику, рубрику или напис, који приказују (у лепој боји) бандитизам, лаж, крађу, лењост, мржњу и све друге пороке. Немачка је донела Закон о растурању списа штетних по омладину из 1961. год., по коме у неморалне списе спадају списи који наводе на насиље и злочине, који подстрекавају на расну мржњу или величају рат.

У пракси Европског суда за људска права, у случају *Хандјсиде против Уједињеног Краљевства*, заузето је становиште да слобода мишљења представља једну од неопходних основа и темељних предуслова за развој човека, те да обухвата не само обавештења и идеје који се повољно примају, већ и оне који вређају, пошресају или узнемиравају државу, јер су то налози плурализма, толеранције и широкогрудости, без којих нема демократског друштва. Суд је, ипак, закључио да је држава имала право на слободну процену када се позвала на клаузулу о заштити морала из ст. 2. чл. 10 Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода и забрану књиге издавача R. Handyside под насловом „Мали црвени уџбеник“, данских аутора, која је требало да буде објављена у Великој Британији, а чије једно поглавље говори о сексуалном образовању. Суд је пошао од становишта да је немогуће утврдити једну униформну, европску концепцију морала у данашњем времену честих и динамичних промена, па држава зато има, на плану заштите морала, „шири оквир слободне процене“.

Граница слободи изражавања мишљења може се оправдати и потребом да се заштити јавни поредак у смислу функционисања

јавног реда у датом друштву, као и ради заштите његових материјалних вредности.

Да термин „јавни поредак“ може имати различито значење најбоље потврђују енглески „public order“, који означава, пре свега, одсуство нереда и француски „ordre public“, који имплицира постојање некакве генералне државно-правне филозофије или чак идеологије, па се и у овим случајевима слобода изражавања, однајављена злоупотреба мора испитати у контексту бројних вредности односног демократског друштва.

Европски суд за људска права је у случају *Енџел и друѓи против Холандије*, нашао да је влада имала право на забрану публикације у којој су неки војници критиковали официре и констатовао да влада није повредила чл. 10, јер појам јавног реда обухвата и ред који мора да влада у оквиру одређене друштвене групе, па у случају војних органа поремећај у тој групи може да се одрази на ред у целом друштву. Суд исто тако не сме пренебрегнути ни посебна обележја војничког живота.

Када су у питању ограничења која штите судство најчешћа су она која се тичу чињеница о којима суд расправља у току поступка. Тако се одређена ограничења могу наметнути у фази истражног поступка пред кривичним судом, јер је ова фаза поступка специфична по начелу тајности. У кривичном поступку и начело претпоставке невиности такође може бити препрека објављивању одређених информација. У пракси француским судовима забрањено је објављивати оптужне акте пре него што се прочитају на главном претресу.

Европски суд за људска права у случају *Sunday Times против Уједињеног Краљевства* нашао да је влада имала право да се позове на клаузулу „очување ауторитета и непристрасности судства“ из чл. 10 ст. 2 Конвенције, па је заштитио слободу штампе у случају који се односио на забрану текста који је отварао питање употребе лека, који је довео до тешких оштећења код новорођене деце, а који је коришћен у време трудноће, те насталих проблема око накнаде штете и покренутих судских спорова. Суд је свој став засновао на уверењу да иако су судови место где се решавају спорови, ово не значи да се не може водити претходна дискусија о тим споровима и друкде, те да су средства масовног општења дужна да дају информације и преносе идеје о стварима које долазе пред суд, која и грађанин има право да прими.

ЗАКЉУЧАК

Права човека су постала тековина и део свести савременог човека. Ова права су и ствар човекових дужности и одговорности. Она постају брана носиоцима тоталитарних погледа на свет, ауторитарним режимима и диктаторима да доминирају над људским судбинама гажењем слободе и наметањем стања пристанка и покорности .

Унапређивање и заштита људских права је идеал коме свакодневно тежи међународна заједница. Међународна заједница прописује стандарде људских права, подстиче и јача одговорност држава у остваривању тог задатка.

Када је слобода изражавања у питању, може се рећи да се систем заштите слободе изражавања своди на формулисање минималних стандарда, које свака национална држава треба да обезбеди у свом правно-политичком систему. Овај систем укључује и одређене механизме контроле од стране међународне заједнице, тек пошто се исцрпе сва средства која обезбеђује национално законодавство.

Стандарди слободе изражавања подразумевају и ограничења ове слободе под доста рестриктивним условима. Свака национална држава може у својим законима ограничити ову слободу позивањем на основ из рестриктивне клаузуле, али ово ограничење мора одговарати „законито постављеном циљу “ и бити „неопходно у „демократском друштву“.

Управо је ово подложно контроли европских органа и сваки појединац чије је право повређено може се обратити Европском суду.

ЛИТЕРАТУРА

1. Burgental T., *International Human Rights in a Nutshell*, St. Paul, Minn, West Publishing co 1988.
2. Cranston M., „У чему се састоје људска права?“, у *Права човека*, зборник докумената, уредио В. Василијевић, Београд, 1991. год.
3. Чок В., „Право на слободу изражавања, јавно информисање и говор мржње“, *Правни живот* бр. 9/1995, Београд
4. Димитријевић В., „Остваривање (имплементација) међународно зајемчених људских права“, *Анали Правног факултета у Београду* бр. 3/1995, Београд

5. Donely J., *International Human Rights*, Westview Press, Boulder, 1993.
6. Gewirth A., „Основа и садржина људских права“, Домети, бр. 4/1988, Ријека
7. Хегел, *Основне црпне филозофије љрава*, Сарајево, 1989. год.
8. Henkin L., *The Rights of Man Today*, Columbia University, Westvien Press, 1978
9. Јанча Д., „Заштита људских права у оквиру Европског савета“, Југословенска ревија за међународно право бр. 1–2/89, Београд
10. Lauterpacht H., *Inernational Law and Human Rights*, New York, 1951
11. Meron T., (ed) *Human Rights in International Law, Legal and policy Issues*, Clarendon Press, Oxford, 1984. год.
12. Милинковић Б., *Медијске слободе, љрава и оџраничења*, „Медија центар“, Београд, 1996.
13. Милл Ј. С., *О слободи*, „Филип Вишњић“, Београд, 1988. год.
14. Nowak M., U. N. *Covenant on Civil and Political Rights*, CCPR Commentary, N. P. Engel, Arlington, 1993. год.
15. Обрадовић К., „Права човека – овде и данас“, Форум – човек и право, бр. 11–12/1991. год., Београд
16. Пауновић М., *Јуџрисџуденција европскоџ суда за људска љрава*, Београд, 1993. год.
17. Пауновић М., – Милинковић Б., „Основне карактеристике заштите слободе изражавања у пракси органа Европске конценције за људска права“, ЈПМП бр. 1-2/1991. год., Београд
18. Shestack J., „The Jurisprudence of Human Rights“, у Мерон Т. (уп) *Human Rights and International Law – Legal and Policy Issues*, Clarendon Press, Oxford, 1984. год.
19. Водинелић В., „Сукоб личних права и слободе мишљења“, Правни живот, II том, бр. 11–12/1992. год., Београд
20. Вучинић Н., *Међународни љравни сџандарди и зашџићџа основних људских љрава и слобода*, Подгорица, 1994. год.
21. Живановић Т., *О увреди и клевети*, Београд, 1927. год.
22. Гомиен Д., *Краџак водич кроз Европску конвенцију о људским љравима*, Београдски центар за људска права, Београд, 1996. год.

проф. др Гордана Станковић
Правни факултет – Ниш

НАКНАДА ШТЕТЕ ЗБОГ ЗЛОУПОТРЕБЕ ПРОЦЕСНИХ ОВЛАШЋЕЊА

1. Забрана злоупотребе права је општи принцип правног регулационог односа који јасно обележава и карактерише једну посебну етапу у еволуцији правне свести сваке државе и прожима читаву област њеног права. Идеја о забрани злоупотребе права, иманентна самом праву, омогућила је да институт забране злоупотребе права има универзалну примену, чак и кад позитивно право одређене државе не садржи изричита правила о томе и кад ову идеју пласира и развије судска пракса.

Елементи на којима се заснива идеја о забрани злоупотребе права имају такву природу и карактер да омогућавају да она постане универзално прихваћен „регулативни принцип правног саобраћаја“¹ уграђен у све делове правног система. Злоупотреба права је асоцијална појава која је супротна основним принципима права и правног поретка и правилима морала. Права која су призната правним субјектима правним нормама, као правилима друштвеног понашања, не треба да буду коришћена на антидруштвени начин. Вршењем права или појединих овлашћења која чине садржину субјективних права, титулари права треба редовно да задовољавају своје правом признате потребе и интересе, и, исто-

¹ Марковић, М. – Злоупотреба права у грађанском парничном поступку, Архив, 1937, књ. 34, бр. 1, стр. 52.

времено, да остварују законима пројектоване и жељене друштвене интересе и циљеве. Уколико се одређено правно овлашћење или право не врши у складу са његовом друштвеном или економском наменом, долази евидентно до злоупотребе права. Злоупотреба права је правни стандард који служи као општи и основни правни критеријум по коме се оцењује исправност у остваривању и вршењу субјективног права у свим областима једног правног система.

Принцип забране злоупотребе права представља један од основних правних принципа и у грађанском процесном праву, о коме, у свом домену, и законодавац и судија воде рачуна.

2. У правном систему сваке савремене државе признаје се једнако право на судску заштиту субјективних права. Право на правну заштиту, признато и загарантовано уставом², омогућава сваком лицу, које сматра да има потребу за пружањем правне заштите, да затражи обећану правну заштиту пред судовима, као специјализованим органима за пружање правне заштите, без обзира да ли је оно покренуло поступак за пружање правне заштите или је поступак покренут против њега.

Право на правну заштиту остварује се и врши предузимањем процесних радњи које странкама стоје на располагању у одређеном поступку правне заштите. Свака процесна радња изазива, као свој непосредни циљ, одређени процесни ефект, док је крајњи циљ свих процесних радњи у једном судском поступку коначна одлука којом се пружа правна заштита одређене врсте и одређене садржине. Може се догодити да је поједина процесна радња коректна, да је предузета у складу са диспозицијом процесне норме која предвиђа и регулише ту радњу, али да је предузета у намери да се другој странци у поступку правне заштите нанесе противправна повреда. У том случају правна радња у поступку је споља коректна и законита, али је предузета са циљем који је противан намени самог процесног овлашћења и објективном циљу поступка. Због тога процесни закон налаже судији да спречи, сузбије и казни сваку евентуалну злоупотребу процесних овлашћења.

Идеја о забрани злоупотребе процесних овлашћења у процесном сектору правног система, као продукт универзално прихва-

² Видети одредбу чл. 17. Повеље о људским и мањинским правима и грађанским слободама, Сл. лист СЦГ бр. 6/03 од 28. 2. 2003. год.

ћене теорије о злоупотреби права, јавила се као израз настојања да се спречи антисоцијално пронашање у поступку за пружање правне заштите које не одговара циљевима и намени самог поступка. Осим тога, она се јавила и као реакција против крутости законских правила и механичке примене права, и као морални коректив стриктне законитости. Злоупотреба права, као правни стандард, представља инструмент помоћу кога се процес прилагођава стварности и самој правној ствари у питању и који омогућава да процес оствари своју друштвену намену и сврху. Она је један од инструмената помоћу кога се контролише коректност вршења процесноправних овлашћења. Исто тако, она изражава однос права и морала и у процесној сфери, али се, очигледно, у томе не исцрпљује.

Евентуална злоупотреба права или процесних овлашћења је непожељна појава у поступку за заштиту права. Поступак управо постоји да би се остварила и пружила правна заштита, да би се омогућило вршење оних права која се на редован и уобичајен начин нису спонтано остварила у фактичким животним односима. Она штети угледу судова као органа државне власти и правосуђа уопште, изазива сумњу у исправно вршење судске функције, доводи у питање углед и објективност суда, проузрокује, због одуговлачења поступка, неефикасност поступка и неажурност суда, и, у крајњој линији, представља изигравање закона и спречава функционисање правне државе. Због тога, законодавац забрањује да странке делају у поступку насупрот циљевима поступка као институције за заштиту права и правног поретка, те није допуштено да се процесна овлашћења користе злонамерно, из освете или ради гоњења јер на тај начин долази до правне профанације, коју ниједан законодавац, ни судија као његова продужена рука, не би могао да допусти и трпи³.

Теоријом злоупотребе права, која је инспирисала законодавца да прокламује принцип забране злоупотребе права, не иде се на то да се титулару права затворе судска врата, већ се настоји да се, пре свега, спречи шиканирање⁴ лојалних и коректних странака, а „несавесним, нескрупулозним и обесним странкама онемогући три-

³ Марковић, М. – Злоупотреба права, Енциклопедија имовинских права и права удруженог рада, Београд, 1978, трећи том, стр. 1003–1019.

умф⁴⁵. Један од разлога који су навели законодаваца да забрани злоупотребу процесних овлашћења је и могућност да појединац, понесен парничарским страстима, законске прерогативе употребљава са циљем да парничном противнику нанесе штету.

Начело забране злоупотребе процесних овлашћења важи у свим грађанским судским поступцима јер се злоупотреба процесних овлашћења може јавити у разним и различитим видовима и формама у сваком од њих. До злоупотребе права, ипак, најчешће долази у парничном процесном праву, као примарном, редовном и општем методу правне заштите грађанских субјективних права. То је сасвим разумљиво ако се има у виду да се у парници решавају спорови који не представљају само неслагање страна у једном односу, стварном или хипотетичком, већ и њихов сукоб интереса. У настојању да оствари свој интерес у поступку правне заштите парнична странка, понесена парничарским страстима или намером да нашкоди парничном противнику, понекад може и да се абузивно понаша.

Злоупотреба процесних овлашћења се може јавити приликом предузимања многих парничних радњи. У пракси се често срећу ситуације које евидентно представљају злоупотребу процесних овлашћења. То нису само парнице о фиктивним споровима, кад оба парничара споразумно настоје да остваре недопуштене циљеве. Странке најчешће злоупотребљавају процесна овлашћења кад настоје да својим радњама одуговлаче поступак или кад улажу правни лек само да би спречиле наступање правноснажности. Судија може да констатује да је конкретно процесно овлашћење злоупотребљено кад приликом одмеравања интереса у питању, оцени да предузета радња није корисна за развој поступка и његово одвијање ка крајњем циљу – пресуди којом се решава спор, кад се предузетом радњом не износе новоте⁶ нити се допуњава стање ствари,

⁴ Појам шикане се јавља још у римском праву. У литератури се обично сматра да је институт који је познат као *aemulatio* (делање са намером да се нанесе штета, без користи за самог делаоца) био правна појава и институција из које се родила идеја о злоупотреби права.

⁵ Марковић, М. – *Теорија грађанског судског поступка*, Београд, 1946, стр. 170, Марковић, М. – Злоупотреба права у грађанском парничном поступку, Архив, 1937, књ. 34, бр. 1, стр. 52.

⁶ Изношење новота у самој жалби представља могућност за злоупотребу која се на први поглед не може открити. Нпр. кад се у жалби предлаже да се

кад се не износи нови процесни материјал, кад парнични противник прелази границе друштвене конвенције консакриране правилима процедуре. Сигуран и поуздан знак за утврђивање евентуалне злоупотребе увек је недостатак оправданог правног интереса⁷.

3. Начело забране злоупотребе права, као фундаментално процесно начело, конкретизовано је кроз многобројне процесне одредбе ЗПП Републике Србије⁸ тако што је законодавац предвидео разне и различите превентивне мере ради спречавања и сузбијања евентуалне злоупотребе процесних овлашћења. За случај да до злоупотребе ипак дође и да она не буде благовремено откривена и спречена, предвиђена су и одређена репресивна средства која судија, уколико открије злоупотребу процесних овлашћења треба да примени, по службеној дужности⁹ или на захтев странке.

Листу репресивних средстава због злоупотребе процесних овлашћења у савременом српском парничном процесном праву чине: накнада трошкова изазваних радњом која представља факт

изведе доказ саслушањем сведока, а тек у поновљеном првостепеном поступку, после укидања првостепене одлуке, испостави се да предложени сведок није више међу живима дуже од десет година и да је то жалиоцу било добро познато или да се ради о лицу које уопште не постоји јер је измишљено.

⁷ Видети: Марковић, М. – *op. cit.* стр. 54.

⁸ Према одредбама Закона о спровођењу Уставне повеље државне заједнице Србија и Црна Гора, некадашњи савезни ЗПП важи као републички закон све док Република Србија не донесе свој Закон о парничном поступку. Република Црна Гора је, у складу са овим овлашћењем већ донела свој нови Закон о парничном поступку (Сл. лист РЦГ бр. 22/04 од 2. 4. 2004). У Републици Србији је Радна група, коју је формирало Министарство правде, јуна 2004.г припремила радну верзију ЗПП, тако да треба очекивати да и Република Србија добије ускоро свој нови ЗПП.

⁹ Закон о парничном поступку Републике Хрватске (Сл. лист СФРЈ 4/77, 36/77, 36/80, 69/82, 58/84, 74/87, 57/89, 27/90; Народне новине 26/91, 34/91, 91/92 58/93, 112/99, 88/01, 117/03) проширио је могућност да суд санкционише злоупотребу процесних овлашћења. Ради се о томе да је другостепени суд, који у току инстанционог поступка посумња да неко од учесника у поступку теже злоупотребљава процесна овлашћења, дужан да наложи првостепеном суду да провери да ли је дошло до злоупотребе процесних овлашћења. У том случају првостепени суд може или да утврди да је до злоупотребе дошло и да изрекне новчану казну или да утврди да није учињена тежа злоупотреба. У сваком случају првостепени суд је дужан да препис своје одлуке достави другостепеном суду (чл. 10, ст. 5. и 6).

злоупотребе права, новчана казна због грубе злоупотребе и накнада штете¹⁰.

Накнада штете због злоупотребе процесних овлашћења, као репресивна мера против откривене злоупотребе процесних овлашћења, ретко се среће и користи у пракси. Парничари, по правилу, врло ретко захтевају накнаду штете чак и кад је постојање саме штете и евидентно и знатно. Због тога суд ретко долази у прилику да одлучује о праву на накнаду штете због злоупотребе процесних овлашћења. Осим тога, чак и кад је странке захтевају, судије је ретко досуђују¹¹.

Накнада штете због злоупотребе процесних овлашћења је правно питање које може, због своје природе и значаја, да привуче пажњу и цивилиста и процесуалиста јер се ради о проблему који задира у две гране права. И поред тога, ово питање није изазвало посебно интересовање у стручној литератури тако да је остало на маргинама научног истраживања и обраде. Теоретичари облигационог права се њиме не баве јер је штета настала у парници, а процесуалисти, по правилу, ово питање обрађују само сумарно и то у уџбеничкој литератури¹².

¹⁰ Интересантно је да се и у једном делу процесне литературе не наводи као репресивна мера право на накнаду штете. Видети: Рајовић, Б. – Начела парничног, ванпарничног и извршног поступка, Правни живот, 12/03, стр. 23.

¹¹ С обзиром на околност да парничари имају право на правну заштиту и пред екстерним судским органима Савета Европе због повреде процесних људских права, од којих је једно и право на суђење у разумном року, треба очекивати одређене промене у поступању судова. Повреда права на суђење у разумном року није увек искључиво резултат судског поступања и пропуста. Врло често оно је директна последица понашања самих парничара у конкретном судском поступку које суд није знао или умео да спречи. Због могућног покретања поступка пред Европским судом за људска права треба очекивати да ће у блиској будућности судије знатно чешће санкционисати евентуално абузивно понашање него досад, посебно оно којим се парничном противнику наноси штета јер ће и на тај начин, а не само поштовањем правила процедуре, смањивати не само број обраћања овом међународном судском ограну већ и обим одговорности државе за штету коју је странка евентуално претрпела.

¹² Видети: Познић, Б. – Грађанско процесно право, Београд, 1993, стр. 129; Чизмовић, М. – Ђуричин, Б. – Грађанско процесно право, Подгорица, 1994, стр. 107; Старовић, Б. – Кеча, Р. – Грађанско процесно право, 1995, стр. 107; Станковић, Г. – Грађанско процесно право, Београд, 2004, стр. 243.

4. Идеја о злоупотреби процесних овлашћења и о накнади штете због абузивног вршења процесних овлашћења није ни нова, ни непозната у старом и савременом српском и некадашњем југословенском праву.

Сам СГЗ, као материјалноправни закон, није садржао општу одредбу о изричитој забрани злоупотребе права¹³, као и остали грађански кодекси донесени до средине 19 века.

Међутим, одредбом § 504 Законика о судском поступку у грађанским парницама из 1929. г. било је регулисало право на накнаду штете због обесног парничења као једно самостално субјективно право. Одредба § 504. ГПП, којом је била предвиђена одговорност за накнаду штете због обесног парничења, имала је материјалноправни карактер иако је била садржана у процесном закону. Поред Законика о судском поступку у грађанским парницама, посебне санкције због абузивног парничења биле су предвиђене и у једном посебном законском тексту – у одредби § 20. Закона о сузбијању нелојалне утакмице од 4. 4. 1930. год.¹⁴

Према правилу из одредбе § 504 ГПП, титулар права на накнаду штете због обесног парничења био је парничар који је претрпео материјалну штету; дужник је био обесни парничар одн. парничар који парницу није водио лојално. Законодавац је везивао право на накнаду штете за исход парнице која је „вођена очевидно из обести“. Према дикцији правила из одредбе § 504. ГПП, титулар права на накнаду штете, који је имао право да остварује своје субјективно право, била је само она странка која је победила у парници. Штета коју је претрпела странка која је успела у парници могла је да настане или као последица одуговлачења парнице или због тога што је парница вођена без потребе, те је било евидентно да је парнично понашање штетника имало за циљ да парничном противнику нанесе штету. Право на накнаду штете припадало је само парничару који је победио у парници, без обзира да ли се ради о тужиоцу или туженом, и ако је износ претрпљене штете далеко премашивао висину досуђених му парничних трошкова.

¹³ Детаљно о томе: Николић, Ђ. – Српски грађански законик и злоупотреба права, Зборник „Стопедесет година од доношења СГЗ“, Ниш, 1995, стр. 67.

¹⁴ Одредба §. 20. овог закона предвиђа: „Ако суд нађе да је једна странка поднела тужбу или неосновано водила парницу из пакости, казниће се на тражење противника или по званичној дужности до 50.000. динара. Ова ће се казна заменити, у случају немогућности наплате, затвором од месец дана“.

Право на накнаду штете, у складу са правним правилима која су тада важила и примењивала се, могло је да се остварује у парничном поступку стављањем посебног предлога у току парнице или самосталном тужбом.

Предлог за накнаду штете због обесног парничења био је посебна и специфична страначка парнична радња старог југословенског процесног права којом се у току парнице истицао нови захтев за пресуду. У предратној југословенској процесној литератури није била јасно одређена правна природа овог предлога и његов однос према тужби, нити је указивано на све дилеме око начина остваривања права на накнаду штете и проблеме који се у поступку јављају ако се странка определи да врши ово своје овлашћење управо коришћењем предлога, мада је на поједине проблеме који се тичу времена предузимања саме радње указивано доста исцрпно¹⁵.

5. И некадашњи југословенски савезни процесни закони, ЗПП из 1956. године и ЗПП из 1977. године, прокламовали су принцип савесног коришћења процесних овлашћења и принцип забране злоупотребе права, као фундаменталне процесне принципе. И поред тога ови процесни закони ипак нису ближе одредили садржину појма „злоупотребе права“. То је сасвим разумљиво јер се ради о законском тексту. Одређивање појмова и њихово дефинисање је ствар теорије права.

Злоупотреба процесних овлашћења јавља се кад странка повреди принцип савесног парничења – кад процесна средства не употребљава у складу са објективним циљем парнице и парничног поступка¹⁶.

Законодавац је у тесту ЗПП, низом одредаба, конкретизовао овај принцип¹⁷ и изричито предвидео репресивне мере као санкцију због учињене злоупотребе. Међутим, послератни југословенски процесни закони, за разлику од предратног ГПП из 1929. године,

¹⁵ Видети нпр. Аранђеловић, Д. – Грађанско процесно право, Београд, 1932–34, стр. 195, Марковић, М. – Злоупотреба права у грађанском парничном поступку, Архив, књ. 34, бр. 1, стр. 59.

¹⁶ Детаљно о томе: Марковић, М. – *op. cit.*

¹⁷ Злоупотребе процесних овлашћења могу да буду различите и законодавац настоји да их превенира на различите начине. У пракси домаћих судова чести су примери злоупотребе процесних овлашћења истицањем неоправданих разлога за изузеће са намером да се поступак одуговлачи, стављање зах-

нису предвиђали изричито накнаду штете као санкцију због злоупотребе процесних овлашћења. ЗПП, као процесни закон, по природи ствари, није могао да садржи одредбе о одговорности за штету проузроковану злоупотребом процесних овлашћења. И поред тога, и без овакве материјалноправне одредбе, у некадашњем југословенском праву, по општим принципима који су садржани у ЗОО, постоји одговорност за накнаду штете и право оштећеног на њену накнаду. Право на накнаду штете настаје из облигације, из факта проузроковања штете причињене у току парнице, и у том погледу меродавне су одредбе облигационоправног карактера.

Право на накнаду штете изазване абузивним вршењем процесних овлашћења произлази из општих правних принципа цивилизованог друштва предвиђених ЗОО о савесном коришћењу својих права, забрани злоупотребе права противно циљу због кога су призната или установљена и забрани да се вршењем сопствених права другоме наноси штета.

б. Свака парнична радња има свој непосредни циљ. Њоме се ствара једна нова процесна ситуација која треба да омогући да се поступак развија и дефинитивно оконча доношењем пресуде којим се мериторно решава спор у питању. Кад вршење једног процесног овлашћења посебно има за последицу какву штету за парничног противника, не може се допустити да та штета буде циљ коме парничар тежи вршећи своја процесна овлашћења која му је законодавац ставио на располагање да би остварио своје елементарно право – право на правну заштиту.

Несумњиво је, и ту нема дилеме, да је и злоупотреба процесних овлашћења понашање које представља цивилни деликт који повлачи за собом и дужност да се накнади настала штета. Овај цивилни деликт има још једну „додатну“ тежину јер је настао у самом поступку за заштиту права, тамо где га не би ни требало оче-

тева за целисходну делегацију, спречавање уредног достављања, коришћење *ius povogum* у жалби, изјављивање жалбе на пресуду због изостанка, пресуду на основу признања или пресуду због одрицања из разлога из којих се оне не могу побијати итд. Иако се многе евидентне злоупотребе процесних овлашћења, које директно нису санкционисане, и према важећем ЗПП могу санкционисати применом постојећих правила, јер велики део проблема заправо настаје јер се правила процедуре не примењују коректно и стриктно, треба очекивати да ће неки од већ познатих и давно уочених проблема бити ублажени или отклоњени прецизнијим регулисањем у новом ЗПП РС.

кивати јер се ради о поступку правне заштите. Тежина и озбиљност овог цивилног деликта огледа се и у томе што је он настао и поред тога што је законодавац, у циљу превенирања сваке евентуалне злоупотребе процесних овлашћења, наредио странкама да савесно користе своја процесна права и забранио сваку злоупотребу процесних овлашћења. Поред тога, законодавац је изричито наложио суду да настоји да спречи сваку злоупотребу процесних овлашћења и што је, низом посебних правила, којима је конкретизовао овај принцип, превентивно деловао, све у настојању да сваку злоупотребу спречи.

Абузивно процесно понашање странке представља, очигледно, повреду једне когентне процесне норме, формулисане у виду општег принципа, и зато је абузивна парнична радња, иако се то на први поглед не види, противправна радња. Уколико та противправна радња изазове, као додатни продукт, и штету за парничног противника странке, очигледно је да постоји потреба да се тај уштрб санира и да је штетник дужан да штету накнади оштећеном. Повреда когентне законске забране да се проузрокује штета, аутоматски повлачи одговорност за причињену штету.

Штета изазвана абузивним парничним радњама је штета која је настала вршењем једног субјективног права одн. вршењем појединог процесног овлашћења. Вршење процесних овлашћења може да има као фактичку последицу штету за једног од парничара, без обзира да ли је постојала намера да до ње дође. Права треба да се врше ради задовољавања сопственог интереса и са циљем да се сопствени интереси заштите. Због тога се не сме допустити, и са становишта императивног права, и са становишта правичности, да се процесна овлашћења врше абузивно и да такво процесно понашање изазива штету у материјалноправној сфери једног од парничара. Овакво процесно понашање повлачи одговорност за накнаду штете која је абузивним понашањем нанета парничном противнику.

Дужност да се накнади штета проузрокована злоупотребом процесних овлашћења је и репресивно средство за сузбијање намере да се другоме штета нанесе предвиђено у оквиру одговорности за цивилне деликте.

Накнада штете због злоупотребе процесних овлашћења је посебна репресивна мера коју може да изрекне парнични суд за слу-

чај да се открије да је једна странка злоупотребила своја процесна овлашћења. Ако до злоупотребе дође и кад она буде откривена, накнада штете је санкција која се примењује у том случају под условима који су предвиђени Законом о облигационим односима.

7. Злоупотреба права је деликт који рађа дужност на накнаду штете¹⁸. Свака странка може да злоупотреби процесна овлашћења – и она која успе и она која не успе у парници. И не само странка. И умешач, и законски заступник и пуномоћник могу да се понашају абузивно и да својим радњама изазову штету у парници.

Титулар права на накнаду штете могу да буду и тужилац и тужени, зависно од тога кога погађају последице причињене штете настале злоупотребом процесних овлашћења. Странка која је абузивно вршила поједина процесна овлашћења и тиме парничном противнику причинила штету, дужна је да је надокнади јер се само на тај начин остварује функција овог репресивног средства.

8. Абузивно предузете парничне радње могу да изазову штету за парничног противника. Дужност на накнаду парничних трошкова покрива само издатке учињене у парници и поводом ње, али не покрива, по природи ствари, све настале губитке у имовини странке, нити може да покрије губитке које она као личност трпи. Губитак времена, неизвесност, шикана, брига, према одредбама процесног закона, никако не могу да уђу у сферу трошкова насталих поводом парнице, нити се кроз њихову накнаду могу намирити и надокнадити. С друге стране, евентуална новчана казна због злоупотребе процесних овлашћења, предвиђена законом, не исплаћује се оштећеном парничару већ иде у корист државе као казна због шиканирања суда.

Пошто парничар, због абузивног коришћења процесних овлашћења свог парничног противника, може да претрпи и знатну штету, која се не може поправити осудом парничног противника на трошкове поступка, том парничару не преостаје ништа дру-

¹⁸ Интересантно је да проф. Марковић у свом првом уџбенику (Теорија грађанског парничног поступка, Београд, 1946, стр. 114) сужава круг потенцијалних оштећених само на странку која је успела у парници, вероватно под утицајем решења која су важила у старим правним правилима. Детаљно о томе: Станковић, Г. – Еволуција у схватању проф. Миливоја Марковића о остваривању права на накнаду штете због злоупотребе процесних овлашћења, Зборник „Живот и дело проф. др Миливоја Марковића (1908 – 1986), Ниш, 1995, стр. 47.

го него да потражи заштиту својих повређених субјективних права и остварење права на накнаду штете истицањем захтева за накнаду штете. Штета проузрокована абузивним вршењем процесних права не улази у појам издатака учињених у току или поводом парнице. Ради се о посебним врстама облигационих права која се остварују на посебне и различите начине.

Штета која је настала злоупотребом процесних овлашћења не мора да буде само материјална; штета ће често бити и нематеријална, те дужник дугује накнаду и материјалне и нематеријалне штете¹⁹.

Штета која је настала као последица злоупотребе процесних овлашћења манифестује се као умањење суме материјалних и моралних користи које једно одређено право, које је остваривано у судском поступку, представља за његовог титулара.

Материјална штета због злоупотребе процесних овлашћења се испољава, пре свега, као умањење економске вредности субјективног права које се остваривало, пре свега, у парници. У том случају ради се само о штети коју је претрпео тужилац одн. противтужилац у парницама у којима је био истакнут кондемпнаторни главни захтев. Штета се јавља кад је оштећени дуго чекао на остварење свог субјективног права, у парницама у којима суд није донео одлуку у разумном року јер је за то био „крив парнични противник који се несавесно и непоштено користио разним формалним овлашћењима да би парницу што више отегао и намирнење противника што даље одложио“²⁰, а суд није благовремено спречио несавесно парничење нити је открио злоупотребу процесних овлашћења.

Настала материјална штета, која се манифестује као умањење имовине или као спречавање да се она повећа, редовно је, по свом обиму, знатно већа од материјалних издатака које су странке имале у парници или поводом парнице, и не може се у целости репарирати накнадом парничних трошкова. Накнадом настале материјалне штете требало би да буде репарирана настала материјална штета.

¹⁹ Проф. Марковић је био наш први процесуалиста који је отклонио дилеме у погледу видова штете због обесног парничења које су до тада постојале у нашој литератури и пракси.

²⁰ Видети: Марковић, М. – *op. cit.*

Накнадом нематеријалне штете успоставља се нарушени мир и спокојство оштећеног парничара кога је парнични противник шиканирао, задавао му бриге и шкодио његовој части и угледу. Репарацијом нематеријалне штете у виду новчане накнаде успоставља се раније психичко стање оштећеног парничара, те он добија потребну сатисфакцију због претрпљене штете настале абוזивним понашањем парничног противника.

9. У погледу остваривања права на накнаду штете због злоупотребе процесних овлашћења нема неких посебних специфичности. Право на накнаду штете због злоупотребе процесних овлашћења има исти третман као и право на накнаду других штета пошто у том погледу важи принцип опште одговорности за причињену штету. Да би штета била репарирана, потребно је да се утврди да постоји абузивна парнична радња и да је управо она изазвала настајање штете.

Право на накнаду штете изазване абузивним вршењем процесних овлашћења остварује се и штити по правилима парничне процедуре, без обзира да ли је до злоупотребе дошло у парничном, ванпарничном или извршном судском поступку. Уколико је штета причињена злоупотребом процесних овлашћења у парничном поступку, постоје одређене погодности које се тичу остваривања овог права које пружа сама парнична процедура. Наиме, постоји могућност да се захтев за накнаду штете истакне у току саме парнице у којој је предузета абузивна парнична радња.

Да би успешно остварио право на накнаду штете, оштећени је дужан да докаже да је претрпео штету и да докаже њену висину. Уколико у том погледу искрсну одређени проблеми, суд може да одмери износ накнаде по слободној оцени – у складу са овлашћењем из чл. 223 ЗПП.

10. Захтев за накнаду штете, који је по својој правној природи захтев за осуду на чинидбу, може се истаћи у свим оним процесним радњама у којима овај правозаштитни захтев може да буде истакнут. Парничарима стоје на располагању све парничне радње које могу да садрже захтев за осуду на чинидбу. Зависно од тога ко се јавља у улози оштећеног (тужилац или тужени из парнице у којој су злоупотребљена процесна овлашћења) и зависно од тога да ли он пледира на то да штету оствари у текућој (кад је то мо-

гућно) или посебној парници, зависиће и врста страначке парничне радње.

Захтев за накнаду штете због злоупотребе процесних овлашћења може да буде истакнут као главни и као накнадни правозащитни захтев, зависно од тога у ком стадијуму поступка је настало право на накнаду штете, да ли се оно остварује и да ли се може остварити у истој или у посебној парници, која је странка титулар права, како се она определи да остварује ово право и које ће процесне инструменте користити.

Захтев за накнаду штете, као главни кондамнеторни захтев може да буде истакнут у тужби и противтужби. Кад је истакнут у виду накнадног захтева, он може да буде истакнут истовремено са неким другим главним захтевом (у противтужби или приликом преиначења тужбе).

Странка ће тужбом остваривати право на накнаду штете уколико је до злоупотребе дошло у другостепеном поступку или кад захтев за накнаду штете странака не може да оствари у истој парници због ограничења која произлазе из процесног режима и закона. Уколико се у парници у којој је била предузета абузивна парнична радња поступа по правилима неког од посебних парничних поступака, не може се накнадно истицати захтев за накнаду штете. О захтеву за накнаду штете може се одлучивати само по општим правилима парничног поступка и у том случају, захтев за накнаду штете странка ће моћи да остварује само у посебној парници.

Тужилац може да преиначи тужбу и да, накнадно, прошири своју тужбу новим главним кондамнеторним захтевом за накнаду штете до закључења главне расправе. Овај процесни инструмент за остваривање права на накнаду штете може се користити под условима који важе за свако преиначење тужбе у објективном смислу.

Тужени, као противтужилац, може остваривати право на накнаду штете проузроковане абузивним парничним радњама конексном противтужбом. Конекситет који постоји између тужбеног захтева и захтева за накнаду штете због злоупотребе процесних овлашћења представља неопходан процесни услов који омогућава коришћење овог процесног средства и инструмента правне технике.

11. Интересантно је да парнично процесно право Републике Црне Горе²¹ не омогућава у потпуности да се право на накнаду штете, као репресивна мера због злоупотребе процесних овлашћења, оствари у текућој парници. Нови процесни режим који важи у погледу могућности за предузимање појединих парничних радњи то, практично, не допушта у одређеним ситуацијама²².

Тужилац може да оствари своје право на накнаду штете због злоупотребе процесних овлашћења накнадним истицањем новог правозаштитног захтева преиначењем тужбе у објактивном смислу уколико је до злоупотребе процесних овлашћења дошло у парници у којој се поступа по правилима опште парничне процедуре. Одредбом чл. 191. ЗПП ЦГ предвиђено је да тужилац може да преиначи тужбу најкасније до закључења припремног рочишта или до почетка главне расправе, ако припремно рочиште није одржано. После одржавања припремног рочишта, а најкасније до закључења главне расправе, суд може дозволити преиначење тужбе под одређеним условима: ако оцени да оно није усмерено на одуговлачење поступка и ако тужени пристане на то. Уколико се тужени противи преиначењу, суд ће дозволити преиначење тужбе само ако тужилац без своје кривице тужбу није могао преиначити раније, а тужени је у могућности да се упусти у расправљање по преиначеној тужби без одлагања рочишта за главну расправу.

²¹ Закон о парничном поступку, Службени лист РЦГ, 22/04 од 2. 4. 2004.

²² Слична ситуација постоји и у неким правним системима балканских држава које су некад биле у саставу југословенске федерације, као што је то случај у правном систему БиХ. Право на накнаду штете због злоупотребе процесних овлашћења не може да се оствари увек у текућој парници. Процесни режим који важи у оба ентитета БиХ, у Републици Српској и Федерацији БиХ, не допушта, по правилу, да се подигне противтужба после одржавања припремног рочишта. После одржавања припремног рочишта, противтужба се може подићи само ако на то пристане тужилац и ако суд оцени да предузимање ове парничне радње није усмерено на одуговлачење поступка (чл. 74. ЗПП Републике Српске). С друге стране, и право на објективно преиначење тужбе је временски ограничено тако да се ова радања може предузети најдоцније до закључења припремног рочишта или до почетка главне расправе ако припремно рочиште није одржано. После одржавања припремног рочишта, а најдоцније до закључења главне расправе, преиначење је могућно, под одређеним условима, само ако га суд дозволи (чл. 57. ЗПП Републике Српске).

Своје право на накнаду штете у текућој парници тужени, међутим, може остварити само уз одређена ограничења. Одредбом чл. 190. ЗПП РЦГ²³ предвиђено је да се противтужба може подићи уз одговор на тужбу или најкасније на припремном рочишту одн. првом рочишту за главну расправу, ако припремно рочиште није одржано, под одређеним условима. Наиме, између тужбеног и противтужбеног захтева треба да постоји одређена веза: противтужбени захтев треба да има прејудицијелни значај у односу на тужбени захтев, треба да се ради о конексним захтевима или да се ради о захтевима који се могу пребити. Поред тога, потребно је да је за нови захтев за пресуду који је истакнут противтужбом стварно надлежан исти суд. После одржаног припремног рочишта или првог рочишта за главну расправу уколико припремно рочиште није одржано, противтужба се може подићи само ако на то пристане тужилац.

Очигледно је да нови процесни режим који важи у Републици Црној Гори у погледу предузимања парничних радњи које садрже нове захтеве за пресуду не омогућава парничарима да увек остваре своје право на накнаду штете у текућој парници због абузивног понашања парничног противника. Уколико се има у виду и околност да се у парницама у којима се примењују правила посебних парничних поступака истицање овог правозаштитног захтева није могућно, онда је јасно да су знатно сужене могућности за остваривање овог права у текућој парници.

Странкама које су претрпеле штету због абузивног понашања парничног противника увек стоји на располагању покретање посебне парнице. То је, разуме се, скопчано са посебним, новим трошковима.

12. Уколико је абузивно понашање парничног противника које парнични суд није открио и спречио довело до непотребног одуговлачења поступка те решавање спора у конкретној парници из тог разлога није било у разумном року, оштећени има могућност да своје право на накнаду штете у односу на државу оствари пред екстерним, наднационалним органима правне заштите – пред Европским судом за људска права.

²³ Одредба чл. 190. ЗПП РЦГ није коректно правно-технички редигована. Пре свега, у овој одредби се не прави разлика између одговора на тужбу и противтужбе, иако су у питању две сасвим различите парничне радње. Осим тога, у овој одредби се не прави разлика између диспозитивне парничне радње (подизања противтужбе) и реалног акта који може свако предузети (подношење противтужбе).

Никола Бодироџа
асистент, Правни факултет, Београд

ПОБИЈАЊЕ СУДСКОГ ПОРАВНАЊА

Основне карактеристике судског поравнања

Судско поравнање је уговор којим странке утврђују своје грађанскоправне односе којима могу слободно располагати, закључен у писменој форми прописаној законом, у парници или изван парнице, пред надлежним судом и допуштен од суда, који има својства правноснажне пресуде донесене у парничном поступку, и ако се њиме утврђује обавеза за неку чинидбу, онда, након протек парницијског рока и својство извршног наслова.¹ Дакле, судско поравнање је један од могућих начина окончања парничног поступка. Уместо да се поступак води до доношења судске пресуде, странке закључењем судског поравнања одустају од захтева за ангажовањем судске власти, ради решавања, спорног, материјалноправног односа. И законодавац и судија више воле поравнање странака него њихово парничење. Јер поравнање је мирно, споразумно решење спора, а парничење оставља жаоку у срцу побеђенога и ако је суд казао да он није у праву.²

Могућност закључења судског поравнања је директна последица начела диспозиције у парничном поступку. То значи, да је

¹ Тако Симиша Трива, „Грађанско процесно право I“, Загреб, Народне новине, 1965, стр. 475.

² Драгољуб Аранђеловић, „Грађанско процесно право I“, Београд 1932.

покретање парнице, њено одржавање у току, развој процесних стадија, престанак парнице зависи од нахођења странака³.

Полазећи од овог начела наш Закон о парничном поступку регулише закључење судског поравнања: „Странке могу у току целог поступка пред парничним судом првог степена да закључе поравнање о предмету спора (судско поравнање).“ (члан 321. став 1. ЗПП). Поравнање се дакле, закључује, о спорној ствари, али се може односити и на неке друге обавезе и чинидбе а не само на оне које су предмет спора. Странке, дакле, саме одређују садржину судског поравнања, имајући наравно у виду ограничења постављена законом. Тужилац попушта у свом нападу, туженик у одбрани. Садржину поравнања треба јасно утврдити, да би се јасно видело о чему је остало суду да се стара.⁴ Редовно су предмет поравнања и трошкови његовог закључења, у противном примењују се правила ЗПП о сношењу трошкова.

Иако би се стриктном интерпретацијом цитиране законске одредбе могло закључити да се поравнање закључује само пред судом првог степена, то није случај у пракси. Наиме, поравнање се може закључити пред судом првог степена и у току поступка по жалби, у којем случају другостепени суд ће обуставити поступак јер је парница закључењем поравнања окончана. По правилу се поравнање закључује пред првостепеним судом, али је то могуће учинити и пред замољеним судом, као и пред вишим судом пред којим траје расправа. Странке могу закључити поравнање и док траје поступак по ванредном правном леку, али се у том случају закљученим поравнањем не дира у својство правноснажне судске пресуде.

Није дозвољено у свакој правној ствари закључити поравнање. Границе закључења судског поравнања су истовремено и границе начела диспозитије. „Пред судом се не може закључити поравнање у погледу захтева којима странке не могу слободно располагати (члан 3, став 3)“. То значи да странке не би могле да се користе овом могућношћу у споровима у којима официјелно начело претеже над диспозитивним. (нпр. Статусни спорови). Да би се закључило судско поравнање потребно је да дотични захтев, који има бити предмет поравнања, допуштен редован правни пут, о којему се може водити грађанска парница. Према томе судско

³ Синиша Трива, *op. cit.* стр. 87.

⁴ Драгољуб Аранђеловић, *op. cit.* стр. 243.

поравнање не може се закључити о захтевима, за које су надлежне друге, а не редовне судске власти, нити о онима који нпр. припадају ванпарничном поступку.⁵

„Споразум странака о поравнању се уноси у записник“ (члан 322. став 1. ЗПП). „Поравнање је закључено кад странке после прочитаног записника о поравнању потпишу записник.“ (члан 322. став 2. ЗПП). Закључењем поравнања странке диспонирају својим захтевима, али у том поступку и суд има активну улогу. Само учешће суда као органа јавне власти, значи да се поравнање не може посматрати само као акт странака. Поравнање се закључује у току целог поступка пред парничним судом на рочишту или ван рочишта. Могуће је да лице које намерава да поднесе тужбу изрази намеру да се поравна са туженом страном. У тој ситуацији, суд је дужан да са предлогом упозна противну страну. (члан 324. ЗПП). Даље, суд је дужан да у току поступка укаже странкама на могућност судског поравнања и да им помогне да закључе поравнање. Међутим, повреда ове „дужности“ суда није санкционисана. Наиме пропуштање суда да укаже странкама на могућност закључења поравнања није повреда одредаба парничног поступка. Мишљења сам да би имало места измени ове формулације, а у циљу стимулације окончања парничног поступка поравнањем. Улога суда је много значајнија у самом поступку закључења судског поравнања. Суд ће најпре кроз питања странкама помоћи да се ближе, прецизније и потпуније уобличи садржина поравнања.⁶ Потом се суд упушта у оцену да ли странке иду за тим да располажу захтевима, којима не могу располагати, односно настоје да изиграју импретаивни пропис, јавни поредак или правила морала (прекочрачење диспозитивног начела). Ако се о спорној ствари због предње изнетих разлога не може закључити поравнање, суд доноси решење којим се одбија закључење поравнања.

Најважнија последица закљученог судског поравнања је у томе што се оно изједначава са правноснажном судском пресудом. Између странака престаје да тече парнице, јер за њен наставак недостаје правни интерес. Евентуално нову тужбу у ствари у којој је закључено судско поравнање суд би морао да одбаци, јер се ствар

⁵ Драгољуб Аранђеловић, *ор. cit.* стр. 242.

⁶ Б. Познић, В. Ракић-Водинелић, „Грађанско процесно право“, Београд 1999.

сматра пресуђеном. Судско поравнање има својство извршне исправе и на основу њега се под условом да је протекао парични рок може донети решење о извршењу. У прилог овоме се изјашава и судска пракса: „Приликом захтева за извршење једног судског поравнања извршни суд не може да испитује подобност поравнања за извршење јер је поравнање у питању већ било подвргнуто контроли суда пред којим је склопљено.“⁷

Правна природа судског поравнања

О питању правне природе судског поравнања у науци није постигнуто јединство. Различита тумачења правне природе судског поравнања немају само значај за теорију, већ од схватања правне природе судског поравнања зависе решења низа питања која су релевантна за судску праксу.

1) Поравнање је уговор материјалног права. То практично значи да се на закључење, престанак дејства поравнања примењују одредбе материјалног права.⁸ Већ на први поглед учача се главни недостатак овог схватања. Наиме ако схватимо поравнање као материјалноправни уговор и занемаримо његове процесноправне аспекте, поставља се питање разликовање судског поравнања и вансудског поравнања (тј. поравнања о спорном праву или обавези о којем не тече парница). Разлике између ове две врсте поравнања би ишчезле. Наравно, не смемо сметнути с ума значај материјалноправног схватања. Оно нас подсећа да закључењем судског поравнања парничне странке, између осталог, испољавају намеру да окончају споран материјалноправни однос. Материјално правно гледиште изведено до својих крајних граница је супротно одредбама Закона о парничном поступку. Наиме ЗПП признаје закљученом судском поравнању дејство правноснажне судске пресуде. То се види из одредби (члан 323. ЗПП) којима наређује одбацивање тужбе у правој ствари у којој је закључено судско поравнање. Присталицама материјалноправног гледишта као да измиче из вида значајна активност суда у поступку закључења судског поравнања. Као што је већ речено, суд не само да записнички уобличава

⁷ Врховни суд Србије Гзз 334/69 Р. Ћосић и Т. Крсмановић „Актуелна судска пракса из грађанско-процесног права“, Београд, 2003. стр. 106.

⁸ Тако Pollak у аустријској правој науци.

закључено поравнање, већ и у одређеним ситуацијама доноси решење којим се закључење судског поравнања не дозвољава. Дакле, материјалноправно гледиште истиче један од аспеката материјалног права, али испушта из вида процесноправни аспект.

2) Поравнање је парнична радња – Применом наведеног схватања, за пуноважност поравнања, довољно је да буду испуњени захтеви процесног права. Процесноправни значај судског поравнања је несумњив. Судско поравнање када је закључено изједначава се са правноснажном судском пресудом, односно са извршном исправом (када наступи доспелост обавеза које су утврђене судским поравнањем). Без тог процесног дејства странкама се не би могло оспоравати право да и после закључења пораванања траже заштиту поводом права или обавеза које изводе из спорног материјалноправног односа. Без процесних елемената радило би се о вансудском поравнању.⁹

3) Поравнање је истовремено парнична радња и материјалноправни уговор. Судско поравнање је сагласна изјава оба парничара пред судом да парницу сматрају завршену на начин како је то у њиховој изјави пред судом изложено. Из овога следи да у судском поравнању ваља разликовати: а) процесуалну изјаву парничара да су се у дотичном спору поравнали, дакле једну **парничну радњу** и б) **материјално-правни уговор о поравнању**, тј. начин и услове поравнања¹⁰. Парнична радња мора испуњавати услове које ЗПП поставља за њену пуноважност. (нпр. парнична способност странке, да не учествује судија који би по закону морао бити изузет, надлежност и др.) На ове услове пази поступајући судија на начин да може одбити закључење судског пораванања посебним решењем, ако приметити неке од ових недостатака. С друге стране, као материјално-правни уговор судско поравнање подлеже оцени пуноважности и са аспекта материјалноправних тј. облигационоправних прописа.¹¹

4) Поравнање је мешовит уговор. У њему постоје процесноправни и материјалноправни елементи, али се не могу до краја

⁹ Тако др Никола Воргиц, „Побијање судског поравнања“, зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1967.

¹⁰ Д. Аранђеловић, *op. cit.* 240. стр.

¹¹ Ово гледиште има доста присталица у нашој правној науци. (Познић, Аранђеловић).

одвојити. Наиме, ове две групе елемената су стопљене у једну целину, тако да судско поравнање представља јединство материјалноправних и процесноправних елемената. Судско поравнање је истовремено манифестација воље странака да реше један материјалноправни однос али и замена за пресуду. То значи да је поравнање двоструко функционална радња.¹²

Начелно о побијању судског поравнања

Побијање судског поравнања, има за циљ да му одузме правно дејство које му признају ЗПП и ЗИП. То је процесноправни (и шире јавноправни) аспект побијања. Захтевом за стављање судског поравнања ван снаге, тежи се међутим, и другачијем уређењу спорног материјалноправног односа. Дакле, странке истичући захтев да се закључено поравнање поништи, уствари, тврде да садржина судског поравнања, више не одговара њиховој представи о начину разрешења спора.

Питање побијања судског поравнања је дуго било предметом расправа и у правној теорији и у судској пракси. Закон о парничном поступку, као и закон о извршном поступку ово питање нису уредили. То је дало простора различитим тумачењима. Спорно је скоро све: од активне легитимације, па до разлога за стављање ван снаге судског поравнања. Да је побијање судског поравнања могуће закључујемо систематским тумачењем ЗИП. „Поред других случајева предвиђених у овом закону, извршење ће се обуставити по службеној дужности и **кад је извршна исправа правноснажно укинута, преиначена, поништена или стављена ван снаге**, односно ако је потврда о извршности укинута. То значи да законодавац допушта могућност да судско поравнање (које, како смо видели, под одређеним условима има својство извршне исправе) може бити стављено ван снаге. Закон о извршном поступку се међутим, не изјашњава о процесном средству којим је то могуће учинити. Ово има свог оправдања, будући да је то питање морало наћи свој одговор у ЗПП.

Различита схватања о правној природи судског поравнања стављају акценат на материјалноправни и/или процесноправни

¹² Б. Познић и В. Ракић-Водинелић *op. cit.* стр. 335.

аспект. Материјалноправна димнезија поравнања инсистира на његовој уговорној природи, док процесноправно становиште ставља у први план правноснажност. Самим тим присталице материјалноправног гледишта истичу да се побијање судског поравнања своди на анулирање његових уговорних дејстава, док заговорници процесноправног гледишта изједначавају побијање судског поравнања са одузимањем својства правноснажности.

Из ових схватања прозилиазе два пута за стављање ван снаге судског поравнања: посебном тужбом и ванредним правним леком.

Побијање посебном тужбом

Схватање да се судско поравнање може побијати само посебном тужбом због ништавости, је примарна последица теорије о материјалноправној природи судског поравнања. Заговорници оваквог гледишта, полазе од става да је судско поравнање уговор, те се стога може ставити ван снаге из разлога из којих се може поништити било који други уговор. Из предњег произилази да се на поништење судског поравнања заправо примењују одредбе ЗОО о релативној и апсолутној ништавости уговора.¹³ „Поравнање, судско или вансудско може се побијати тужбом, као и сваки други уговор.“¹⁴ „Као и сваки други уговор и судско поравнање може побијати свако треће лице, чија су права поравнањем повређена“¹⁵. „Судско поравнање је уговор странака закључен пред судом и није судска одлука па се не може побијати жалбом. Жалба изјављења против судског поравнања одбацује се као недозвољена. Поравнање се може побијати тужбом из разлога због којих се може побијати ваљаност уговора.“¹⁶

Оно што се већ на први поглед може уочити као недостатак овог становишта јесте одрицање судском поравнању дејства правноснажне судске одлуке.“ Ако је судско поравнање уговор, онда оно не може постати правомоћно или имати дејство правомоћно-

¹³ Види чланове 50, 52, 53, 56, 60, 65 ЗОО.

¹⁴ Врховни суд Србије Гж, 40/66 Р. Ћосић и Т. Крسمановић „Актуелна судска пракса из грађанско-процесног права“, Београд 2003. стр. 106.

¹⁵ Врховни суд Србије Гзз 15/81.

¹⁶ Виши привредни суд Пж. 2689/94.

сти. Јер ако уговор не може имати својство правомоћности, ни уговор који је закључен пред судом не може имати својство правомоћности.¹⁷ Овакво становиште се несумњиво може оценити као *contra legem*¹⁸. То је потврдио и Савезни суд СРЈ : „Суд чини битну повреду одредаба ЗПП када пресудом оконча парницу из истог чињеничног и правног основа, између странака у предмету о коме је раније у парничном поступку закључено судско поравнање.“¹⁹ Као што смо видели суд би сваку тужбу о предмету о коме је закључено судско поравнање мора да одбаци услед приговора *ne bis in idem*. Присталице посебне тужбе као средства за побијање судског поравнања, на то одговорају да то што ЗПП у неким ситуацијама признаје поравнању дејство правноснажне судске пресуде, не значи да је оно у свим аспектима изједначено са судском пресудом. „Ако је у истој правној ствари већ коначно и правомоћно пресуђено или је закључено судско поравнање, суд је дужан да тужбу одбаци. Но исто тако мора изгледати јасно да исти резултат не мора произићи из истих узрока. Исто дејство у једном правцу не доказује само по себи истоветност основа из којих се изводи, још мање идентичност консеквенција у другим правцима.“²⁰ Такав закључак они изводе из одредаба ЗПП (члан 421) које прописујући разлоге за понављање поступка говоре само о понављању судског поступка окончаног правноснажном пресудом, не помињући притом поравнање.²¹

Мишљења сам да се овакво тумачење не може прихватити. Оно би се могло окарактерисати као рестриктивно и пре свега језичко. Када законодавац помиње поступак који је одлуком суда правноснажно завршен (члан 421), не треба сметнути с ума да и у случају закључења поравнања суд одлучује. Видели смо да суд може решењем да не дозволи закључење поравнања. Суд не доноси посебно решење којим дозвољава закључење поравнања, али га несумњиво одобрава тиме што не доноси по странке негативно решење, као и записничком констатацијом поравнања. У прилог

¹⁷ Никола Ворганић, „Побијање судског поравнања“, Зборника радова Правног факултета у Новом Саду, 1967, стр. 74.

¹⁸ Види члан 323. ЗПП.

¹⁹ Решење савезног суда Гзс бр. 12/95 од 29. 6. 1995.

²⁰ Никола Ворганић, *op. cit.* стр. 75.

²¹ Тако Бранко Базала, види „Побијање судске нагодбе“ Одвјетник 1/2–1959, стр. 45

оваквом тумачењу се изјаснио и Врховни суд Србије „Суд по службеној дужности не одлучује да ли је поравнање допуштено, истина он то не изриче, јер му закон то не налаже али кад суд сматра да је поравнање противно закону или јавном моралу, по службеној дужности одлучује да се поравнање не допушта“²²

Најјачи аргумент у прилог становишта да се судско поравнање може побијати посебном тужбом, јесу одредбе члана 63. Закона о извршном поступку из 1978, којима се предвиђа одлагање извршења у случају подношења тужбе за стављање ван снаге судског поравнања. Међутим, важећи Закон о извршном поступку из 2000, као и нацрт новог Закона о извршном поступку из 2004. не предвиђају овакву могућност. Ово се чини логичним јер се законом о извршном поступку може уређивати само систем правних лекова против одлука које суд доноси у извршном, а не у парничном поступку.

Побијање судског поравнања ванредним правним лековима

Из теоријских схватања која у први план истичу процесно-правне елементе у судском поравнању изведено је становиште по коме се закључено судско поравнање може побијати само ванредним правним лековима. Судско поравнање се изједначава са правноснажном судском пресудом, па самим тим може се нападати само оним правним лековима које је могуће изјавити против правноснажне судске пресуде. „Ако поравнање има исти значај као и правноснажна пресуда, онда се оно може само на исти начин ставити ван снаге, а то ће рећи ванредним правним леком.“²³. Ако се прихвати ово тумачење намеће се питање зашто је законодавац пропустио да нормира побијање судског поравнања ванредним правним лековима?

1) Предлог за понављање поступка – Закон о парничном поступку члану 421. наводи разлоге због којих се поступак који је одлуком суда правноснажно окончан може поновити по предлогу странке:

²² Врховни суд Србије Гзз 334/69 Радослав Ћосић, Томислав Крсмановић, ор. cit. стр. 106.

²³ Боривоје Познић, „Побијање судског поравнања у пракси Врховних судова“, *Анали Правног факултета*, Београд 2–3/1964

- учешће судије односно судије поротника који је по закону морао бити изузет
- незаконито поступање (нарочито пропуштање достављања) услед чега је странка ускраћена у могућности да расправља пред судом
- повреда правила о парничној способности, односно заступању
- заснованост одлуке суда на лажном исказу сведока или вештака
- заснованост одлуке суда на исправи која је фалсификована или у којој је оверен неистинит садржај
- одлука суда је последица кривичног дела судије, судије поротника, законског заступника или пуномоћника странке
- могућност да странка употреби правноснажну одлуку суда која је раније међу истим странкама донета о истом захтеву
- правноснажно укидање поништење или преиначење одлуке суда или другог органа на којој се заснива одлука суда донета у парничном поступку
- могућност да странка сазна нове чињенице или употреби нове доказе на основу којих би за странку могла бити донета повољнија одлука да су ти докази употребљени у ранијем поступку.

Као што смо видели судско поравнање ЗПП изједначава са правноснажном судском пресудом. По неким тумачењима²⁴ то је последица прихватања решења мађарског грађанског законика из 1911 од стране нашег законодавца. „По наведеном законуку судско поравнање важи као правноснажна судска пресуда. Овакво дејство судског поравнања у нашем данашњем праву представља, по нашем мишљењу, одлучујући моменат у питању могућности његовог побијања: Ако оно у погледу окончања парнице има исти значај као и правноснажна судска пресуда, онда се оно на исти начин може ставити ван снаге, а то ће рећи ванредним правним леком. Нажалост у Закону то није речено што свакако представља један редакцијски пропуст“.²⁵

Ово становиште заступа и Срећко Зуглиа²⁶, позивајући се при том ин процесно право Шведске, Француске, као и на Правилник о спољнотрговинској арбитражи, где је таква могућност била изричито предвиђена.

²⁴ Ор. cit. стр. 316.

²⁵ Познић, ор. cit.

²⁶ Срећко Зуглија, Парнични поступак ФНРЈ, 1957.

Вратимо се сада позитивном праву. Од побројаних 9 разлога због којих се може тражити понављање правноснажном судском пресудом окончаног поступка, не могу се сви употребити за стављање ван снаге судског поравнања. При том, готово је уврежен став²⁷, да се у погледу побијања судског поравнања предлогом за понављање поступка, примењују исти разлози који важе за стављање ван снаге пресуде на основу признања. „Пресуда на основу признања и пресуда на основу одрицања могу се побијати због битне повреде одредаба парничног поступка или због тога што је изјава о признању односно о одрицању дата у заблуди ли под утицајем принуде или преваре.“²⁸. То даље значи, да као разлози за стављање ван снаге судског поравнања долазе у обзир тачке 1, 2, 8, 9. члана 421. ЗПП. Присуство осталих разлога је тешко замислити, ако се има у виду поступак закључења судског поравнања.

Ретки су примери (готово да их и нема) да се суд изјашњава у прилог побијања судског поравнања ванредним правним лековима. Један од таквих је пресуда Врховног привредног суда Сл 193/58 од 29. априла 1959, у чијем образложењу налазимо овакво становиште: „...Одобрено судско поравнање постаје, дакле, противно схватању жалбе, обавезно за судове и за странке. Не стоји да се судско поравнање може побијати обичном тужбом, на пример због преваре или заблуде, јер би то значило да се између истих странака, макар у измењеним парничним улогама, води нова парница о истом тужбеном захтеву, те би суд с обзиром на цитиране одредбе чл. 322. ЗПП такву тужбу морао одбацити као недопуштену. ...Следи из тога да се и судско поравнање може побијати смао предлогом за понављање поступка, аналогно одредбама за побијање пресуде на основу признања“.

Захтев за заштиту законитости – „Јавно тужилаштво је самостални државни орган који гони учиниоце кривичних и других законом одређених кажњивих дела и улаже правна средства ради заштите уставности и законитости“²⁹. „Кад је државни односно јавни тужилац законом овлашћен да покрене парнични поступак, он може предузимати радње у поступку потребне за остваривање својих овлашћења“³⁰. Из наведених процесних одредби произилази

²⁷ Познић, Аранђеловић.

²⁸ Члан 353. став 3. ЗПП.

²⁹ Члан 103. став 1. Устава Р. Србије.

³⁰ Члан 78. ЗПП.

да ЗПП признаје својство странке државном тужиоцу. У грађанскоправним споровима претежно се штити приватни интерес. Зато је парнични поступак прожет диспозитивним начелом. Међутим, држава показује интерес и када је реч о приватноправним споровима. Као заштитник јавног интереса, иступа јавни тужилац. Захев за заштиту законитости јесте специфичан ванредни правни лек, по томе што представља овлашћење државног органа, а не и право странке. Закон о парничним поступку регулише захтев за заштиту законитости републичког тужиоца, као и захтев за заштиту законитости савезног тужиоца. Како су међутим усвајањем Уставне повеље државне заједнице СЦГ, престали са радом и савезни државни тужилац, и савезни суд, то ћемо се за потребе овог чланка позабавити само захтевом за заштиту законитости који подиже надлежни тужилац у држави чланици. „Државни односно јавни тужилац може подићи захтев за заштиту законитости због битних повреда одредаба парничног поступка (изузев оних које се односе на месну надлежност, искључење јавности, повреду правила *ne bis in idem*), као и због погрешне примене материјалног права.

Постоји дакле, више могућих ситуација у којима би било оправдано подизање захтева за заштиту законитости. Ту пре свега треба имати у виду случајеве у којима није у складу са ЗПП спроведен поступак закључења судског поравнања (нпр. суд дозволи закључење судског поравнања, а једна странка није потписала записник, или дозволи закључење судског поравнања а странке иду за тиме да располажу захтевима којима не могу располагати, односно не дозволи закључење поравнања а били су испуњени сви услови за његово закључење итд.)

Стога има основа да се призна активна легитимација јавном тужиоцу у поступку побијања судског поравнања.

3) Захтев за ванредно преиспитивање правноснажне судске пресуде – Овај ванредни правни лек не би могао доћи у обзир, јер ЗПП предвиђа да о њему одлучује Савезни суд, који је престао да постоји после уставних промена 2003, односно формирања СЦГ. Како ниједном другом органу није стављено у надлежност да одлучује о овом правном леку, то он фактички и није ванредно правно средство иако је предвиђен у ЗПП.

4) Ревизија – Сама дефиниција ревизије (ванредни правни лек који се изјављује против правноснажне судске одлуке донесене у другом степену) искључује могућност њеног коришћења за стављање ван снаге судског поравнања.

Закључак

Питање побијања судског поравнања није решено позитивним прописима. То је дало простора различитим тумачењима, како у доктрини, тако и судској пракси. Док је разноврсност гледишта у доктрини не само могућа него и пожељна, неуједначено поступање судова отвара питање правне сигурности. Супростављена решења овог питања су резултат недостатка усклађеног става о правној природи судског поравнања.

Приликом одређивања његове правне природе морају се узети у обзир две групе елемената: процесноправни и материјалноправни. Ниједној од ове две групе се не сме дати апсолутни примат, јер се у том случају спречава конституисање појма судског поравнања, који је у бити вишеслојан. У њему је истовремено садржана сагласна изјава воља парничних странака да се парница оконча на одређени начин, али и значајна активност суда, изражена кроз контролу закљученог поравнања. Овлашћења суда у поступку закључења судског поравнања, као и ауторитет пресуђене ствари који настаје његовим закључењем, дају поравнању један значајан квалитет више у односу на обичан уговор материјалног права којим странке такође изражавају намеру да окончају спор, али у чијем закључењу не учествује суд (вансудско поравнање). Подсетимо се: закључено судско поравнање води одбацивању, а закључено вансудско поравнање води одбијању тужбеног захтева. Стога би обична тужба која за стављање ван снаге судског поравнања, која би се подносила из истих разлога из којих се подноси тужба за поништење класичног уговора материјалног права, била недовољно процесно средство, за откланавање свих могућих (процесноправних и материјалноправних) недостатака у закљученом судском поравнању.

Једино правно средство, које по нашем мишљењу може да одговори наведним захтевима јесте посебна врста тужбе којом би се могло исходovati стављање ван снаге судског поравнања како из процесноправних, тако и из материјалноправних разлога. Само у случају употребе овог процесног средства могуће је обухватити све случајеве мањкавости судског поравнања.

Стога заступамо став, да у неком новом Закону о парничном поступку, ову могућност треба изричито предвидети, како би овај проблем добио своје задовољавајуће решење.

Нов Закон о парничном поступку

У време писања овог чланка (новембар 2004) у скупштинској процедури се налази предлог новог Закона о парничном поступку.

Чланом 325. став 1. поменутог предлога прописано је да се судско поравнање може побијати само тужбом. „Судско поравнање је ништаво ако је закључено у погледу захтева којима странке не могу слободно располагати“ (члан 325. став 2) „Ако се закључено судско поравнање поништи, парница наставља да тече као да се није одлучило о тужбеном захтеву“ (члан 325. став 3).

Законодавац се тиме дефинитивно определио за тужбу као процесну средство за стављање ван снаге судског поравнања. Неке дилеме ипак остају. Поставља се питање која су лица активно легитимисана. Поред странака, несумњиво би ово право требало признати и јавном тужиоцу, имајући у виду разлог за стављање ван снаге судског поравнања.³¹ Када је реч о основу за стављање ван снаге судског поравнања, остаје отворено питање да ли се у тужби за поништај судског поравнања могу истаћи и процесно-правни недостаци у поступку закључења? Мишљења смо да би одговор на ово питање морао бити потврдан, нарочито ако се има у виду да разлог ништавости судског поравнања може бити последица (односно, најчешће то и јесте) повреда правила поступка од стране суда, или других учесника у поступку.

Све у свему, предложено решење, иако недоречено, представља корак напред у односу на досадашње стање³², а на судској пракси је да му да дефинитиван облик.

Литература

Др Боривоје Познић, Др Весна Ракић-Водинелић, „Грађанско-процесно право“, Београд 1999.

Др Драгољуб Аранђеловић, „Грађанско-процесно право“, I–III Београд 1934.

Бранко Базала, „Побијање судске нагодбе“, Одвјетник 1–2/1959.

³¹ Злоупотреба начела диспозиције, а самим тим и повреда јавног интереса.

³² Побијање судског поравнања досада није било регулисано позитивним прописима

Др Никола Ворганић „Побијање судског поравнања“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1967.

Др Боровоје Познић, „Побијање судске нагодбе у пракси Врховних судова“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2–3/1963.

Радослав Ћосић, Томислав Крсмановић, „Актуелна судска пракса из грађанско-процесног права“, Београд 2003.

Стијаниша Ј. Пауновић

адвокат из Кучева

ЗЛОУПОТРЕБА ПРАВА СВОЈИНЕ

Увод – о злоупотреби права уопште

1. О злоупотреби права уопште можемо говорити и када је реч о објективном праву, и када је реч о субјективном праву, али је прави смисао тог института у злоупотреби субјективног права.

О злоупотреби објективног права, у правом смислу речи „злоупотреба права“, не бисмо могли говорити из простог разлога што злоупотреба права подразумева да право већ постоји, да је створено, па да се, у примени, злоупотребљава. Међутим, објективно право, док га нормотворац (уставотворац, законодавац, доносилац подзаконског акта и др.) не створи, оно не постоји, те нема ни шта да се употребљава, па тиме, и евентуално злоупотребљава.

Код злоупотребе објективног права пре можемо говорити о злоупотреби у стварању права, о злоупотреби овлашћења за нормирање (надлежности), о злоупотреби правног облика, а то је већ нешто друго. То је захватање у подручје односа који, по својој природи, треба да остану изван правне регулативе, зато што се *не могу њравно ређулисајти* (унутрашњи психички садржаји, симпатије, антипатије, срдачности, наклоности, таленти, интимни односи, кретање небеских тела, понашање душевних болесника, итд.), *или се могу али их не треба њравно ређулисајти* (прописивати врсту

фризуре, стил одевања, моду, обавезивати на одавање поштовања владаоцу, начин ословљавања и отпоздрављања, начин полног општења, облике и садржину дружења, итд.). То је захватање у тзв. правнослободни простор (правнослободне односе).

2. Злоупотребу права, у правом смислу речи, имамо тек у домену примене права, тј. у вршењу субјективних права, и можемо рећи да она, у основи, значи *ујојтребу њрава на анџисоцијалан (аморалан) начин, када њијџулар, њри вршењу, њрелази сџварни садржај свој субјекџивној њрава и, џако, џојџуно или делимично онемођујује коришћење другој субјекџа његовим њравом*¹

Употреба субјективног права и његова злоупотреба, гледано из позиције титулара права, нису у контрадикторности. Обе су усмерене и теже ка истом циљу – задовољењу одређеног интереса титулара права. Разлика је само у томе што је употреба „кретање у оквиру свог“, а злоупотреба увек извесно „залажење у туђе“, и на тај начин *џкођење другом*, при чему то не мора да буде увек само штета, већ може бити и сваки други вид узнемиравања и угрожавања.

3. У правној науци се појавио спор око тога шта бива са правом које је злоупотребљено – да ли оно остаје и даље право, или је злоупотребом престало да буде право и постало неправо, па су се у том погледу искристалисале две теорије о злоупотреби права – *сџољна и унуџрашња*.

Заступници спољне теорије посматрају право „споља“, као целину, па кажу да злоупотребљено право *осџаје и даље њраво* у смислу објективним правом признатих овлашћења, само што га његов титулар, у датим конкретним околностима, врши на начин којим према другоме постиже дејство које право забрањује. У неким другим околностима вршење тог права не би произвело такво дејство и не би представљало злоупотребу.

Представници унутрашње теорије посматрају право „изнутра“, аналитички. Рашчлањено на поједина овлашћења која улазе у садржај права, и даље – до конкретних радњи које значе вршење тих овлашћења. Дакле, кроз његову садржину *in concreto*, па кажу да такво право чином његове злоупотребе *џресџаје да буде њраво* и

¹ Др Гордана Вукадиновић, „Темељи теорије злоупотребе права“ – „ЗЛОУПОТРЕБА ПРАВА“, зборник радова, Правни факултет у Нишу, 1996. год., стр. 13.

постаје неправо. Вршење права, по њима, никад не може да буде недопуштено, забрањено, јер би то значило негирање самог права. „Права нема ван његове садржине, тако да је садржина меродавна и за његово вршење – вршење права не може да буде ништа друго до вршења садржине права. Пошто вршење права може једино бити вршење садржине права, онда оно што не срне да се чини не може ни улазити у садржину права. Вршећи оно што се не срне, не врши се право изван његових граница, него се право ни не врши, јер изван својих граница оно више ни не постоји“.²

Чини нам се да су аргументи које даје унутрашња теорија јачи и да је, стога, та теорија прихватљивија, а да велики део тог спора егзистира и данас због тога што се, кад се говори о овом проблему, не прави једна разлика у оквиру субјективног права. Не прави се, наиме, подела на *јросѿа (једносложна)* и *сложена (вишесложна)* *права*. Код сложених, име под којим се појављује неко право (рецимо, својина, залога) остаје увек исто и у случају злоупотребе. Код простих, то једно овлашћење кад се не употреби онако како је прописано, онда се оно и не употребљава, па ни злоупотребљава. Такав акт може да има неку другу квалификацију, изван овлашћења, тј. права (на пример, деликт, фразулозно понашање), али се никако не може квалификовати као вршење права.

Према томе, можемо као коначно рећи да забрана злоупотребе права *ограичава сложена права*, искључујући неко од овлашћења које је заступљено у њима, а *искључује јросѿа права*, елиминишући једино овлашћење од којих се та права састоје. Све то, наравно, *in concreto*. У вршењу.

Ово питање, иако наизглед периферно, ипак је суштинског значаја, што се нарочито показује у поступку заштите права. На један ће се начин поступити ако се узме да је злоупотребљено право остало и даље да постоји као право, а на сасвим други ако се узме да је, злоупотребом, престало да постоји. У првом случају, суд ће на злоупотребу пазити само по приговору оштећене стране (*ope exceptione*), а у другом – по службеној дужности (*ex offio*), када приговор суду може добро доћи, али може и изостати, без неповољних последица по оштећеног. Јер, утврђивање постојања и примена материјалног права јесте у службеној дужности суда. На

² Др Владимир Воденелић, „Такозвана злоупотреба права“, ХОМОС Београд, 1997. год., стр. 210.

странкама је да суду дају чињенице (и доказе, наравно), а он њима – право („*Da mihi facta, dabo tibi ius*“).

4. Злоупотреба права је обликована као правни институт тек средином 19. века. Њу је, најпре, „разоткрила“ судска пракса. Из судске праксе ушла је у правну доктрину, а из ове, касније, снагом њених аргумената, у позитивно право. Прихваћена је у свим значајнијим кодификацијама грађанског права из друге половине 19. и с почетка 20. века. Данас је она општеприхваћен институт у свим правним системима.

Међутим, не би се могло рећи да њу нису познавала и најстарија права, нарочито римско. Сматра се, да је у римском праву *важио принцип поштености слободе* у вршењу субјективних права, без обзира на то да ли оно шкоди другом субјективном праву или не. Тај принцип је био изражен кроз више изрека, међу којима су нарочито познате: „*Quisuo iure utitur, nemini nocet*“ – ко се служи својим правом, никоме не шкоди, „*Nuffus videtur do/o facere qui suo utitur*“ – не сматра се да злонамерно поступа онај ко се користи својим правом, и „*Nemo damnnum facit nisi quo id facit, quod facere ius non habet*“ – нико другом не чини штету, ако не ради оно на шта нема право. Међутим, тај принцип забринуо је већ и неке познате правнике тог доба, па је тако и Цицерон то изнео у својој познатој изреци: „*Summum ius – summa iniuria*“ (највеће право – највећа неправда), док је Паулус истицао: „*Non omne quod licet, honestum est*“ (све што је дозвољено, није уједно и поштено).

Прве знаке „попуштања“ тог принципа пред праксом, и могли бисмо рећи зачетак института забране злоупотребе права, налазимо у *exceptio doli* (приговору због преваре), којег је претор дао дужнику да би се заштитио од повериочевог *dolusa* у вршењу права, с циљем да се строгом *ius civile* супротстави правично право – *aequitas* (поштење), *bona fides* (поверење).

У даљем току развоја људског друштва све се је више увидело да се вршењу субјективних права, ако се жели да се максимално остварују, морају постављати и одређене границе. Али, како?

Норме објективног права, и кад се стварају, стварају се на бази типичних случајева из праксе, док многи други случајеви, опет из праксе, то нису – нису типични, па, као такви, још онда остају изван домашаја правне регулативе. На другој страни, живот не мирује, он стално иде даље, некад брже – некад спорије, и при том

ствара и нове случајеве, које нормотворац није могао да предвиди. Све то даје могућност да нормативни садржај (законски опис) одређеног субјективног права буде у извесном *раскораку са* стварним садржајем конкретно датог субјективног права, и да се, управо кроз тај раскорак, као право „провуку“ и одређени реални садржаји који то у ствари нису. Да се под формом употребе права врши, уствари, злоупотреба права.

Појавио се, дакле, проблем у *непрецизности правне регулативе и немогућности да се она апсолутно посигурне*, на једној страни, и *по потреби да се конкретном субјективном праву тачно зна садржина*, на другој страни, будући да оно само са конкретно и тачно одређеном садржином и може постојати (субјективно право има онај коме нешто припада или који нешто срне, а нема онај коме нешто не припада или који нешто не срне).

У таквим условима, постало је јасно да се тај раскорак може „премостити“ *само преко судије*, онда кад се спор појави, тако што ће судија, најпре, утврдити стварне границе датог субјективног права, а онда, на основу тога, и да ли је оно вршено у тим границама и на адекватан и рационалан начин, или је то у извесном смислу прекорачено на штету другог, тј. да ли је право употребљено или злоупотребљено?

За испуњење тог задатка, да не би испало да арбитража, а не суди, судији се, опет у објективном праву, мора створити неки правни основ (извор), макар и начелан, оквиран. Потребно је створити одређене *криптеријуме* помоћу којих ће он, ценећи све околности конкретног случаја (природу ствари, намену права и сл.), моћи јасно идентификовати шта је конкретно у питању – да ли употреба или злоупотреба права. И тај задатак се, опет, најпре нашао пред правним мислиоцима.

5. У почетку се, по тзв. *субјективној теорији*, тежиште проблема стављало на вољном елементу титулара у вршењу свог субјективног права, на *намери да се нашкоди или да се нанесе штета (animus nocendi)*, и само се на основу тог једног субјективног елемента одређена употреба квалификовала као злоупотреба права. Ако тог субјективног елемента није било, није било ни злоупотребе, без обзира што су из таквог вршења објективно произашле одређене неповољне последице по право другог субјекта у правном односу. Заслугом ове теорије идентификована је *шикана*, као вршење права искључиво у намери да се другом нашкоди.

Међутим, временом се увидело да неповољних последица по другог субјекта у вршењу његовог права (штете, угрожавања или узнемиравања) може бити и у случају *само неправилног (неправичног, неубичајеног и сл.) вршења свој права, вршења противно циљу права*, када намере шкођења чак уопште и нема, а које се, са моралног становишта гледано, такође не може допустити, па се тежиште („водећи елемент“) проблема квалификације злоупотребе права померио са субјективног на овај други – објективни елемент. Тако је настала тзв. *објективна теорија*. Заслугом ове теорије идентификовано је, до данас, још седам других видова злоупотребе права: *бескорисно, несразмерно, противциљно, непримерено, противречно, неморално и неправично вршење права*. Поред *шканозног*, за које малочас рекосмо да је идентификовано заслугом субјективне теорије.

Ваља приметити да се те две конструкције о забрани злоупотребе права – субјективна и објективна, иако на очиглед супротстављене, у пракси ипак приближавају, па се субјективна на одређен начин објективизује (намера шкођења констатује се на основу објективних елемената – бескорисности, несразмерности и др.), и обрнуто – објективна субјективизује (објективна противност циљу права констатује се на основу вољног елемента), тако да, у коначном, упркос одређеној правнодогматској некоректности, *исти случајеви бивају квалификовани као злоупотреба*, било да је забрана злоупотребе у дотичном систему формулисана субјективно, било објективно.³ Постоји и трећа варијанта у формулисању забране злоупотребе права, која није ни једно ни друго, ни субјективна ни објективна. То је *свеобухватна формулација*, коју је први употребио Швајцарски грађански законик из 1907. год.⁴, одредивши да „очигледна злоупотреба права не ужива правну заштиту“. Њена предност је у томе што даје већу могућност да се санкционишу и нови случајеви злоупотребе права, а недостатак што практичару задаје веће муке у примени забране на конкретан случај (у тумачењу).

8. У нашем праву забрана злоупотребе права је постављена на објективном принципу⁵, али у правној теорији има мишљења да

³ Др Владимир Воденелић – „Такозвана злоупотреба права“, ХОМОС Београд, 1997. год., стр. 161.

⁴ Чл. 2. ст. 2. ЗГБ.

⁵ Чл. 4. и 6. Закона о основама својинско-правних односа („Сл. л. СФРЈ“, бр. 6/80 и 36/90, и „Сл. л. СРЈ“, бр. 29/96), и, чл. 13. Закона о облигационим односима („Сл. л. СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85145/89, и „Сл. л. СРЈ“, бр. 31/93).

би и нама, *de lege ferenda*, у интересу веће правне сигурности, одговарало једно свеопште одређење забране злоупотребе права, које се може постићи било навођењем свих видова вршења права који се сматрају злоупотребом права, било само једним уопштеним одређењем да је злоупотреба права забрањена, било таквим једним општим одређењем и, уз то, још и таксативним или *exempli causa* навођењем видова злоупотребе.⁶ Место таквој једној одредби у систематици грађанског законика, ако би до његовог доношења дошло, морало би бити међу почетним одредбама законика, будући да је забрана злоупотребе права институт општег дела грађанског права, заједнички за све његове посебне делове.

9. На крају, говорећи о злоупотреби права уопште, да додамо и то, да су сва субјективна права подложна злоупотреби, осим једног мањег броја, која су, по својој природи, неограничена и неподложна контроли њиховог вршења, па као таква и „незлоупотребива“. Таква су права, сигурно, сва права која улазе у појам личности и нераскидиво су везана за личност као једну реалност (право на живот, тело, здравље, углед и др.).⁷ Она настају самим фактом рођења човека и не подлежу никаквој аутономији његове воље у погледу њиховог настанка, постојања и вршења.

Има мишљења да у круг таквих, незлоупотребивих права, улазе и нека друга права и слободе (слобода завештања, право наслеђивања, слобода склапања брака, право не дати сагласност малолетнику да закључи брак, право опозвати поклон или завештање, право опозвати усвојење, итд.), за која се, по француској терминологији, каже да су *дискрециона права*. Међутим, то је дискутабилно и не бисмо могли да се сложимо са таквим мишљењем. Не бар генерално. На пример: зар није злоупотреба слободе закључења брака ако се брак само формално закључује, за новчану надокнаду, само да би се лицу са којим се закључује створио основ за стицање држављанства, без да се је уопште и циљало на успостављање заједнице живота, која је циљ и суштина брака?

⁶ Др. Владимир Воденелић, „Такозвана злоупотреба права“, ХОМОС Београд, 1967. год., стр. 164–165.

⁷ Др Радмила Ковачевић-Куштримовић, „Домен примене начела забране злоупотребе права“ – ЗЛОУПОТРЕБА ПРАВА – Зборник радова, Правни факултет у Нишу, 1996. год., стр. 25.

Право својине – појам

1. Својина је трајно и у границама закона најшире и најпотпуније сложено стварно субјективно грађанско право, чији садржај чине овлашћења да се ствар држи (*ius possidendi*), користи кроз употребу или прибирање са ње плодова или других прихода (*ius utendi et fruendi*), и њоме фактички или правно располаже (*ius disponendi*).

Наведена овлашћења нису саставни делови својине, јер је својина јединствена и недељива правна власт, која се не састоји из збира појединих овлашћења, већ се наведеним овлашћењима тек манифестују све могућности фактичког и правног односа власника према његовој ствари. То је један посебан и јединствен квалитет, уздигнут изнад појединачних овлашћења која му чине садржину. Због тога, власник ствари остаје и даље власником иако ју је, рецимо, дао другоме на употребу. У овом случају власник није више у оном непосредном фактичком односу према на употребу датој ствари, али ипак и даље остаје њен власник. Значи, упркос томе што се нека од наведених овлашћења права својине не могу конкретно вршити, оваква немогућност не утиче на постојање права својине (*ūzv. ius recadentiae*). Из тога, надаље, произилази и да у случају сусвојине сувласници не могу међусобно делити поједина овлашћења која чине садржај права својине (на пример, да један има *iuspossidenti*, други *ius utendi*, а трећи *ius abutendi*), него је међу њима подељено на аликфотне делове само право својине као такво, тј. сваки од њих добија припадајући му део свих својинских овлашћења (дакле, одређен део поседа, коришћења и располагања).

Преношење појединих овлашћења од стране власника на привремено вршење трећим лицима, у виду тзв. изведених права (службеност, закуп, залога и др.), и кроз то сужавање (ограничавање) права својине, може отићи толико далеко да власнику остане само тзв. „гола својина“ (*nuda proprietas*). Само, дакле, још овлашћење потпуног располагања (преноса својине). Али, кад трећим лицима престане право вршења тих овлашћења, та се овлашћења опет враћају власнику, *ex lege*, без неких посебних правних аката у том циљу. У томе је то познато својство еластичности, рекадентности права својине.

Управо та својства права својине и доводе до његовог поистовећивања са ствари на коју се односи, па кажемо „моја кућа“, „мој

аутомобил“ или сл., мада увек мислимо на право својине на тим стварима.

2. Својина је однос који живот значи. Она је, пре свега, однос човека према природи, кроз присвајање материјалних добара из природе и прилагођавање својим потребама, а онда и однос човека према човеку кроз држање, коришћење и располагање таквим добрима, све у циљу задовољења животних потреба људи. На својинским односима, њиховом богатству, разноврсности и складности, почива и индивидуална и друштвена срећа и благостаје. Отуда и заинтересованости и тежње државе да ти односи буду што складнији и успешнији. Складност и успешност таквих односа држава остварује разним мерама, а пре свега преко права као свог инструмента за регулисање уопште односа међу људима унутар државне заједнице. Неке ће од тих односа, оне поводом, рецимо, мање значајних ствари или ствари у изобиљу, право оставити да се одвијају и развијају слободно, без ограничења, док ће друге, због њиховог већег значаја (односе се на ствари које су од већег друштвеног значаја, као што су, рецимо, непокретности, рудно благо, природни раритети, историјски споменици и сл., затим, ствари које представљају дефицитарну робу на тржишту, итд.) и могућих аномалија у њиховом остваривању (егоизма, похлепе, итд.), ипак морати у извесној мери да ограничи. Та ограничења могу бити у индивидуалном или ширем – друштвеном интересу, и то као *јавној* права, која произилазе из прописа јавног права, или *приватној* права, која произилазе из суседског права. Она титулару намећу одређене обавезе у вршењу свог права својине и, као таква, по самој својој природи, као уосталом и све друге обавезе, не могу ући у појмовни оквир права, већ му само, *in abstracto*, означавају тај оквир, границе простирања.

Вршење права својине и њена злоупотреба

1. Вршење права својине у границама његовог појма је *слободно* и у основи значи *моћ титулара* да на самој ствари као објекту тог права, или поводом ње, предузме или не предузме одређене конкретне радње којима се остварује његова садржина. Титулар може ствар држати или напустити (дереликвирати је), користити или некористити, чинити на њој свакакве промене, чак и до потпуног уништења, предати је другом на коришћење, итд., до пот-

пуног отуђења (преноса својине). Обавеза је свих трећих лица да му ту слободу испоштују (*erga omnes*).

Међутим, та његова слобода није без граница. Она се завршава тамо где почиње слобода других лица у вршењу њихових права. Колико су други дужни да поштују његово, толико је и он дужан да поштује њихово право (златно морално правило: „не чини другом оно што не желиш теби да се чини“). Чим начин на који титулар ту своју моћ испољава прелази стварни садржај његовог права и почиње да вређа (омета или угрожава) туђе право, он то своје право више не употребљава, него га злоупотребљава. Објективно право му ту моћ надаље више не штити, него забрањује.

2. „Злоупотреба права својине је вршење својинских овлашћења на начин који није изричито, већ генерално, забрањен објективним правом и који је недопуштен јер је абузиван с обзиром на циљ вршења, или обзиром на начин вршења. Злоупотреба права није непосредно ограничење садржине својине, већ начина њеног вршења којим се намеће власнику додатна обавеза – обавеза уљудног (*civiliter*) вршења права. Произилази из потребе морализације и социјализације права, односно савесног и поштеног вршења права“.⁸ „Забрана злоупотребе права има свој основ у општој потреби за што већим миром и сигурношћу у свакој заједници. Она је колико правно толико и морално правило“.⁹

3. Сви до сада идентификовани облици злоупотребе права, које смо напред, говорећи о критеријумима за утврђивање злоупотребе, само именовали, манифестовали су се првенствено и претежно на плану вршења права својине, као најважнијег и најзаступљенијег субјективног права. И управо на том пољу их је судска пракса најпре и открила, и то на вршењу права својине на земљи, будући да је земља некада, и дуго, била једино средство за производњу. И што је објект својине значајнији за живот људи, што је интересовање за њега веће, то је и његова подложност злоупотреби права већа. И данас је својина на непокретностима, али не више само земљи, него и другим (становима, пословним просторијама и др.), најчешће право које се злоупотребљава.

⁸ Др Мирослав Лазић, „Злоупотреба права својине у суседским односима“, „ЗЛОУПОТРЕБА ПРАВА“, зборник радова, Правни факултет у Нишу, 1996. год., стр. 113.

⁹ Исто, стр. 113 (цитат из „Злоупотребе права“, од др М. Марковића, стр. 1012).

4. Забрана злоупотребе права својине код нас је општа и гласи: „*Власник остварује право својине у складу са природом и наменом ствари. Забрањено је вршење права својине противно циљу због кога је законом установљено или признајо*“.¹⁰

Облици злоупотребе права својине

Шиканозно вршење права својине („шикана“)

1. Подразумева вршење права својине искључиво у намери да се другом науди, нашкоди, или првенствено у том циљу, па га имамо у *чистом облику*, када је шкођење другом једини циљ вршења права (на пример, сусед је у свом травњаку испред куће, према коме је отворен поглед из мог дворишта, да би ми се подсмевао, поставио људски кип који карикира мој лик или неки мој физички недостатак), или *комбинованом облику*, уз неки оправдан интерес, али у правом реду ради шкођења (на пример, сусед захтева да уклоним бесправно подигнути зид, јер му наводно смета, иако му још више смета дрвеће испред зида које је сам посадио).

2. Елементи овог облика злоупотребе права јесу: (а) *намера шкођења*, која је у првом реду и означава свест и хтење да се другом науди, затим, (б) *само шкођење*, које може бити у виду штете, сметања, узнемиравања или неких других неугодности и непријатности, и (ц) *постојање узрочне везе између шиканозног вршења права и шкодљиве последице*. Први је субјективне, друга два објективне природе. Сви морају бити кумулативно испуњени.

3. Пошто је намера један унутрашњи, субјективни феномен, да би се избегле потешкоће у њеном доказивању, у пракси се код њеног утврђивања користи *метода негатиивног утврђивања*, тако што се узима даје дотично вршење права било шиканозно ако није могло имати никакав други циљ, или не бар оправдан циљ, осим да се другом нашкоди.

4. Само шкођење, као објективна последица, узима се у најширем смислу и подразумева неугодности и непријатности најразличитије врсте. И то не само оне које су већ наступиле, него и оне које још нису, али постоји озбиљна опасност да ће наступити.

¹⁰ Чл. 4. Закона о основама својинско-правних односа (Сл. л. СФРЈ, број 6/80 и 36/90, и Сл. л. СРЈ, број 29/96).

5. Узрочна веза постоји ако је титулар у вршењу свог права циљно нашкодио другом, без обзира да ли је то учинио на типичан или атипичан начин (начин који по редовном току ствари и у већини случајева нема за последицу шкођење).

Бескорисно вршење права својине

Подразумева вршење права својине *без икаквог ојравданог интереса*, или *без иоле значајног интереса* на страни титулара својине. У литератури се најчешће помиње чувени Коломарски случај из 1855. год.: изградња димњака огромних димензија који суседу одузима видик и који је по свему осталом то (димњак), осим по ономе најхитнијем – нема отвор за провођење дима. Претпоставке су му: (а) *бескорисној вршења права (помањкање или безначајној интереса титулара)*, (б) *шкођење другом субјекту у вршењу његовог права*, (ц) *узрочна веза између титулареве радње и шкођења другом*, и (д) *недоуштености дојичне титулареве шкодљиве радње*. Све су објективне природе. Намере овде, видимо, нема као битног елемента, што не значи да је у конкретном случају не може и бити, али она није битна, што олкшава доказивање постојања овог облика злоупотребе.

Несразмерно вршење права својине

1. Подразумева остваривање вршењем права својине свог знатно мање вредног интереса на уштрб туђег знатно вреднијег интереса (на пример, власник земљишта које је сусед у незнатном делу захватио градњом тражи да се поруши зграда).

2. Код овог облика, за разлику од претходног, интерес титулара је сходан циљу права које врши, и по себи, *in abstracto* узет, оправдан, али није оправдано да се *in concreto* оствари на рачун туђег знатно вреднијег интереса. Битне претпоставке за постојање овог облика јесу *објективне природе* и састоје се у (а) *значајној диспропорцији* између вредности једног легитимног интереса који се остварује и оног туђег интереса на чији се рачун остварује, и (б) *шкођењу овом другом интересу услед ње диспропорције*. У позадини таквог вршења може да стоји намера шкођења, и она често и стоји, али она није конституенса овог облика, те се, као таква, и не утврђује.

Противциљно вршење њрава својине

1. Подразумева вршење тог права од стране његовог титулара противно циљу ради којег му је оно признато. Свако субјективно право, а својина пре свега, признато је објективним правом његовом титулару да би, у коначном, остварио неки свој реалан и легитиман интерес. Тај и такав интерес јесте циљ права, и ако је конкретно вршење права у функцији остварења тог циља, онда је оно циљно и легално. Ако није, онда је противциљно (дисфункционално) и, као такво, забрањено (код нас чланом 4. ставом 2. ЗОСПО). Да ли је ово или оно, утврђује се телеолошким тумачењем.

2. Занимљиво је рећи за овај облик злоупотребе права својине да је он и код нас, као и у већини других правних система, изричито предвиђен и да, као такав, а због своје општости и могућности за шире тумачење, служи као нормативно „покриће“ за многе друге облике злоупотребе права својине (бескорисност, несразмерност, неадекватност и др.). И не само својине, него чак и других субјективних права.

Нејимерено вршење њрава својине

1. Постоји кад се од више могућих начина за остварење истог резултата не изабере онај који је по другог субјекта најблажи, најпоштеднији и најмање оптерећујући, иако такав начин постоји и он по титулара својине не би био ништа тежобнији од осталих.

2. И овај вид злоупотребе права је објективно постављен, јер увек изискује да вршење права шкоди другом у виду произвођења му излишне тежобности, што не мора, мада може, да буде мотивисано и намером у том правцу.

Та излишна тежобност може се манифестовати у виду (а) *јроспторне нејимерености* (на пример, сусед је своју високу вршалицу паркирао баш наспрам прозора од моје собе за дневни боравак и тако ми заклолио светлост, а могао ју је у свом пространом економском дворишту паркирати бар на најмање десет других места и да ми тако не приреди ту непријатност), или у виду (б) *временске нејимерености* (на пример, власник стана којег ми је издао у закуп доводи своје потенцијалне купце тог стана, ради разгледања стана, баш у поподневним сатима када уобичајено одмарам, иако то може и изван тог времена), или у виду (ц) *нејимерене мере, ко-*

личине, димензије или форме (на пример, власник је подигао преви-соку ограду и тако суседу заклонио светлост, а и нижа му је била довољна и не би шкодила суседу, или: власник земљишта је тако подигао и обојио ограду да изгледа да суседова кућа, која се налази иза ограде, представља затвор), или *(g) преко неадекватне личностии или у неадекватно сћање личностии која нешто чини или којој се шкоди* (на пример, власник-закуподавац пошаље као пуномоћника за разгледање стана лице које је са закупцем у свађи, или: сам купац долази у обилазак стана за време док је заразно болестан, или у време кад купац има неку свечаност у стану, и сл.).

Противречно вршење права својине

1. Подразумева контрадикторност титулара било *(a) у каснијем понашању* у односу на раније понашање, на који начин је код другог субјекта изиграо ранијим понашањем већ створено поверење, било *(б) у више једновремених начина понашања*, на који начин другом субјекту онемогућава да тачно зна на које од тих понашања треба да се ослони.

У пракси је први вид противречног понашања чешћи, могло би се рећи доминантан, док је други ређи. Заједничка карактеристика им је у томе што кад се конкретни случајеви таквог понашања посматрају засебно, они делују као нормални, сходни циљу права, али кад се доводе у везу са ранијим понашањем титулара, којим је код другог субјекта већ створено одређено поверење, па се сада практично изиграва, или кад се посматрају у вези са осталим једновременим различитим начинима понашања титулара, којим се другом субјекту стицање таквог поверења онемогућава, онда они више не делују као нормални и допуштени.

2. Када је реч о првом виду овог облика злоупотребе права, о недоследности у вршењу права, у пракси примећујемо да се и он манифестује опет на два начина: (1) било да је титулар својим ранијим понашањем код другог субјекта створио поверење као да до права које заиста има не држи да га има, или једноставно не жели да га врши, па га сад врши и тиме шкоди другом субјекту изигравањем му створеног поверења (на пример, случај из моје праксе – сусед се није противио кад је мој властодавац поставио скупочену ограду на својој парцели према његовој парцели, а сада, када је ограда завршена, тражи њено уклањање, јер му наводно

смета), (2) било да је титулар својим ранијим фактичким понашањем створио привид као да дотично право својине има и да га управо као такав (као власник) и врши, иако га у ствари није имао, а сад, кад га је у међувремену стекао, игнорише то своје раније фактичко понашање и њиме код другог субјекта створено поверење, позивајући се на чињеницу да он у то време није имао право да се тако понаша, и тако овом другом субјекту шкоди (на пример, НН ми је продао одређену ствар из заједничког домаћинства са оцем, који је у то време био жив, доводећи ме тиме у веру да ми продаје своју ствар, иако је иста била очева, да би ми сад, кад је отац у међувремену умро и он проглашен његовим јединим наследником, пореко својину на тој ствари по основу купопродаје од њега, истичући да он у време купопродаје није био власник).

3. И овај вид злоупотребе права постављен је објективно, тако што се и за његово постојање тражи само да је титулар, својим противречним понашањем, које му није било нужан и оправдан избор, проузроковао одређено шкођење интересима другог субјекта, у виду штете или узнемиравања, већ насталих или потенцијалних, а да ли је такво понашање инспирисано и одређено намером шкођења – то је ирелевантно, мада је у „позадини“ конкретних случајева доста често и има.

4. Такво понашање има свој у правничком свету познати назив „*venire contra factum proprium*“, који у буквалном преводу значи „ићи против сопствене чињенице“, а у слободном – порицати своју сопствену тврдњу.

Неморално вршење права својине

1. Подразумева такво вршење права својине које је у супротности са нормама друштвеног морала и које, као такво, производи одређене шкодљиве последице по другог субјекта са којим је власник у одређеном правном односу. Неморално понашање титулара у вршењу свог права и не мора да буде шкодљиво по другог. И док је такво, оно није интересантно за право. Друго је питање што подлеже моралној санкцији (грижи савести). Али, кад изађе из те приватне свере титулара и почиње да шкоди другим субјектима у вршењу њихових права, онда оно мора да изазове правну реакцију у виду правне забране.

2. Овај облик злоупотребе права најчешће се формулише директно, као вршење права супротно моралу, добрим обичајима или саве-

ности и поштењу, али може и индиректно, кроз налагање да се право врши сагласно моралу, добрим обичајима или савесности и поштењу. Било како било, понашање у вршењу права супротно тим стандардима увек је неморално и као такво недопуштено, забрањено.

3. У пракси је доста чест, сам или у „заједници“ са још неким облицима абузивног понашања. И он је објективно постављен. Тражи се да је одређена штетљива последица објективно наступила и да она са становишта друштвеног морала (дакле, не индивидуалног) није оправдана и допуштена. Друштвени морал је део објективне стварности, феномен који је изнад индивидуалног морала, по коме овај други мора да се управља. Субјективно посматрано, може бити да је такво неморално понашање произашло из намере да се другом нашкоди, и врло често тако и бива, али то није правно релевантно.

4. Овај облик абузивног понашања се у правничком свету означава обично латинском изреком: *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, која у нешто слободнијем преводу значи: „Нико се не може позивати на сопствену срамоту“.

Неправично вршење права својине

Постоји у случају када понашање титулара штоди другоме, а постојање субјективног права није довољно да се то шкођење оправда, јер је, по једном природном осећају нормалног и часног човека, неправично да други буде изложен том шкођењу. У пракси је нарочито драгоцен када се у конкретном случају не може помоћу других конституенци засновати суд о постојању злоупотребе, а правни осећај указује да она постоји и налаже њено санкционисање. Објективно је постављен. Намера шкођења и свест о колизији са осећајем праведног нису релевантни.

Правне последице забране злоупотребе права својине

1. Норма о забрани злоупотребе права својине садржана је, као што смо већ рекли, у члану 4. Закона о основама својинско-правних односа.

Постављена је као *правно начело* и као таква је, као уосталом и сва друга правна начела, *императивне природе*.

Из тога, даље, следи да суд, у сваком конкретном случају, мора *по службеној дужности* да води рачуна о томе не изводи ли

неко своју претензију (захтев или приговор) из злоупотребе права, јер примена или непримена когентне норме, иза које стоји општи интерес, не може се препустити приватној иницијативи, диспозицији странке, не зависи од воље странке.

Суд ће пред собом, у својинском спору, увек имати одређено конкретно понашање, власника или другог субјекта са којим је власник у спорном односу, постављено захтевом или приговором, са једне или друге стране, па да би он утврдио да ли је то понашање правно признато или не, тј. допуштено или не, и с тим у вези пресуди ствар, он обавезно мора самоиницијативно, независно од воље странака, да то понашање „одвага“ и са становишта забране злоупотребе права. Чак, штавише, сматрам да би он то био дужан чак и у случају кад међу странкама не би било спорно да право није злоупотребљено, а у смислу члана 3. ст. 3. Закона о парничном поступку. То зато што је то **примена материјалног права!**

Према томе, има ли приговора у том смислу, или не, ирелевантно је. Суд је у сваком случају дужан *ex/egeda* провери да дотично понашање не пада под удар забране злоупотребе права својине. Утолико ни изостанак приговора не повлачи никакве штетне последице по туженика. Али, он у сваком случају може добро доћи судији.

2. Правне последице огрешења о забрану можемо разврстати у (а) оне у корист субјекта погођеног злоупотребом, и (б) оне на штету злоупотребиоца. Надаље ћемо рећи нешто и о њима и, уједно, завршити овај рад.

3. Правне последице у корист субјекта погођеног злоупотребом права испољавају се у два вида:

а) Први, најчешћи и најтипичнији вид, јесте надокнада штете.

Претпоставке су (а) да је штета заиста настала, и (б) да је проузрокована понашањем починиоца које значи злоупотребу права. Није битна врста штете. То може бити материјална или нематеријална штета, проста штета или изгубљена добит. Такође, није битно ни да ли је произашла из активног понашања (чињења) или пасивног понашања (нечињења) злоупотребиоца – починиоца штете.

Злоупотребилац права – починилац штете одговара по принципима објективне одговорности.

Облик надокнаде одређује се сходно општим одредбама одштетног права.

б) Други вид ове врсте последица јесте потпуна реактивна и превентивна заштита.

Остварује се налагањем злоупотребиоцу или одређеног нечињења (на пример, да не срне подићи зид), или одређеног чињења (на пример, да снизи зид). Ово друго (чињење) долази у обзир само онда кад је потребно, и колико је потребно, да се уклоне последице или спречи вршење злоупотребе права, јер би све друго изван тога значило задирање у слободу вршења права.

Ако је злоупотреба већ извршена, заштита је употпуњена могућношћу тражења забране понављања радње која представља злоупотребу права, изложеношћу злоупотребиоца приговору којим се зауставља његов захтев, изложеношћу злоупотребиоца самопомоћи, а ако опасност од злоупотребе тек прети – заштита је употпуњена и могућношћу тражења одређених мера превентивне заштите (рецимо, да почупа саднице које ће као дрвеће извесно сметати суседу).

4. Последице злоупотребе права на штету злоупотребиоца исте су као и у другим случајевима када неко врши радњу која се не признаје као овлашћење, као вршење права: неповољне по злоупотребиоца у сваком погледу. Он се не може позивати на право ни у активној улози (тужећи), ни у пасивној улози (приговарајући). Њему не припада ни судска заштита, ни самозаштита.

5. И још, на крају, да подсетим, да питање злоупотребе права својине може бити „стављено“ у поступак пред судом било тужбом тужиоца (реактивном или превентивном), било приговором туженика да тужбени захтев почива на њој, или по оцени самог суда, на бази околности случаја, независно од истицана странака. Од њеног постојања или непостојања зависи и постојање или непостојање самог субјективног права чије се остварење или заштита тражи (не само захтева у материјалном смислу), а то је већ питање у домену примене материјалног права, која представља службену дужност суда. Отуда, њено истицање, и уопште узимање у оцену, није ограничено одређеним фазама поступка (као, рецимо, истицање застарелости, као основа престанка само захтева у материјалном смилу, само до закључења главне расправе), већ се може истицати и у правним тековима, па, чак, и узети у обзир од стране виших судских инстанци, кад оно очигледно произилази из утврђеног чињеничног стања у списима предмета, и независно од тога да ли је истакнуто или није. По службеној дужности.¹¹

¹¹ Чл. 365, ст. 2. и чл. 386. Закона о парничном поступку

Мр Марко М. Марић
адвокат из Београда

КАКО СПРЕЧИТИ РАД НАДРИПИСАРА

УВОД

У време када се многи људи, принуђени тешкоћама, баве разним занимањима за која нису оспособљени, са циљем да себи и члановима породице обезбеде егзистенцију, појављују се и лица која врше правне услуге, па чак и заступања странака пред судом а да за ову делатност нису квалификовани. Често немају уопште правно образовање а ако га и имају онда поступају без икаквог стручног искуства у делатности која тражи високу стручност, знање и умешност. Тиме се наноси штета заступаној странки, суду а посебно адвокатској делатности, а посебно избегавају се обавезе према држави, што им омогућава повољнији положај у односу на оне који регуларно врше свој посао. Многе професије покушавају се заштитити од оних којих обављају исти посао а нису регистровани па самим тим, ни овлашћени.

Постоје мишљења да се адвокатска делатност може заштитити од надриписара једноставним протеривањем из суднице. Као и многе појаве у животу и надриписарство није једноставна ствар, па се не може лако искоренити. Зато, не лежи обавеза само на суду да спречи заступање надриписарима, већ се то мора чинити заједничким поступцима друштва, суда и адвокатуре. Да би указали на одређене проблеме у том послу, најпре ћемо изнети мишљење о томе шта је надриписарство, а затим одређене проблеме који стоје

на путу борбе против ове појаве. Ако се не може потпуно онемогућити, онда се, бар, мора смањити делатност надриписара.¹

ПОЈАМ НАДРИПИСАРА

О надриписарству се говори у литератури и законским текстовима, посебно оним, којима се уређује парнични поступак пред судом. Наиме, тако у одредбама члана 90. став 1, 2. и 3. Закона о парничном поступку (ЗПП), иако је реч о надриписарству његов појам није потпуно одређен. Одредбе става 1. члана 90. ЗПП-а предвиђају да пуномоћник може бити свако физичко лице које је потпуно пословно способно, осим лица које се бави надриписарством. Ставом 2. истог члана се каже, да ће суд ускратити заступање пуномоћнику који се бави надриписарством и о томе одмах обавестити заступану странку, наравно, ако она није присутна на рочишту на којем се такво лице појавило као пуномоћник.²

Одговор на питање које се лице бави надриписарством може се наћи у раније важећим законским прописима. Тако је нпр. у држави Срба, Хрвата и Словенаца (Стара Југославија) Закон о адвокатима за Краљевину Срба, Хрвата и Словенаца из 1929. године садржавао одредбе о појму надриписара.³ У параграфу 120. било је предвиђено да је надриписар онај који уз награду заступа странку пред судовима и другим државним органима. Надриписаром се сматрало и оно лице које је у виду заната састављало за друга лица исправе о правним радњама или исправе које су иначе служиле пред судовима, осим општинских судова, а да зато у закону није имало овлашћења. Истим прописом (параграфом) било је предвиђено да такво поступање представља кривично дело за које је предвиђена казна затвора до два месеца или новчана казна. У неким случајевима могле су се учиниоцу изрећи обе казне кумулативно. Према наведеном параграфу, кривично дело надриписарства чинило је оно лице које је без законитог овлашћења за на-

¹ *Марић, М.*, Неколико питања око забране заступања надриписару, „Наша законитост“, Загреб, април, 1989. бр. 4. стр. 542–544.

² Идентична одредба је предвиђена и у чл. 85. Нацрта закона о парничном поступку/2004. године. Овај закон је већ у новембру 2004. усвојен, али још није ступио на правну снагу.

³ *Закон о адвокатима* за Краљевину Срба, Хрвата и Словенаца, од 17. 03. 1929.

граду заступало странке пред јавним властима или ма којим јавно правним телима. Кривично дело надриписарства сматрало се и оно чињење кад се неко лице „обртимице бавило“ састављањем исправа, а да зато није имало овлашћење. Неовлашћено заступање представљало је кажњиву делатност само онда кад се оно вршило уз награду, док се састављање исправа сматрало кривичним делом надриписарства ако се лице тим пословима бавило обртимице у виду заната.⁴

Кривично законодавство бивше СФРЈ, такође, је предвиђало кривично дело надриписарства. Све републике и покрајине прописивале су ово дело. Било је сврстано у групу кривичних дела против јавног реда и правног саобраћаја. Тако је КЗ СР БиХ предвидео кривично дело надриписарства у чл. 221, КЗ СРМ у члану 226, КЗ СР Сл. у члану 190, КЗ СР Ср. у члану 237, КЗ СР Хр. у члану 216, КЗ СР ЦГ у чл. 225, КЗ САПВ у чл. 199. и КЗ САПК у чл. 207. У свим наведеним кривичним законима биле су предвиђене казне затвора од једне године или новчана казна. И у новим кривичним законима ових нових самосталних држава предвиђа се надриписарство као кривично дело.

Наше кривично законодавство у оквиру државе СРЈ такође је предвиђало кривично дело надриписарства, њега у својим КЗ предвиђају републике чланице Државне заједнице Србија и Црна Гора. Тако је у КЗ Р Србије⁵ предвиђено у члану 237, надриписарство. За надриписара је запрећена новчана казна или казна затвора до једне године.

Из споменутог параграфа 120. Закона о адвокатима Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, кривичних закона република и покрајина СФРЈ и сада важећих КЗ-а Р Србије и ЦГ може се закључити, да је *надриписар оно лице које неовлашћено и за награду заступа странку у постојећу пред судом*. Надриписар је и онај који код своје куће или на другом месту саставља исправе о правним радњама или друге поднеске, уз награду без овлашћења које проистиче из закона. Нас, међутим, највише занима онај пуномоћник који се као надриписар појављује у заступању странке пред судом.

⁴ Белчић, М., Борба против надриписарства, Загреб, „Одвјетник“, бр. 3–4, 1973, стр. 153.

⁵ Службени гласник Србије, 39/2003.

ПРОБЛЕМИ КОЈИ СУ ПРИСУТНИ У СПРЕЧАВАЊУ НАДРИПИСАРСТВА

Обавеза суда да таквом лицу ускрати даље заступање (чл. 90. став 2. ЗПП) чим сазна да се ради о надриписару није довољна мера за сузбијање ове појаве. Не само да то није довољно, већ је и тешко установити да је неко лице које поступа као пуномоћник странке надриписар. Критериј, да се оно чешће појављује као пуномоћник, а није адвокат, није поуздан. Учестало појављивање неког лица у улози пуномоћника не мора аутоматски значити да се ради о надриписару. Његово чешће појављивање пред судом може бити у вези са једном парницом или у вези са више поступака. И, у једном и другом случају, још увек не значи да је то лице надриписар. Лице које заступа странке пред судом може то чинити без награде, могуће је да заступа своје пријатеље, рођаке и сл. Коначно, чињеницу да је неко надриписар, прикрива заступана странка, разумљиво, и сам надриписар. Најчешће се прикрива давање и примање награде, самим тим се губи једно од битних обележја кривичног дела надриписарства.⁶

Кад судија приватно сазна да се неко лице бави надриписарством, то се не може унети у поступак и узети као доказана чињеница. Своје приватно сазнање о томе, судија, у конкретном поступку, не може сам ценити. Ако се супротно узме, то би значило да једно исто лице које уноси једно доказно средство у поступак, цени и резултате употребе тог средства.⁷ Ако судија изван службене дужности сазна да се неко лице бави надриписарством, он би се у поступку могао појавити као сведок. Самим тим, морао би бити изузет од суђења по сили закона (чл. 71. став 1. тач. 1. ЗПП). Кад судија у току самог суђења утврди (сазна) да је пуномоћник странке надриписар, то утврђење (сазнање) може користити као подлогу за ускраћивање даљег заступања, а овакав поступак судије има се узети сагласним праву. Чињеница да се неко лице бави надриписарством не би се морала, у смислу доказаности, довести до степена уверења. Довољна би била, по нашем мишљењу, вероватност. То је нижи степен доказаности, јер је довољно да код суда претеже утисак да је неко лице надриписар, па да му се

⁶ Јанковић, М., и др. Коментар Закона о парничном поступку, Београд 1977. стр. 129.

⁷ Познић, Б., Грађанско процесно право, Београд, 1980. стр. 239.

због тога ускрати даље заступање (чл. 90. ст. 2. ЗПП). Овакав став произашао би из чињенице што утврђивање, да је неко лице надриписар, спада у групу процесних чињеница. За њихово постојање, довољан је нижи степен доказаности, да је доказаност доведена до вјероватности, да вјероватно постоје.⁸

У коментару Закона о парничном поступку из 1980. *Т. Ралчић и В. Танасковић* се залажу за један, може се рећи, алтернативан. Они дословно истичу: „За ускраћивање пуномоћја лицу које се бави надриписарством, није нужно да је оно осуђено за кривично дело, већ је довољно и само то, што се у истом суду, поводом разних грађанско-правних односа, појављује чешће, те постоји сумња или стечено уверење да те послове чини странци уз награду (јер нема других објашњења, због којих то чини, није сродник, пријатељ и слично)“.⁹

Са изнетим ставом не треба се у целости сложити. Најпре зато, јер се алтернативно постављају услови у смислу постојања сумње или стеченог уверења суда. Према нашем мишљењу не би било довољно да суд само посумња како се неко лице бави надриписарством па да му ускрати даље заступање. Уверење као виши степен доказаности од вероватности, такође се не би могло тражити, јер, како смо већ напред изнели, ради се о доказивању процесне чињенице за чије је постојање довољна вероватност.

Задатак суда није лак ни у оним случајевима када се неко лице појављује као пуномоћник а осуђивано је за кривично дело надриписарства. То није једноставно из више разлога. Пре свега, поставља се питање на који ће начин суд сазнати ову чињеницу. Ако се пође од одредаба члана 94. став 4. ОКЗ¹⁰, да нико нема право тражити од грађана доказе о њиховој осуђиваности или неосуђиваности. У ставу 2. истог члана предвиђена је, међутим, могућност да се ти подаци добију, државни органи могу ове податке тражити образложеним захтевом и тако доћи до њих. По нашем мишљењу овде би дошли у обзир само они случајеви док трају правне последице осуде и ако за добивање података постоји правни интерес заснован на закону. Ако се узме, а што је без сумње тачно, да је суд државни орган и да има оправдан интерес заснован на закону да сазна да је

⁸ *Ibidem*, стр. 234.

⁹ *Ралчић Т., Танасковић, В.*, Коментар Закона о парничном поступку, Београд, 1980. стр. 177.

¹⁰ Основни кривични закон „Службени гласник Србије“, 39/2003.

лице које се појављује као пуномоћник странке осуђивано за кривично дело надриписарства, онда суд може добити ове податке. Међутим, прикупљање података, на изложени начин, не може бити у интересу поступка. То би парнични суд одвлачило од основног задатка да брзо и економично поступа у имовинско-правним стварима о којима мора што ефикасније пружити правну заштиту.

Друго питање, које се поставља, јесте, да ли је уопште довољно на основу сазнања суда да је неко лице осуђивано због кривичног дела надриписарства да му се у сваком случају ускрати заступање. Осуђиваност неке особе због кривичног дела надриписарства, по нашем мишљењу, не би могло неограничено вредети као разлог за ускраћивање даљег заступања. Најбоље се то види у делу ОКЗ, где се говори о правним последицама осуде. Тако би правне последице осуде за кривично дело надриписарства могле трајати најдуже пет година рачунајући од дана издржане, опроштене или застареле казне. Услов је да у том времену осуђени не учини неко ново кривично дело. Тако се у КЗ Р Србије чланом 237. за кривично дело надриписарства предвиђа новчана казна или казна затвора до једне године. То значи, да би се према одредбама члана 93. ОКЗ, казна затвора брисала након пет а новчана казна за три године, рачунајући од дана издржане, опроштене или застареле казне уз услов да у том року осуђени није учинио неко ново кривично дело. Према наведеном, неком лицу могло би се ускратити даље заступање у поступку кад је осуђено за кривично дело надриписарства ако од издржане, опроштене или застареле казне није прошао дужи рок од три односно пет година. У противном, институт брисања правних последица осуде, био би, у овом случају, беспредметан. Ово, из разлога, што су могући случајеви да се неко лице у ранијем периоду бавило надриписарством, али сада, након осуде за то дело, и издржане, опроштене, или застареле казне више се не упушта у такву делатност. То је знак да је само вођење кривичног поступка и изрицање кривичних санкција, а посебно ако су оне још и издржане, постигнута сврха изрицања кривичних санкција. Када се томе додају одредбе члана 93. ОКЗ и рокови о којима смо напред изнели, онда се у пракси може догодити, да се сада исто лице појављује као пуномоћник али не више као надриписар, јер се оно поправило, посебно би се могло закључити, да је постигнута специјална превенција.

Дакле, није се лако борити против надриписарства. Посебно је то сложено у нашем великом граду. Надриписарство добија нове облике, оно је у ово време модификовано. Највише штети

адвокатској делатности. Пре свега, због угледа адвокатске професије, која иначе, у том смислу, има озбиљних проблема, из разлога што надриписари иако немају стручна знања и искуства, па чак ни елементарно правно знање у многим случајевима се представљају као врсни познаваоци посла да би на крају искомпликовали најпростије ствари. Резултат, таквог њиховог рада, је да странка у крајњем, поново, за исти случај, мора ангажовати адвоката или да предмет спора, и у случајевима када није оправдано, изгуби и не добије правну заштиту коју је тражила.

КО СВЕ МОРА УЗЕТИ УЧЕШЋА У СПРЕЧАВАЊУ РАДА НАДРИПИСАРИМА

Сами судови, нису у стању спречити ову појаву. Слажем се са колегама који сматрају, да је надриписарство понижавајуће за суд, адвокате и странке. Међутим, ипак звучи као фраза да се надриписарство може сузбити једноставним протеривањем из суднице. Не може се овај посао оставити само судијама, посебно се судије не могу натерати наредбом министра правде да истерају надриписаре из судница. Оно што би, по нашем мишљењу, требало учинити јесте, да и наша асоцијација одређеним средствима учествује у сузбијању ових негативних и штетних појава, контролом својих редова и обавештавањем асоцијације /АК/ када се тако нешта уочи.

ЗАКЉУЧАК

И, на крају, надриписарство постоји. Њиме се баве људи разних занимања. Оно као такво је штетно и због своје друштвене опасности предвиђено је као кривично дело. Против ове појаве морају се борити сви, пре свега, судови и адвокати. Међутим, не видим да се ова појава може сузбити без ширег ангажмана друштва. Размишљања, која иду за тим, да се пред судом као заступници странака могу појавити само адвокати треба подржати. Законским путем би требало то уредити тако да странка може водити поступак пред судом сама, или уз помоћ пуномоћника који мора бити адвокат. На овај начин се не би искоренило надриписарство али би се, макар, појава надриписарства онемогућила пред судовима.

Проф. др Мирослав Врховшек

Председник Савезног суда

ДОНЕТ ЈЕ ЗАКОН О СУДУ СРБИЈЕ И ЦРНЕ ГОРЕ

Закон о раду Србије и Црне Горе објављен је у Службеном листу Србије и Црне Горе број 26 од 19. јуна 2003. године и истог дана је ступио на снагу.

А. УСТАВНИ ОСНОВ ЗА ДОНОШЕЊЕ ЗАКОНА

Правни основ за доношење овог закона садржан је у члану 19. став 1. алинеја 1. и члану 50. Уставне повеље према којима Скупштина Србије и Црне Горе доноси законе и друге акте о институцијама основаним у складу с Уставном повељом и њиховом функционисању, односно о организацији, функционисању и начину одлучивања Суда Србије и Црне Горе.

Б. РАЗЛОЗИ ЗА ДОНОШЕЊЕ ЗАКОНА И ЦИЉЕВИ КОЈИ СЕ ЖЕЛЕ ОСТВАРИТИ

Потреба за доношење овог закона утврђена је Уставном повељом и Законом за њено спровођење. Закон представља основну нормативну подлогу за конституисање Суда Србије и Црне Горе. Његово доношење је неопходно за успешно функционисање државне заједнице Србије и Црне Горе.

Потпуна судска заштита људских и мањинских права утврђених Уставном повељом, остваривање конзистентности уставно-

правног система Србије и Црне Горе, обезбеђивање легалитета у раду институција и органа државне заједнице, као и усаглашавање судске праксе у свим областима друштвеног живота представљају основне циљеве које би требало остварити доношењем овог Закона.

V. ОБЈАШЊЕЊЕ ОСНОВНИХ ПРАВНИХ ИНСТИТУЦИЈА И ОСНОВНИХ ЗАКОНСКИХ РЕШЕЊА

I. ОПШТЕ ОДРЕДБЕ (ЧЛ. 1–13)

Општим одредбама уређена су основна начела на којима Суд, као највиши судски орган државне заједнице Србије и Црне Горе треба да обезбеди успешну реализацију своје надлежности утврђене Уставном повељом и Повељом о људским и мањинским правима и грађанским слободама, која је саставни део Уставне повеље. У том циљу, посебно место имају начело независности и самосталности Суда; забрана утицаја на рад Суда; право сваког да указује на неусклађеност општих аката и да добије одговор на поднету представку ако то захтева; начело јавности рада и посебан начин финансирања Суда путем судског буџета, што је значајна новина и гаранција судске независности и самосталности.

II. СУДИЈЕ И ПРЕДСЕДНИК СУДА (чл. 14–27)

Предлогом су уређена питања састава Суда и начин избора судија, права и дужности председника и судија и престанак њихове функције пре истека времена на које је судија изабран, као и систем суспензије судија против кога је покренут кривични поступак. Овим одредбама су одређени инструменти који треба да обезбеде што квалитетнији састав Суда путем најшире конкуренције кандидата за избор судија, од овлашћених давалаца иницијативе, преко утврђивања предлога, до самог избора судије. У циљу реализације општих начела закона, уређена су питања која потпуније обезбеђују њихово остваривање, као што су имунитет судија, неспојивост функције судија са другим функцијама и са обављањем других делатности, забрана јавног изјашњавања судије о предмету спора и др. Оцењено је да би предвиђене функције Суда могао да обезбеди одговарајући, стручно компетентан, персонални састав од 8 судија, на паритетној основи.

III. ОРГАНИЗАЦИЈА СУДА (чл. 28–40)

Предложена организација Суда требало би да обезбеди његово успешно и ефикасно функционисање у остваривању надлежности утврђене Уставном повељом. У том циљу, предложена су четири облика рада Суда: општа седница, заједничка седница, седница већа (којих може бити више) и посебна седница. Предложене одредбе о условима за пуноважно одлучивање и начину одлучивања, треба да обезбеде квалификовано одлучивање. Код заједничке седнице, у којој учествују у расправљању и одлучивању и судије уставних судова држава чланица, предвиђена је посебна квалификована већина гласова судија свих судова. И у том случају сачувано је јединство Суда, јер се Суд појављује као јединствени Суд и кад утврђује да ли су устав или закон државе чланице усклађени са вишим актима у хијерархији правних норми. Ради обезбеђивања стручности и ефикасности, предвиђено је постојање Секретаријата Суда, стручне службе и секретара Суда, чија ће се надлежност и начин рада ближе уредити Пословником и другим актима Суда.

Поред утврђене надлежности опште, заједничке и посебне седнице, закон предвиђа да се у Суду оснивају и већа. Закон ставља у надлежност Суда да годишњим распоредом послова и задатака одређује број већа и њихов састав. Тако се омогућава вршење судске функције у одређеним споровима, у оном броју већа која буду по утврђеној потреби годишње формирана, што је предуслов за ефикасан и ажуран рад.

Значајну улогу Закон даје Секретаријату, који, поред осталих послова, у току претходног поступка испитује и проверава да ли постоје процесне претпоставке и други услови за вођење поступка, прибавља потребне доказе и позива странке да отклоне неуредности и недостатке у захтевима којима се обраћају Суду. Секретаријат ће сачињавати саветници који ће моћи брзо, ефикасно и стручно да процењују да ли захтеви у процесном смислу могу бити достављени Суду ради одлучивања.

IV. ПОСТУПАК ПРЕД СУДОМ

1. Заједничке одредбе (чл. 41–53)

Заједничке одредбе за све врсте посебних поступака имају за циљ да се у претходном поступку уреде поднети захтеви у складу са законом, односно да се обезбеде прописане процесне претпо-

ставке како би се могло ући у вођење поступка и одлучивање. Ако се те претпоставке не обезбеде, Суд ће одбацити поднети захтев, о чему ће подносилац захтева бити обавештен. Међутим, ако Суд не одбаци захтев, он се доставља другом учеснику у поступку на одговор у року који одреди Суд. Давање одговора није услов за одлучивање. Суд, по сопственој оцени, одлучује да ли ће одржати јавну расправу са учесницима поступка и са другим лицима за које оцени да би могли дати стручна и друга мишљења, материјалне и друге податке о чињеницама од значаја за одлучивање. Решење се заснива на могућности Суда да, под прописаним условима (покренут поступак и могућност настајања неотклоњивих штетних последица), привремено обустави извршење, не само појединачног акта или радње који су предузети на основу оспореног акта, већ и примену саме оспорене норме, што је био до сада најчешће захтев у пракси Савезног уставног суда. Ако се Суд одлучи за суспензију примене оспореног општег акта, ради спречавања штетних последица, дужан је да коначну одлуку донесе у року од 60 дана од дана објављивања одлуке о привременој мери. Лицу којем је проузрокована штета, дато је право на понављање поступка, у законом одређеном року. Ако се изменом појединачног акта не могу отклонити штетне последице, оштећено лице има право да тражи од Суда да му одреди одговарајући начин отклањања тих последица (повраћај у пређашње стање, накнада штете или сл.). Та одлука Суда представља правни основ да се пред надлежним судом, на одређени начин реализује обештећење (нпр. утврди материјална и нематеријална штета и њена висина). У делу који се односи на обуставу поступка треба разликовати два случаја. први је да захтевом располаже подносилац, па се поступак обуставља кад он захтев повуче. Међутим, кад је у питању захтев за усклађеност општег акта, Суд може наставити поступак и у случају да подносилац повуче захтев. Ово решење полази од начела да је међусобна усклађеност општих аката тј. владавина права општи интерес, изричито утврђен Уставном повељом, а не само интерес подносиоца захтева.

2. Врсте поступака

1) Поступак за оцењивање усклађености општих аката (чл. 54–61)

У поступку за оцењивање усклађености општих аката посебно су разрађене одредбе којима се прецизира ко је овлашћени покре-

тач поступка пред Судом. Круг овлашћених покретача је сужен у односу на оне који су то могли бити према Уставу СРЈ. Битна промена је наступила услед приватизације правних лица, па је предлогом предвиђено да овлашћени предлагачи, поред наведених државних органа, могу бити само она правна лица која врше јавна овлашћења. Ради поштовања уставности и законитости, задржана је широка могућност давања иницијативе којом се Суду само указује на евентуалну неусклађеност општих аката али је, у суштини, извршена измена ранијег решења (Савезни уставни суд је био обавезан да се изјасни о свакој иницијативи и да подносиоца о томе обавести). Према предложеном решењу, Суд је дужан да се изјасни о иницијативи само ако тражи њен подносилац тј. ако захтева да га Суд обавести о судбини његове иницијативе, што произилази из Уставне повеле о људским и мањинским правима (члан 34). Према датом предлогу, Суд није ограничен поднетим захтевом за усклађивање општих аката и може по службеној дужности да прошири обим испитивања и оцењивања усклађености општих аката. Посебно је разрађено учешће судија уставних судова држава чланица о одлучивању и када се оцењује усклађеност њихових устава и закона са Уставном повељом, релевантним међународним правом и законима Србије и Црне Горе.

2) Поступак по жалби грађана (чл. 62–67)

У поступку по уставној жалби основна решења се темеље на начелу да се путем уставне жалбе обезбеђује правна заштита субјективног права, за разлику од захтева којим се покреће или захтева покретање поступка за усклађивање општих аката који има карактер апстрактног, објективног спора.

Одредбама о уставној жалби уређена су питања садржаја жалбе, против којих појединачних аката или радњи се може подносити уставна жалба, рока за подношење, садржаја одлуке Суда у случају када утврди да је оспореним појединачним актом или радњом повређено неко људско или мањинско право зајемчено Уставном повељом. Одлука Суда у делу којим се одређује отклањање последица које су произашле из поништеног појединачног акта или забрањене радње представља правни основ за захтев за накнаду штете или за отклањање других штетних последица пред надлежним органом, у складу са законом. Због значаја слобода и права човека и грађанина предложена је и могућност да Суд, у то-

ку поступка, до доношења коначне одлуке о уставној жалби, нареди да се обустави извршење оспореног појединачног акта или радње против којих је поднета уставна жалба, на захтев подносиоца уставне жалбе или по службеној дужности. Из тих разлога, предложено је да одлука Суда, којој је утврђена повреда зајемченог људског или мањинског права, а оспорени појединачни акт или радња се односи на више лица од којих је само неко поднело жалбу, има исто дејство и за лица која нису поднела уставну жалбу, ако се налазе у истој правној ситуацији. Будући да се ради о субјективном праву подносиоца жалбе, Суд према предложеном решењу, нема могућности да настави поступак ако подносилац жалбе повуче жалбу или ако изјави да је задовољан изменом оспореног појединачног акта коју је његов доносилац извршио у току поступка пред Судом, већ је дужан да поступак обустави.

3) Поступак за решавање спора о надлежности (чл. 68–72)

Одредбама поступка за решавање спора о надлежности уређења су питања која се односе на право покретања поступка у случају када настане спор о надлежности између институција Србије и Црне Горе, или између институција Србије и Црне Горе и институција једне или обе државе чланице, или између институција две државе међусобно. Право на покретање овог спора имале би једна или обе институције у спору, али то право имало би и лице које, због прихватања, односно одбијања надлежности, није могло да оствари своје право. Овде је предложено и решење за тзв. решавање претходног спора надлежности између институција Србије и Црне Горе и држава чланица кад настане спор о томе да ли уређивање неког питања спада у надлежност тих институција, односно државне заједнице или држава чланица. Тај поступак, према датом предлогу, може покренути Савет министара или владе држава чланица.

Због значаја овог спора и овде се предлаже могућност да Суд, кад то оцени као неопходно, нареди привремену обуставу поступка пред институцијама између којих је настао спор.

4) Поступак за заштиту изборног права у институцијама државне заједнице (чл. 73–75)

Због специфичности изборних спорова и заштите изборног права, дати су предлози за посебан поступак, као и поступак за

одлучивање о повреди права након избора носилаца одређених функција у институцијама Србије и Црне Горе. Предложена решења полазе од чињенице да се ради о субјективном праву одређених лица и од захтева да поступак треба да буде хитан. Ради се о поступку по једној посебној врсти уставне жалбе, који је због свог изузетног значаја и специфичности било целисходније регулисати одвојено од општег поступка по уставној жалби.

5) Поступак за одлучивање о захтеву за оцену законитости коначних управних аката институција државне заједнице (чл. 76–95)

Ради остваривања законитости у раду управних институција државне заједнице у складу са Уставном повељом, предложене су одредбе којима се уређује: предмет поступка за одлучивање о захтеву за оцену законитости коначних управних аката органа Србије и Црне Горе, право на покретање тог поступка, појам управног акта, разлози за оцену законитости и начин предаје захтева, „хутање администрације“ и др. Овде се посебно указује на решење из члана 89. које представља тзв. спор пуне јурисдикције, будући да се ради о управним актима институција Србије и Црне Горе и да против одлуке (пресуде) Суда није могућа жалба или друго правно средство.

6) Поступак за утврђивање повреде Уставне повеље од стране председника Србије и Црне Горе (чл. 96–102)

У поступку о повреди Уставне повеље од стране председника Србије и Црне Горе уређена су питања: овлашћеног покретача поступка, достављање акта Скупштине Србије и Црне Горе о покретању поступка, изјашњавање председника Србије и Црне Горе пре доношења одлуке, и достављање одлуке Суда којом се утврђује да ли је председник Србије и Црне Горе повредио Уставну повељу, као и случајеви када Суд обуставља поступак, ако се испуне предвиђени услови. Посебно је прописана везаност Суда искључиво за акт Скупштине Србије и Црне Горе о покретању поступка.

7) Поступак заузимања правних ставова и мишљења (чл. 103–109)

Будући да је Уставном повељом утврђена надлежност Суда и у погледу заузимања правних ставова и мишљења који се односе

на уједначавање судске праксе (члан 46. став 2. Уставне повеље), предложена је посебна врста поступка за надлежност. Према датом предлогу, Суд утврђује правне ставове и мишљења ради уједначавања судске праксе у примени уставне повеље, ратификованих међународних уговора или споразума, општеприхваћених правила међународног права, закона Србије и Црне Горе или других општих аката институција Србије и Црне Горе. Овај поступак може покренути највиши суд државе чланице, уставни суд државе чланице и Суд по службеној дужности. Иницијативу могу дати и сви други судови и државни органи.

Суд би заузимао правне ставове кад усклађује судску праксу у примени Уставне повеље, закона Србије и Црне Горе и општих аката државне заједнице Србије и Црне Горе. Међутим, ако је у питању примена закона и других општих аката држава чланица Суд уједначавање судске праксе обезбеђује заузимањем правних мишљења. Суд би могао да утврђује правне ставове и мишљења, по предлогу овлашћеног предлагача или по службеној дужности и у случају ако утврди да судска пракса домаћих судова није уједначена са праксом међународних судова.

Због изузетног значаја ове функције Суда, у овом делу предвиђено је претходно расправљање пред Судом на којем учествују, поред подносиоца предлога, и представници највиших судова држава чланица и уставних судова који они одреде, у складу са Пословником. Тек по одржаном претходном расправљању Суд одржава општу седницу на којој разматра предлог (реферат) судије известиоца и могући кореферат учесника претходног поступка. Заузете правне ставове и мишљења Суд објављује у „Службеном листу Србије и Црне Горе“, службеном гласилу држава чланица и Збирци судских одлука Суда, а достављају се подносиоцу предлога, највишем суду државе чланице и уставном суду државе чланице. Суд прати реализацију усвојених правних ставова и мишљења и о томе обавештава уставне и највише судове држава чланица и јавност.

V. АКТИ СУДА (чл. 110–117)

У овом делу уређена су питања: врсте аката Суда (одлуке, пресуде, решења и закључци); случајеви у којима се одлучује појединим актима; поступак доношења аката; начин достављања и објављивања аката и др.

VI. ПРАВНО ДЕЈСТВО ОДЛУКА (чл. 118–127)

Правно дејство одлука Суда везано је за дан објављивања одлука или за њихово достављање учесницима поступка. Посебно је прописана примена неусклађених општих аката на односе који су настали пре дана објављивања одлуке Суда. Наиме, ако до тада нису правноснажно извршени, тј. ако су односи решени правноснажно на основу општег акта који се више не може примењивати јер је престао да важи на основу одлуке Суда, извршење таквих појединачних аката не може се дозволити, а ако је извршење започето, оно ће се обуставити. Утврђено је право на промене појединачног акта који је донет на основу акта за који је Суд утврдио да није усаглашен, односно који се више не може примењивати. Предвиђено је право на подношење захтева за измену таквог коначног или правноснажног акта у року од шест месеци од дана објављивања одлуке Суда у „Службеном листу Србије и Црне Горе“, и та одлука Суда представља разлог за понављање поступка пред органом који је донео коначни или правноснажни појединачни акт. Међутим, ако се изменом тог појединачног акта не могу отклонити настале штетне последице, предвиђено је да, у том случају, Суд одреди начин отклањања тих последица повраћајем у пређашње стање, накнадом штете или на други начин. Одлука представља правни основ пред надлежним органом да се оствари отклањање штетних последица, али само на начин који је Суд утврдио. У случају да доносилац измени оспорени акт у току поступка или га стави ван снаге, али не отклони последице које су настале у време његове примене, Суду је дата могућност да обустави поступак или да донесе одлуку о томе да ли је тај акт у време важења био неусклађен. Ако утврди да је био неусклађен, одлука Суда има правно дејство као и одлука којом је утврдио неусклађеност оспореног акта који у току поступка није мењан. Као и до сада, извршавање одлука Суда спада у извршну функцију, коју обезбеђује Савет министара.

VII. ПРЕЛАЗНЕ И ЗАВРШНЕ ОДРЕДБЕ (чл. 128–134)

У овом делу закона дате су прелазне и завршне одредбе којима се уређује питање поступка Суда са нерешеним предметима који више нису у надлежности Суда, као и решавање предмета који су у његовој надлежности у време ступања на снагу закона, начин

преузимања запослених у Савезном уставном суду и Савезном суду, као и преузимање опреме, инвентара и других ствари, те престанак ранијих закона о судовима који престају с радом даном конституисања Суда.

За ступање на снагу закона предвиђен је уобичајени осмодневни рок од његовог објављивања у „Службеном листу Србије и Црне Горе“. Након тог рока започео би поступак предлагања судија, њихов избор и конституисање Суда. До тада, према одредбама Закона за спровођење Уставне повеље, обезбеђен је континуитет о остваривању уставно-судске и управно-судске заштите људских или мањинских права, као и других законом утврђених права, радом Савезног уставног суда и Савезног суда, у складу са надлежностима Суда утврђеним у Уставној повељи.

Г. ИЗНОС СРЕДСТАВА ПОТРЕБАН ЗА СПРОВОЂЕЊЕ ЗАКОНА

За спровођење закона потребно је обезбедити неопходна средства која су услов за успешан рад ове значајне институције Србије и Црне Горе. Средства би се обезбедила у судском буџету, према стандардима који ће важити и за друге институције државне заједнице.

Према прелиминарној процени, неопходна средства ће бити мања од средстава која су до тада била обезбеђивана за рад и функционисање више правосудних институција СРЈ, јер доношењем овог закона, односно конституисањем Суда престају са радом Савезни уставни суд и Савезни суд, а на основу Закона за спровођење Уставне повеље престао је да ради и савезни државни тужилац.

Према томе, треба имати у виду да ће у првој години рада овог Суда бити неопходно обезбедити нешто већи износ средстава ради стварања услова за рад Суда, између осталог, због дислокације седишта у Подгорицу.

Закључна разматрања

У закључку се са основом може констатовати да се ради о једном веома добро сачињеном закону, посматрано садржински и са аспекта номотехнике. Разлог томе лежи свакако што су у сачиња-

вању нацрта закона о коме је реч учествовале судије и саветници, пре свега, Савезног уставног суда и судије Савезног суда који су сачинили и образложење са којим оправдано сматрано да би било целисходно да се упозна и шира стручна јавност.

При том ваља указати и на оно што није, по нашем мишљењу, на одговарајући начин решено.

То је питање правног дејства одлуке о неусклађености правног акта. Наиме, у нацрту Закона о суду Србије и Црне Горе радна група је предложила следеће решење: „Ако Суд утврди да устав државе чланице није усклађен са Уставном повељом, односно ако утврди да је закон, други пропис или општи акт Србије и Црне Горе у супротности са Уставном повељом и потврђеним и објављеним уговором или споразумом, односно са законом Србије и Црне Горе, оспорени акт престаје да важи даном објављивања одлуке Суда у „Службеном листу Србије и Црне Горе“.

Ако Суд утврди да постоји неусклађеност закона државе чланице са Уставном повељом, потврђеним и објављеним међународним уговором или споразумом, или законом Србије и Црне Горе, оспорени акт престаје да важи даном објављивања одлуке Суда у „Службеном листу Србије и Црне Горе“ (члан 123. нацрта Закона).

У Закону о Суду Србије и Црне Горе који је донела Скупштина Србије и Црне Горе ово питање је решено у члану 118. на следећи начин:

Ако Суд утврди да је закон, други пропис или општи управни акт институција Србије и Црне Горе у супротности са Уставном повељом и потврђеним и објављеним међународним уговором или споразумом, оспорени акт престаје да важи даном објављивања одлуке Суда у „Службеном листу Србије и Црне Горе“.

Ако Суд утврди да поједина одредба устава државе чланице није усклађена с Уставном повељом, Скупштина државе чланице је дужна да у року од шест месеци од дана достављања одлуке Суда усклади устав с Уставном повељом.

Ако Суд утврди да поједина одредба закона државе чланице није усклађена с Уставном повељом, законом Србије и Црне Горе и потврђеним и објављеним међународним уговором или споразумом, Скупштина државе чланице је дужна да у року од три месеца од дана достављања одлуке усклади оспорену одредбу.

Разлика је очигледна и не треба је посебно образлагати. Оно што, такође, није адекватно урађено у новодонетом закону, посматрано, пре свега, са аспекта једног од основних принципа номотехнике, принципа кохерентности појединих одредби закона са целином Закона, је то, да члан 111. став 1. тачка 1. и члан 123. став 1. нису усклађени са решењем из члана 118. с обзиром да је у члану 118. уопште искључена могућност утврђивања од стране суда Србије и Црне Горе, да ли су уставни Србије и Црне Горе, посматрано у целини, у складу са Уставном повељом Србије и Црне Горе, а у поменутом члану 111. став 1. тачка 1. и члану 123. став 1. се таква могућност помиње.

РАСПРАВЕ

Ненад Целебџић
адвокат из Београда

ИЗРИЦАЊЕ ВАСПИТНЕ МЕРЕ МЛАЂЕМ ПУНОЛЕТНОМ ЛИЦУ

У пракси се често догађа да смо ангажовани као браниоци млађег пунолетног лица које је извршило кривично дело.

Углавном пред собом имамо незрелу особу чији је степен душевне зрелости испод нивоа календарског узраста, некад на нивоу млађег или старијег малолетника, којој је забрањена тешка казна, нарочито када је оптужен за кривично дело за које је надлежан Окружни суд. О томе говори и чл. 82 ст. 1 ОКЗ, који гласи:

(1) учиниоцу који је као пунолетан извршио кривично дело, а у време суђења није навршио двадесет једну годину суд може изрећи одговарајућу меру појачаног надзора или заводску меру ако се, с обзиром на његову личност и околности под којима је дело учинио, може очекивати да ће се и васпитном мером постићи сврха која би се остварила изрицањем казне.

Пример из судске праксе

Оптуженом се ставља на терет да је извршио кривично дело неовлашћене производње, држања и стављања у промет опојних дрога из чл. 245 ст. 1 ОКЗ, за које кривично дело је забрањена казна од најмање 5 година затвора у моменту када је имао 18 година и неколико дана.

Предложио сам да се обави вештачење душевне развијености окривљеног од стране комисије вештака чији би чланови били и психолог и психијатар. Суд је тај предлог усвојио и комисија вештака је дала да степен душевне развијености оптуженог одговара степену развијености старијег малолетног лица и да ће он своје развојне проблеме превазићи уз адекватну подршку породице.

Имајући у виду приказани налаз и мишљење комисије вештака и чл. 82 ОКЗ предложио сам да се судски спис достави центру за социјални рад, који је месно надлежан за окривљеног и да се овај центар изјасни да ли се с обзиром на личност оптуженог, чији је душевни развој на нивоу старијег малолетника и околности-ма под којима је дело учињено, може очекивати:

- (1) да ће се и васпитном мером постићи сврха која би се остварила изрицањем казне, као и
- (2) коју васпитну меру предлаже Центар за социјални рад је предложио изрицање васпитне мере појачаног надзора родитеља, јавни тужилац је поднео предлог за изрицање ове мере према окривљеном, и Суд је окривљеном изрекао ову васпитну меру.

Закључак

Оно што ме је подстакло на писање овог чланка је веровање да у кривичном поступку против млађег пунолетног лица улога адвоката као браниоца мора бити најактивнија и одбрана мора увек инсистирати на примени чл. 82 ОКЗ. На примени овог члана не инсистира ни тужилаштво, ни суд, тако да од упорности браниоца да се изведу одређени докази у кривичном поступку, зависи да ли ће се према млађем пунолетном лицу изрећи казна или васпитна мера. Сматрамо да је потребна већа ангажованост адвоката–браниоца на доследној примени чл. 82 ОКЗ у кривичном поступку против млађег пунолетног а, чиме можемо допринети да се према незрелој деци, која су старија од 18 година не изричу тешке затворске казне.

Дражан Нововић
адвокат из Новог Пазара

**УЛОГА ДРЖАВЕ У ПОСТУПКУ ОБЕЗБЕЂИВАЊА
НАКНАДЕ ШТЕТЕ ЖРТВАМА РАТНИХ ЗЛОЧИНА
ИЗ ВРЕМЕНА НАЦИЗМА**

**I. Кратак преглед података о штети и закљученим
уговорима о обештећењу**

1. Према извештају Владе ФНРЈ, поднетом на мировној конференцији у Паризу, (9. 11. до 21. 12. 1945. год.), у периоду од 6. априла 1941. до 15. маја 1945. године, Југославија је имала 1.706.000 жртава, од чега 304.540 војних и 1.401.460 цивилних. Тешко је онеспособљено 425.000 лица, од чега код 70.000 лица телесна инвалидност износи 100%. У ратно заробљеништво одведено је око 350.000 војних и цивилних заробљеника, порушено је око 504.160 кућа, разорено 289.000 сеоских домаћинстава, итд.

2. Државна репарациона комисија владе ФНРЈ проценила је укупну ратну штету коју је Југославија претрпела у Другом светском рату на приближно 47 милијарди америчких долара. Од тога на Немачку отпада 36 милијарди, на Италију 10 милијарди, на Мађарску 542 милиона и на Бугарску 650 милиона, (све у америчким доларима у заокруженим износима).

3. У мировним уговорима од 1947. године, регулисано је да Италија на име ратне штете исплати Југославији 125 милиона, Мађарска 50 милиона, а Бугарска 25 милиона америчких долара.

4. Уговором о пријатељству са Бугарском од 1947. године, на Бледу, Југословенска влада се једностраним актом одрекла ратних репарација од Бугарске; 1954. године са Италијом, а 1956. године са Мађарском, закључени су двострани уговори којима су коначно, према мировним уговорима из 1947. године, решена питања ратне одштете.

5. СР Немачка је по Споразуму Тито–Брант из 1973. године, одобрила кредит Југославији у износу од 700 милиона ДЕМ, уз изјаву да се на тај начин компензирају поједине категорије жртава нацистичког прогона, али са Немачком мировни уговор никада није закључен и остала су многа отворена питања у вези са накнадом ратне штете.

6. Грађани СФРЈ, СРЈ, а сада ДЗ Србија и Црна Гора, који су претрпели штету у Другом светском рату дејствима окупаторске војске, још увек нису добили обештећење.

7. Преко Заједнице удружења жртава Другог светског рата, у јулу 2004. године, пред Саветом министара ДЗ Србија и Црна Гора, покренута је иницијатива и дат је предлог за доношење Закона о одређивању накнаде држављанима ДЗ СЦГ чија су својинска и друга права регулисана међународним уговорима.

II. Уставни основ за доношење Закона о одређивању накнаде држављанима ДЗ СЦГ чија су својинска и друга права регулисана међународним уговорима

8. Уставни основ за доношење овог закона садржан је у члану 63. Уставне повеље Државне заједнице Србија и Црна Гора у вези са чланом 77. став 1. тачке 6, 5 и 1, а у вези са чланом 17. став 4. Устава Савезне Републике Југославије.

III. Однос наше државе у претходном периоду према личном обештећењу за претрпељену ратну штету

9. Законом о уређењу имовинских односа насталих услед ликвидације права и обавеза југословенских држављана на основу међународних уговора из 1957. године, био је уређен правни режим за исплату накнаде југословенским држављанима, физичким и правним лицима чија су имовинска права према страним држављанима и страним правним лицима или права на стварима у иностранству ликвидирана међународним уговорима. За спровођење овог Закона донето је пет уредби и то:

9.1. Уредба за извршење Закона о уређењу имовинских односа насталих услед ликвидације права и обавеза југословенских држављана на основу међународних уговора („Сл. лист ФНРЈ“, бр. 40/58), о одређивању накнаде за имовину која је ликвидирана Споразумом између ФНРЈ и ЧССР од 11. 02. 1956. год. и Споразумом између ФНРЈ и Мађарске од 29. маја 1956. год.;

9.2. Уредба о изменама и допунама уредбе за извршење Закона о уређењу имовинских односа насталих услед ликвидације права и обавеза југословенских држављана на основу међународних уговора („Сл. лист ФНРЈ“, бр. 26/59), за одређивање накнаде држављанима Србије и Црне Горе за њихова потраживања по основу социјалног осигурања која су ликвидирана Уговором између ФНРЈ и СР Немачке, од 10. 03. 1956. год. и конвенцијом о социјалном осигурању између ФНРЈ и НР Бугарске, од 18. децембра 1957. год.;

9.3. Уредба о уређењу имовинских односа насталих услед ликвидације права и обавеза југословенских држављана на основу Споразума између ФНРЈ и Краљевине Грчке о регулисању узајамних старих потраживања и дуговања („Сл. лист ФНРЈ“, бр. 6/62);

9.4. Уредба о уређењу имовинских односа насталих ликвидацијом права и обавеза југословенских држављана на основу Споразума о размени двовласничких имања између СФРЈ и Краљевине Грчке („Сл. лист СФРЈ“, бр. 10/65), и

9.5. Уредба о давању накнаде лицима на којима су вршени опити у нацистичким логорима („Сл. лист СФРЈ“, бр. 16/64). *(Исплаћу накнаде држављанима Србије и Црне Горе вршила је комисија, образована 1958. године у складу са чланом 5. став 2. Закона. Комисија је била основана као стални орган и у периоду од 1958. до 1978. године, одржала 183 седнице и решила 2320 захтева, од чега 304 захтева позитивно.)*

10. Закон о уређењу имовинских односа насталих услед ликвидације права и обавеза југословенских држављана на основу међународних уговора („Службени лист ФНРЈ“, бр. 55/57) усаглашен је са Уставом СФРЈ из 1974. године на тај начин што је 1978. године донет нови **Закон о уређењу имовинских односа насталих услед престанка права и обавеза држављана СФРЈ на основу међународних уговора.**

11. Новим Законом право на накнаду добила су само физичка лица–југословенски држављани, али не и друштвена и грађанска лица.

11.1. Наиме, до тада је била донета само Одлука о исплати аконтације ранијим сопственицима национализованих предузећа („Сл. лист ФНРЈ“, бр. 5/63, задња измена „Сл. лист СРЈ“, бр. 42/94), којом је регулисана исплата месечних аконтација за национализовану имовину бившим власницима који су без средстава за живот и неспособни за рад.

11.2. *Закон о уређењу имовинских односа насталих услед престајања права и обавеза држављана СФРЈ на основу међународних уговора из 1978. године у пракси није примењен.*

11.3. На међудржавном нивоу остали су нерегулисани имовинско-правни односи са Мађарском, Бугарском, Румунијом и Албанијом из периода непосредно пре, за време и после Другог светског рата, по основу двовласничке имовине и узајамних робно-новчаних потраживања.

11.4. Остале су неизвршене и обавезе државе према лицима која су у Другом светском рату претрпела ратну штету коју је југословенска држава ликвидирала на основу међународних уговора закључених са Немачком, Италијом, Мађарском и Бугарском.

11.5. До данас надлежни државни органи нису поступили ни по Закону из 1957. ни по Закону из 1978. год., тако да жртве из Србије и Црне Горе још нису обештећене, а према процени, у ДЗ Србија и Црна Гора има више од милион грађана који су претрпели штету или су наследници лица која су претрпела штету у Другом светском рату и који полажу право на обештећење.

IV. Разлози за доношење Закона о одређивању накнаде држављанима СЦГ чија су својинска и друга права регулисана међународним уговорима и циљеви који се њиме желе остварити

12. Постоје материјални разлози за доношење Закона о одређивању накнаде држављанима ДЗ СЦГ чија су својинска и друга права регулисана међународним уговорима који проистичу из обавезе државе према:

12.1. Држављанима Србије и Црне Горе на основу до сада закључених међународних уговора са страним државама којима је регулисано питање ратне штете, као и обавеза државе у случају одрицања репарација за ратну штету и

12.2. Држављанима Србије и Црне Горе чија ће својинска права и интереси према страним држављанима и страним правним лицима бити регулисана међународним уговором које ће у будућности закључити ДЗ СЦГ са односном страном државом.

13. Југословенски држављани који су претрпели ратну штету су, према члану 19. Правилника о пријављивању и утврђивању ратне штете, донетог на основу Уредбе о оснивању Државне комисије за ратну штету („Сл. лист ФНРЈ“, бр. 20 и 25/45), морали да пријаве ратну штету. На основу тих пријава утврђена је и процењена укупна ратна штета коју је Југославија претрпела (Извешај Репарационе комисије под насловом: „Људске и материјалне жртве Југославије у ратном напору 1941–1945.“). На темељу овог Извештаја, који је југословенска страна презентирала на мировној конференцији у Паризу 1947. год., вођени су преговори и закључени уговори о миру.

13.1. Мировним уговорима које је Југославија закључила са Италијом, Мађарском и Бугарском, ове државе су обавезане да плате ратну штету. Сагласно одредбама уговора о миру Италија и Мађарска су, на основу касније закључених међудржавних уговора са Југославијом, исплатиле део ратне штете Југославији, док је репарациони дуг Бугарске опроштен. Са Немачком је питање ратне штете делимично регулисано на билатералном нивоу, пошто са Немачком није закључен Уговор о миру.

14. Југословенска држава је, у име својих држављана који су претрпели ратну штету закључила следеће споразуме са Немачком, Бугарском, Мађарском и Италијом:

14.1. Споразум између Владе СФР Југославије и Владе СР Немачке о одобравању помоћи у капиталу, од 10. децембра 1974. („Сл. лист СФРЈ“, бр. 66/74), Немачка је Југославији одобрила кредит у износу од 700 милиона ДМ. Овај кредит је дат у вези са преговорима о обештећењу жртава нацистичког прогона, јер то недвосмислено произилази из преамбуле Споразума која гласи:

„Полазећи од сагласности изражене у Коминикеу поводом посетителске канцелара Бранића Југославији, да преостала отворена питања из прошлости треба решавати кроз дугорочну сарадњу на економским и на другим пољима, у циљу дефинитивног исцртавања ове сагласности уколико је реч о савезним буџетским средствима, влада СРН одобрава влади СФРЈ помоћ у износу од 700 милиона ДМ.“

14.2. Немачка страна је условила давање овог кредита, као и раније већ одобреног кредита у висини од укупно 300 милиона ДМ, значи укупно 1 милијарде ДМ, изјавом југословенске владе да се тиме компензира обештећење југословенских жртава нацистичког прогона.

14.3. На седници одбора за спољну политику Савезног већа Скупштине СФРЈ, одржаној 25. децембра 1974. (документ 1207/74) усвојен је текст ЕД мемоара, од 26. 11. 1973. који је прихваћен одлуком на 184. седници Савезног извршног већа, од 21. 11. 1973. год. који гласи:

„Влада СФРЈ у принципу прихвата предлоге владе СРН да се износом од укупно милијарду ДМ кредитира у виду помоћи у капиталу (Kapitalhilfe) компензира обештећење југословенских жртава нацистичког прогона.“

14.4. ЕД мемоаре који је влада СФРЈ предала влади СРН преко наше Амбасаде у Бону није објављен заједно са Споразумом у Службеном листу СФРЈ, нити је са њим заједно ратификован, међутим са становишта међународног права он је правно ваљан, јер ратификација и објављивање ЕД мемоара у Југославији не утиче на међународно правну ваљаност тог акта.

14.5. Према одлуци Савезног извршног већа, средства добијена по овим споразумима су највећим делом искоришћена за изградњу 380 км кружног далековода око Југославије, један део средстава додељен је републичким секретаријатима за финансије за фонд солидарности, један део је коришћен као робни кредит за набавке из СР Немачке, а део средстава је коришћен за одржавање ликвидности у плаћањима са иностранством и за повећање девизних резерви.

14.6. Наведени споразуми са Немачком треба да се уврсте у преговоре о деобном билансу ДЗ СЦГ и бивших југословенских република, имајући у виду околност да су жртве нацистичког прогона највећим делом са територије ДЗ СЦГ, а да та чињеница није имала утицај на коришћење добијеног кредита.

15. Југославија се на основу Уговора о пријатељству са Бугарском, закљученим на Бледу 1947. год. одрекла репарација које су јој биле одређене у износу од 25 милиона УСД, како је наведено у тачки 7. Протокола о решењима историјске конференције делегација влада ФНРЈ и НРБ, од 30. и 31. јула и 01. августа 1947. год.

16. Споразум о регулисању нерешених финансијских и привредних питања између ФНР Југославије и НР Мађарске, од 29. маја 1956. год. („Сл. лист ФНРЈ“, додатак бр. 10/57), између осталог, тачком 6. Поверљивог протокола потписаног уз Споразум, регулисано је питање ратне штете по Уговору о миру са Мађарском, од 10. фебруара 1947. год. Салдо у корист ФНРЈ по овом Споразуму износио је 85 милиона УСД, и Југославији је у модальтетима утврђеним Протоколом испоручена роба у тој противвредности.

17. Споразумом између ФНРЈ и Италије о дефинитивном регулисању свих узајамних обавеза економског и финансијског карактера које проистичу из Уговора о миру и сукцесивних споразума, од 19. 12. 1954. год., (Међ. уговори ФНРЈ, Свеска бр. 45/56), салдо италијанског дуга утврђен је на 30 милиона УСД, а остатак од цца 80 милиона УСД употребљен је за откуп италијанске имовине на подручју припојеном Југославији, (која је после сецесије остала на територији Хрватске и Словеније).

18. Све наведене уговоре југословенска држава је закључила као генерални супститут својих држављана, примењујући институт генералне супституције.

18.1. Када страна држава, односно њени органи повреде правила међународног приватног права која се у међународним односима сматрају обавезним, тада се са подручја међународног приватног права прелази на терен међународног јавног права. То значи да се уместо појединца појављује држава чији је он држављанин. Прелажење на дипломатску заштиту значи, у исто време да се успоставља однос државе према држави, тако да оштећени појединац своја права може да остварује само посредством државе чији је држављанин.

18.2. Супституисање државе на место својих држављана у време закључивања ових међународних уговора је била законска обавеза јер је теорија генералне супституције у југословенском правном систему била регулисана Законом о заштити југословенске имовине, имовинских права и интереса у иностранству („Сл. лист ФНРЈ“ бр. 12/46), који је престао да важи 1973. год. када је донет Закон о престанку важења Закона о заштити југословенске имовине, имовинских права и интереса у иностранству („Сл. лист СФРЈ“, бр. 37/73).

18.3. Југославија се као држава понашала у примени генералне супституције као и друге државе. Тако је закључила 8 компензационих споразума, преко 20 споразума о форфетерном-глобалном обештећењу за национализовану имовину грађана већине западноевропских земаља. Све ове државе су се у тим споразумима појављивале као генерални супститути својих држављана на основу овлашћења својих респективних власти. Последњи споразум који је Југославија на тој основи закључила је Споразум са Италијом из 1984. год. о обештећењу италијанске имовине у Зони Б-СТТ.

18.4. Последица генералне супституције је обавеза државе да обештети своје држављане у свим случајевима генералне супституције у заштити имовинских права у иностранству услед које дође до престанка тих права на основу међународних уговора које закључи са другим државама. Држава је дужна да у овим односима савесно изврши своје обавезе према појединцима, односно, оштећеним лицима и да им да накнаду у висини која не може бити мања од износа који она оствари на име обештећена за преостала потраживања својих држављана у иностранству.

18.5. Наша држава је била у обавези да, располажући потраживањима својих држављана у иностранству, обештети оштећена лица у највећој могућој мери, сагласно принципима унутрашњег права и одредбама међународног уговора. У складу са принципом владавине права, људским слободама и правима, држава је била обавезна да савесно и са пажњом *bonus pater familias*-а поступа у примени института генералне супституције, односно обештећења својих држављана, што на жалост није учинила.

19. Овај институт, дакле, уз одређене промене има своје оправдање и данас и сигурно ће бити коришћен у ограниченим оквирима. До његове примене може доћи и на основу захтева, односно споразума са другом државом.

20. Један од циљева који се желе постићи доношењем Закона о одређивању накнаде, јесте стварање законских претпоставки за обезбеђивање средстава у савезном буџету за исплату адекватног обештећења држављанима ДЗ СЦГ који су лично или као наследници претрпели и трпе штету насталу у Другом светском рату од дејстава непријатељске војске, а наша држава је ту штету по основу генералне супституције регулисала међународним уговором.

V. Утицај статусних промена и сецесије на остваривање имовинских захтева држављана СЦГ

21. Као што је већ изнето, Савезна Република Југославија, а сада Државна заједница Србија и Црна Гора је наследила старе нерегулисане имовинско-правне односе са својим суседима (Мађарска, Румунија, Бугарска и Албанија) и обавезу да се они коначно регулишу, па се доношењем предложеног Закона стварају услови и у том погледу.

22. У току су активности за билатерално регулисање двовласничког промета са Бугарском. Уколико не дође до обнове двовласничког промета, двовласничка имовина ће бити ликвидирана споразумом између ДЗ СЦГ и Бугарске, а наши држављани-двовласници ће бити обештећени за своју имовину која им је остала у Бугарској.

23. У току су преговори са Мађарском о нерегулисаним двовласничким и другим пољопривредним имањима, а ни са Румунијом још увек нису коначно регулисана двовласничка имања, узамна стара робно-новчана потраживања и имовина у унутрашњости две земље, као и југословенска реемигрантска имовина.

24. После сецесије, и бивше југословенске републике су постале међународно-правни субјекти, па решавање међусобних имовинско-правних односа ДЗ Србија и Црна Гора, са новим државама подлеже међународно-правној регулативи.

25. Савезна Република Југославија и Република Хрватска су 23. августа 1996. год. закључиле Споразум о нормализацији односа између СР Југославије и Републике Хрватске, који је ратификован 27. септембра 1996. год. („Сл. лист СРЈ“, Међународни уговори, бр. 5/96).

26. Савезна Република Југославија и Република Македонија су 08. априла 1996. год. закључиле Споразум о регулисању односа и унапређењу сарадње између СР Југославије и Р Македоније, који је ратификован 18. јуна 1996. год. („Сл. лист СРЈ“ – Међународни уговори бр. 1/96).

27. На основу свега изнетог, неопходно је доношење предложеног *Закона о одређивању накнаде држављанима ДЗ СЦГ чија су својинска и друга права регулисана међународним уговорима*, који Закон би се односио и на будуће закључене уговоре од стране ДЗ Србија и Црна Гора а којим би држава по принципу генералне супституције са другим државама ликвидирала имовинска и друга права својих држављана.

Владимир П. Миљевић
адвокат из Београда

СУДСКЕ ТАКСЕ И ОТЕЖАН ПРИСТУП ПРАВДИ ЗА НАШЕ ГРАЂАНЕ

Обавезни одговор на тужбу по новом ЗПП-у, као могуће средство притиска на грађане

Крајем августа ове године, Управни одбор Адвокатске коморе Војводине је усвојио закључак којим је скренуо пажњу на непромерену висину судских такса.

Текст закључка гласи: „Високе судске таксе, несразмерне просечним платама и животном стандарду, озбиљна су препрека за остварење и заштиту права грађана пред судовима. Посебно је неодржива наплата таксе на поновљену жалбу и поново донету другостепену пресуду у истом предмету, јер се на тај начин посредно стимулише лош рад суда“.

С друге стране, високе судске таксе на директан начин стимулишу грађане да се обратe суду за заштиту својих права чиме им је отежан приступ правди, а што је противно Европској конвенцији о људским правима.

Сматрамо да овом питању треба посветити дужну пажњу јер од тога у великој мери зависи и то да ли желимо да парнични поступак учинимо ефикаснијим и у интересу грађана, јер онај кога је финансијска препрека осујетила у намери да се обрати суду нема никакве користи од ефикасног поступка у коме неће ни учествовати.

Другим речима, ефикасност поступка без доступности правди за већину грађана губи у великој мери сваки смисао.

Енормне судске таксе дестимулишу странке да реално одреде вредност спора, што води губитку права на улагање ревизије, а што опет има за последицу да у сложеним и животно значајним споровима за странке, исте губе могућност да се неповољна одлука преиспита пред највишом судском инстанцом у Србији.

Не треба много доказивати да се људи са ниским примањима често парниче и поводом права на непокретностима чија је вредност велика, а да при томе нису у могућности да финансирају плаћање судске таксе.

У структури трошкова потребних за вођење једне парнице судске таксе често представљају лавовски део који странке једноставно не могу да плате.

На пример, за спор вредности од 300.000 динара грађанин који поднесе тужбу дужан је да плати на име судске таксе 14.000 динара, а исто толико и за пресуду. Ако се зна да је просечна плата у Србији баш негде око 14.000 динара, поставља се питање не би ли огромној већини грађана требало признати сиромашко право.

Дужност адвоката је да странку на њен захтев, а и без тога, обавести пре узимања предмета у рад, на које сигурне трошкове она може да рачуна. Када клијенти чују за висину таксе за тужбу, одлуку и жалбу, а за вредност спора која тек што мало прелази цензус за ревизију, неке одустају од вођења спора и када је исти оправдан, друге пристају уз наду да суд неће бити ревностан у слању опомена за плаћање таксе.

За адвоката се онда поставља и проблем како да означи што нижу вредност спора, а да при томе не оштети странку означавањем исте нижом од цензуса за ревизију. Најчешће се то постиже означавањем вредности спора са 301.000 динара. Међутим, практично постоји могућност да противник затражи да суд реално одмери вредност спора на основу члана 40. става 3. ЗПП-а и проблем се поново јавља, као и опасност да ће велика вредност спора у једном тренутку и добронамерног судију принудити да одмери веома високу вредност за наплату таксе. Тај осећај несигурности адвокате доводи у компликовану и ризичну ситуацију да означавају нереално ниску вредност спора како би се странка одлучила за покретање спора, наравно све то под претпоставком да је вођење истог оправдано. Али никада се не може бити сигуран у то да суд у току спора неће наредити да се такса плати према реално одређеној вредности спора.

Ваља узгред напоменути да из горе изнетих разлога, у структури трошкова једне парнице адвокатски хонорар често представља најнижу ставку.

Шта тек очекује странке када почне примена новог Закона о парничном поступку који уводи обавезу за туженог да у року од 30 дана уложи одговор на тужбу под претњом да у случају непостапања суд донесе пресуду на основу пропуштања. За спор вредности од 600.000 динара, само одговор на тужбу ће „коштати“ туженог који је, на пример, невољно и потпуно неосновано увучен у спор, 10.500 динара. Из овог разлога би законодавац морао хитно да реагује и укине обавезу плаћања таксе за одговор на тужбу. У супротном, имаћемо правни хорор, одн. реалну опасност да финансијски способније странке до миле воље малтретирају слабије и намећу им своју вољу пресудама на основу пропуштања.

Изгледа да се приликом доношења Закона о судским таксама заборавило на члан 22. став 1. Устава Републике Србије који предвиђа да „Свако има право на за све једнаку заштиту својих права у поступку пред судом, другим државним или било којим органом или организацијом“.

Поред овог, zaloжили бисмо се да кроз измене ЗПП-а сиромашко право буде признато странкама без обзира на то да ли имају некретнину у својини или не, јер бити власник некретнине у нашим условима није доказ да је неко имућан. На тај начин би се странке стимулисале да реално одреде вредност спора и лакше остварују своја Уставом, барем декларативно загарантована права. Суд би приликом оцењивања услова за признање овог права требало да се пре свега руководи критеријумима као што су плата, занимање, чињеница да ли је странка запослена, да ли има могућности да обавља допунску делатност, итд...

Све чешће чујемо изјаве највиших правосудних достојанственика да је ефикасна наплата судске таксе један од основних начина да се побољша материјални положај запослених у правосуђу. И поред неспорне чињенице да је исти потребно хитно побољшати, сматрамо да то не треба превалити на леђа грађана који, ни криви ни дужни, већ довољно трпе због неефикасности поступака у којима вољно или невољно учествују.

Мишљења смо да грађани не треба да плаћају прескупу улазницу за приступ правди, те да би требало на ову чињеницу скренути пажњу Министарству правде и истовремено предложити хитно и драстично смањење таксене тарифе.

Др Петар Милутиновић
адвокат из Ваљева

О НАДЛЕЖНОСТИ СУДА ЗА ИЗВРШЕЊЕ УПРАВНИХ АКТА

Коментар одлуке Уставног суда Србије
П У. бр. 270/04 од 15. 07. 2004. године, (Сл. гласник РС
бр. 82/2004, стр. 10–12)

Означеном одлуком Уставни суд Србије решио је тзв. позитиван сукоб надлежности, тако што је мериторно утврдио да је за извршење и обезбеђење извршења решења Министарства финансија Републике Србије – Пореске управе, Центра за велике пореске обвезнике у Београду бр. 414 – 2Е/15-1 од 21. 05. 2004. године надлежна Пореска управа, као орган управе у саставу Министарства финансија Републике Србије, а не Трговински суд у Београду.

Наведеним решењем Пореске управе од 21. 05. 2004. године одређено је извршење, по основу јемства, против извршеника – Предузећа за мобилне телекомуникације „Србија“ БК – ПТТ из Новог Београда, а за пореске обавезе главног дужника – „Астра банке“ ад Београд по решењу Пореске управе бр. 414 Р /ЕП 1-01 од 25. 10. 2001. године. Пореска управа, Центар за велике обвезнике у Београду, донело је и решење бр. 433-67 /2004-13 од 10. 06. 2004. године, којим је установљено законско заложно право у корист Републике Србије, као пореског обвезника, те наложено Народној баци Србије, Одсеку за принудну наплату Нови Београд да пореском обвезнику забрани пренос средстава са свих динарских и девизних рачуна, осим за извршење пореских обавеза.

Трговински суд у Београду је у ванпарничном поступку усвојио предлог предлагача – Мобилне телекомуникације „Србија“ БК – ПТТ из Новог Београда и одредио привремену меру којом је забранио противнику предлагача – Пореској управи да изврши своје решење бр. 433-67/2004-13 од 10. 06. 2004. године, а Народној банци Србије, Одсеку за принудну наплату Нови Београд забранио да спроведе поступак принудне наплате по наведеном решењу. Поред наведеног, Трговински суд у Београду је донео и решење VII П. бр. 430/04 од 17. 06. 2004. године, којим је усвојио предлог истог предлагача и одредио привремену меру, којом је наредио Народној банци Србије, Одсеку за принудну наплату Нови Београд да, одмах по пријему решења, изврши деблокаду свих динарски и девизних рачуна предлагача и да брише уписано законско заложно право у корист Републике Србије сходно решењу Пореске управе бр. 433-67/2004-13 од 10. 06. 2004. године.

Разматрана одлука Уставног суда Србије II У. бр. 270/2004 од 15. 06. 2004 године садржи два битна сегмента, односно два битна правна става. Први, да је за извршење и обезбеђење пореског управног акта надлежна државна управа, односно Пореска управа, као орган управе у саставу Министарства финансија Републике Србије. Други, да Трговински суд у Београду није надлежан и овлашћен да забрани извршење пореског акта и одреди мере којима се спречава његово извршење. Јасно је да други правни став произилази из прво наведеног правног става.

Означене правне ставове Уставни суд Србије заснива на Закону о пореском поступку и пореској администрацији, као посебном закону, и природи пореског односа¹. Наведено је да је Законом о порезу и пореској администрацији предвиђена надлежност Пореске управе, као државног управног органа, у свим фазама поступка, дакле, не само у погледу одлучивања о пореској обавези и споредним пореским потраживањима, већ и у погледу њиховог извршења и обезбеђења. У чл. 160 ст. 1 тач. 4. Закона о пореском поступку и пореској администрацији је изричито предвиђено да Пореска управа врши редовну и принудну наплату пореза и споредних пореских давања. Такође, наводи се и да пореско – правни однос и порески акти имају јавно-правни карактер, што указује да се ради о управно-правном односу који карактерише начело субординације.

¹ Службени гласник РС бр. 80/02, 84/02, 27/03, 70/03 и 55/04.

Мишљења смо да је Уставни суд Србије правилно утврдио да суд, **ван управног спора**, не може бити овлашћен да ставља ван дејства појединачне управне акте донете од стране надлежних органа, нити да укида њихове правне учинке. Уставом Србије и законима је извршена подела надлежности између судова и управе, тако да није законито и правно прихватљиво да суд преузима прописану надлежност управе и обрнуто. Из тог разлога Уставни суд Србије сасвим правилно закључује да у разматраном случају поступање Трговинског суда у Београду није у складу са начелом поделе власти из чл. 9. Устава Србије.

Међутим, у разматраном случају се може поставити питање правног става и аргументације Уставног суда Србије о томе да суд није надлежан за извршење пореских аката који гласе на испуњење новчаних обавеза, већ да је за то надлежан порески орган, односно надлежни орган државне управе.

Наиме, у чл. 246 и чл. 273 ЗУП-а је прописано да се решење донето у управном поступку које гласи на испуњењу новчане обавезе извршава **судским путем** и то по одредбама савезног закона којим се уређује извршни поступак и одредаба других закона који важе за судско извршење². Такође, и у чл. 2 ст. 2 Закона о извршном поступку је прописано да се његове одредбе примењују и на извршење одлука донетих у управном поступку које гласе на испуњену новчане обавезе, осим ако је за извршење законом одређена надлежност другог органа³. Према томе, оба наведена основна процесна закона, која уређује материју извршења, предвиђају надлежност суда за извршење решења и других појединачних управних аката који гласе на испуњење новчаних обавеза. Проблем је у томе што Закон о пореском поступку и пореској администрацији предвиђа административно извршење тј. да је за извршење пореских решења надлежна Пореска управа, као надлежан орган државне управе у оквиру Министарства финансије Републике Србије, а не суд.

У разматраној одлуци Уставни суд Србије је заузео став да приоритет у примени има Закон о пореском поступку и пореској администрацији у односу на ЗУП и ЗИП. Цитирамо изворно образложење Уставног суда Србије у описаном делу:

² Закон о општем управном поступку (Сл. Лист СРЈ бр. 33/97 и 31/01).

³ Закон о извршном поступку (Сл. Лист СРЈ бр. 27/00, 73/00 и 71/01).

„Како Закон о пореском поступку и пореској администрацији уређује да се поступак утврђивања, наплата и контроле јавних прихода, као и принудна наплата утврђеног пореза врши административним путем, а да редовну и принудну наплату пореза и споредних пореских давања врши Пореска управа, која је надлежна и да обезбеђује извршење пореске обавезе, што се искључује примена чл. 266. ст. 2. Закона о општем управном поступку, којим је прописано да се извршење ради испуњења новчаних обавеза спроводи судским путем, а тиме је искључена и примена Закона о извршном поступку“.

Из наведеног произилазе два битна става Уставног суда Србије. Први, да је Закон о пореском поступку и пореској администрацији посебан закон у односу на ЗУП и да има приоритет у примени сходно општем правном начелу да „посебан закон derogira примену општег закона“ (*lex specialis derogat legi generali*). Други, да је искључењем примене ЗУП-а аутоматски искључена и примена ЗИП-а, односно чл. 1. ст. 2 ЗИП-а, јер Закон о пореском поступку и пореској администрацији, у делу принудне наплате пореских обавеза, представља посебан закон који уређује извршење пореских управних аката.

Описаном правном резонавању Уставног суда Србије могу се истаћи следећи приговори:

Први, ЗУП је донет као савезни закон и више деценија се примењивао као такав и то све до доношења Уставне повеље државне заједнице Србија и Црна Гора и закона за њено спровођење⁴. Не би требало бити спорно то да је ЗУП основни и претпостављени процесни закон у управној области и да је претпоставка да његове процесне одредбе имају јачу правну снагу у односу на Закон о пореском поступку и пореској администрацији, дакле, и без обзира на чињеницу што после усвајања Уставне повеље, ЗУП има карактер републичког закона као и Закон о пореском поступку и пореској администрацији.

Други, ЗУП дозвољава тзв. посебне управне поступке примене специфичним управним материјама. Међутим, у конкретном

⁴ Уставна повеља државне заједнице Србија и Црна Гора и Закон о спровођењу Уставне повеље државне заједнице Србије и Црне Горе (Сл. лист Србије и Црне Горе бр. 1/03 од 04. 02. 2003.. године).

случају се ради о извршењу управних аката, те се поставља питање: да ли ЗУП дозвољава **посебне поступке извршења** управних аката којима се одступа од основних поставки и начела ЗУП-а. Из горе цитираних одредби чл. 266 и 273 ЗУП-а се види да ЗУП у описаном смислу не дозвољава посебне поступке извршење управних аката који гласе на испуњење новчане обавезе, јер изричито прописује судску надлежност и примену судског извршног поступка⁵.

Према томе, ако је описано основно питање извршења већ решено ЗУП, као основним процесним законом у управној области, то је јасно да оно не може бити предмет регулисања закона који уређују порески и друге посебне управне поступке.

Посебно треба имати у виду да су правила сваког извршног поступка императивне природе, а нарочито у погледу питања који је орган надлежан за одређивања (за дозволу) извршења и за спровођење извршења, као и сам поступак извршења, тако да се ова питања морају јединствено регулисати. Правно није прихватљиво и логично то да пореска решења спроводи порески орган сходно правилима административног решење, а да решења других органа државне управе, која такође гласе на испуњене новчане обавезе, спроводи суд применом правила судско извршног поступка, тим пре што се у обе варијанте извршење спроводи на јединствен начин преко надлежне организације за платни промет.

Треће, мишљења смо да горе описано правно закључивање Уставног суда Србије није правилно. Наиме, ако сам ЗУП у материји извршења управних аката који гласе на испуњење новчаних обавеза упућује на примену ЗИП-а, односно на примену судског извршног поступка, јасно је да ЗИП не може бити искључен у примени. У домену извршења ЗУП и ЗИП су били и остали основни процесни закони, те њихова изричитост и компатибилност о надлежности суда за извршење управних аката који гласе на испуњене новчане обавезе, управо говори о јасној намери законо-

⁵ Иначе, у науци управног права се уопште не доводи у питање то да се управни акти који гласе на испуњење новчане обавезе извршавају судским путем применом ЗИП-а. Тако:

С. Лилић–П. Кунић–П. Димитријевић–М. Марковић, „Управно право“, Савремена администрација, Београд, 1999. година, стр. 443. и 446.

З. Томић, „Управно право“, Службени лист СРЈ, Београд, 2002. година, стр. 459.

давца да административно извршење за описане случајеве није дозвољено⁶.

У прилог наведеног закључка говори и сама садржина чл. 273 ЗУП-а који гласи:

„Решење донесено у поступку које садржи појврду извршности јесте основ за судско извршење. То извршење спроводи се по одредбама савезног закона којим се уређује извршни поступак и одредбама других закона који важе за судско извршење.“

Дакле, садржина одредбе, императивност њене стилизације и јасна намера законодавца да се извршење управних аката који гласе на испуњење новчаних обавеза спроводи према правилима судског извршног поступка, говоре да се ради о принудном пропису чија се примена не може искључити другим законом, па ни Законом о пореском поступку и пореској администрацији. Није логично да у описаном делу извршења, Закон о пореском поступку и пореској администрацији дерогира примену ЗУП-а, ако то ЗУП, не само да не омогућава, већ сасвим супротно предвиђа и то на императиван начин.

Четврти, приликом анализе и давања закључка о томе да је Закон о пореском поступку и пореској администрацији посебан закон у материји извршења у односу на ЗУП, Уставни суд Србије цитира чл. 3. ЗУП-а и чл. 3 Закона о пореском поступку и пореској администрацији и поступа тако као да су означене законске одредбе међусобно усклађене, јер не наводи било какве противуречности између наведених одредаба.

Међутим, чињеница је да постоје битне и суштинске разлике између означених законских одредби, што по себи указује да се не може радити о односу општег и посебног закона.

Чл. 3 ЗУП-а гласи:

⁶ Иначе, и у науци грађанско-процесног права није спорно то да управне акте који гласе на испуњење новчане обавезе извршава суд применом ЗИП-а. Тако:

В. Рајевић–М. Живановић и Р. Момчиловић, „Грађанско процесно право“, Правни факултет у Бања Луци, 2001. година, стр. 153, уз напомену да изузетак постоји када се извршење спроводи по пристанку дужника (забрана на примања – плату).

Б. Познић–В. Ракић–Водинелић: „Грађанско процесно право“, Савремена администрација, Београд, 1999. година, стр. 437, уз напомену да се решења о порезу грађана извршавају од стране Управе прихода.

*„Одредбе закона којима се, због специфичне природе управних ствари у појединим управним областима, прописују **неопходна одступања** од правила општег управног поступка, морају бити у сагласности са **основним начелима** утврђеним овим законом“.*

Чл. 3 Закона о пореском поступку и пореској администрацији гласи:

*„Ако је другим законом **и**стање из области коју уређује овај закон уређено на другачији начин, примењују се одредбе овог закона.*

Ако овим законом није другачије прописано, порески поступак се спроводи по **начелима и у складу са одредбама закона** којим се уређује општи управни поступак.“

Прва неусклађеност између означених одредби је у томе што Закон о пореском поступку и пореској администрацији регулише домен примене ЗУП-а, док сам ЗУП регулише домен примене тзв. посебних процесних закона из управне области, а што подразумева и регулисање домена примене Закона о пореском поступку и пореској администрацији.

У чл. 3/2 Закона о пореском поступку и пореској администрацији се наводи да се у пореском поступку начела и одредбе ЗУП-а примењују „ако овим законом није другачије прописано“, што значи да се ЗУП примењује само у питањима која нису регулисана Законом о пореском поступку и пореској администрацији. Супротно наведеном, ЗУП дозвољава да се у специфичним управним областима учине одређена одступања од правила општег управног поступка, али само ако су она у складу са условима из чл. 3 ЗУП-а,

Друга, неусклађеност тиче се саме садржине норми у домену извршења.

Наиме, одредба чл. 3 ЗУП-а не дозвољава посебне управне поступке који се у битном разликују од општег управног поступка, јер су одступања од правила општег управног поступка дозвољена само ако су она **неопходна и у сагласности са његовим основним начелима**, како се то изричито наводи у чл. 3. ЗУП-а. Супротно томе, Закон о пореском поступку и пореској администрацији прописује комплетан порески поступак који се квалитативно разликује од општег управног поступка, а примена ЗУП-а и његових начела предвиђена је само у питањима која нису регулисана овим законом.

Из садржине Закона о пореском поступку и пореској администрацији се види да је, у квалитативном и квантитативном смислу, прописан порески поступак који је битно различит од општег управног поступка. Дакле, описана колизија између разматраних законских одредби је у томе што ЗУП дозвољава да порески и други посебан управни поступак може садржати појединачна и ограничена одступања од општих правила, која су примерена специфичној природи одређене управне ствари, али не дозвољава битно различит и комплетно нов посебан управан поступак у односу на општи управни поступак, како је то спроведено Законом о пореском поступку и пореској администрацији за пореске обавезе⁷.

У вези наведеног треба посебно имати у виду да надлежност за извршење пореских и других управних аката који гласе на испуњење новчане обавезе није појединачно питање тј. није само питање који је орган надлежан да одлучује о извршењу, већ се ради о томе који **правни поступак извршења** треба применити: судски извршни поступак или административан извршни поступак. Ово питање очигледно има начелни карактер, па чак и превазилази оквире и значај основног начела, јер представља основну поставку законског решења, будући да од заузетог става зависи да ли ће се на извршење управних аката примењивати поступак судског извршења или поступак административног извршења, пошто се ради о посебним, независним и битно различитим правним поступцима који припадају различитим правним областима.

Наведено је битно због тога, јер ако спорно питање надлежности за извршење пореских и других управних аката има природу и значај начела, односно основне поставке извршног поступка, то је јасно да комплетан поступак извршења прописан у Закону о пореском поступку и пореској администрацији није у складу са ЗУП-ом, јер је супротан његовом основном начелу, односно његовој основној правној поставци да се извршење управ-

⁷ Да посебни управни поступци не могу бити **целовити**, већ да се одступања од ЗУП-а могу вршити само у мери у којој је то неопходно за изражавање специфичности појединих управних области наглашавају:

Д. Милков–Ч. Простран, „Коментар Закона о општем управном поступку“ Службени гласник, Београд, 1998. година стр. 19.

У истом смислу: З. Томић–Б. Бачић, „Коментар Закона о општем управном поступку“, Службени лист, Београд 1986. година, стр. 32.

них аката који гласе на испуњење новчане обавезе не спроводи административним путем, већ судским путем.

Трећа неусклађеност разматраних законских одредби је концепцијске природе. Наиме, ЗУП је конципиран и сачињен као основни и општи процесни закон у управној области, тако да се, у делу принудне наплате пореза, Закон о пореском поступку и пореској администрацији може третирати искључиво као посебан закон и то под условима прописаним у чл. 3 ЗУП-а. Супротно томе, Закон о пореском поступку и пореској администрацији је конципиран и сачињен као општи и претпостављени закон у пореској материји, тако да се ЗУП може искључиво применити, као посебан закон, а под условима прописаним из чл. 3 овог закона. Мишљења смо да описане концепцијске разлике представљају суштински основ неусклађености између означених закона, па и у делу извршења, уз напомену да се ради о неистоврсним законским концепцијама, тако да постоји објективан и сложен правни проблем о томе који је од наведених закона „старији закон“ и по ком правном основу.

Иначе, проблем законитости, односно усклађености Закона о порезу на доходак грађана и других пореских закона са ЗУП-ом у материји извршења је деценијама присутан и није решаван од стране уставних судова, мада је постојала очигледна колизија између означених закона, будући да је ЗУП изричито прописивао да се извршење пореских и других управних аката врши судским путем, а да су означени порески закони прописивали да се извршење врши административним путем⁸. Доношењем Закона о пореском поступку и пореској администрацији крајем 2002. године и Уставне повеље државне заједнице Србија и Црна Гора почетком 2003. године, проблем законитости пореских закона у материји извршења је постао правно знатно сложенији, обзиром на концепцијске разлике ЗУП-а и Закона о пореском поступку и пореској администрацији, те чињеницу да је ЗУП престао бити савезни закон. Међутим, евидентно је то да је Уставни суд Србије у разматраном случају имао прилике да по службеној дужности покрене поступак

⁸ Почетком примене Закона о пореском поступку и пореској администрацији престале су да важе процесне одредбе следећих пореских закона и то: Закона о порезу на порез грађана, Закона о порезу на добит предузећа, Закона о акцизама, Закона о порезу на промет и Закона о порезу на имовину.

Видети: чл. 192. ст. 1 тач. 5 – 10 Закона о пореском поступку и пореској администрацији.

и утврди законитост чл. 3, 160 ст. 4 и других одредбу Закона о пореском поступку и пореској администрацији, којима се, супротно ЗУП-у, предвиђа административно извршење пореских аката који гласе на испуњење новчаних обавеза. Ово је битно због тога, јер указује да је Уставни суд Србије доношењем разматране одлуке у поступку решавања тзв. позитивног сукоба надлежности, решио мање важан проблем, а да није решио основни и суштински проблем из своје надлежности, а то је питање: да ли у материји извршења, Закон о пореском поступку и пореској администрацији треба да буде усклађен и да ли је усклађен са ЗУП-ом. Супротно наведеном, Уставни суд Србије је у разматраној одлуци само цитирао означене законске одредбе и без дубље и суштинске анализе, те образложења закључио да приоритет у примени има Закон о пореском поступку и пореској администрацији, као посебан закон.

Мишљења смо да горе означене одредбе Закона о пореском поступку и пореској администрацији, које се односе на извршење пореских управних аката, не представљају посебне законе у односу на ЗУП, односно на ЗИП, већ да представљају неуставне, односно незаконите одредбе које су у колизији са основним поставкама и начелима нашег управно – процесног права и грађанско – процесног права, као и са текстом и циљем императивних одредаба ЗУП-а и ЗИП-а, које на јединствен начин регулишу надлежност и **целину правног поступка извршења** појединачних управних аката који гласе на испуњење новчаних обавеза.

Треба имати у виду да и у погледу спорног сукоба надлежности разматрана одлука Уставног суда Србије нема пун или одговарајући правни учинак. Наиме, Уставни суд Србије је и у образложењу навео да је основна дилема то: да ли је за извршење пореског решења надлежан привредни суд или надлежан орган државне управе. Међутим, то није тачно, јер, по позитивним прописима, привредни суд уопште не може бити надлежан да извршава пореска решења. Према члану 15. Закона о судовима, трговински судови извршавају искључиво своје одлуке, тако да би за извршење пореских и других управних аката био стварно надлежан општински суд у смислу чл. 12. Закона о судовима⁹. Према томе, и означена чињеница говори да Уставни суд Србије није правилно уочио и

⁹ Да привредни, односно трговински суд извршава само своје одлуке, а да остале судске одлуке извршава општински суд, прописано је у чл. 15. ст. 2 в),

правилно оквалификовао суштину спорног сукоба надлежности, јер основно правно питање није сукоб надлежности између привредног суда и надлежног државног органа, већ сукоб надлежности између судова (општинског) и државне управе (Пореска управа). Уз евидентну чињеницу да спорни сукоб надлежности има и политички аспект, обзиром на учеснике и висину спорне пореске обавезе, јасно је да је Уставни суд Србије био дужан да посебну пажњу посвети образложењу разматране одлуке у смислу објашњења да у конкретном случају није у питању надлежност Привредног суда у Београду, већ да је спорно питање да ли извршење пореског решења спада у судску надлежност или не.

У разматраној одлуци Уставни суд Србије посебно наглашава да је Законом о пореском поступку и пореској администрацији прописана надлежност Пореске управе у свим фазама пореског поступка, јер је Пореска управа надлежна, не само за вођење првостепеног и другостепеног пореског поступка, већ и за извршење пореских решења и обезбеђење потраживања Државе Србије, као пореског повериоца. Међутим, треба имати у виду да је наведеним законом прописана надлежност Пореске управе и да покрене и води првостепени и другостепени прекршајни поступак, те да изриче прописане казне и заштитне мере за пореске прекршаје. Тим поводом се са основом може поставити питање уставности и законитости означених одредби Закона о пореском поступку и пореској администрацији, јер правно очигледно није прихватљива описана енормна кумулација надлежности Пореске управе у пореској материји. Пореска управа мериторно утврђује основ и висину пореске обавезе, спроводи извршење и обезбеђење донетих пореских решења, те покреће и одлучује о прекршају и прекршајној одговорности пореских обвезника и одговорних лица. Ако исти орган доноси извршну исправу и одлучује о њеном извршењу, те покреће и одлучује у казненом поступку за прекршај, јасно је да питање судског извршења пореских решења има законског и суштинског основа, јер није логично и целисходно да исти државни орган, који је већ поступао по начелу субординације када је

односно у чл. 12. ст. 4. тач. б). Закона о судовима (Сл. гласник РС бр. 46/91, 60/91, 18/92, 71/92)

У истом смислу чл. 24. ст. 2., односно чл. 21. Закона о уређењу судова (Сл. гласник РС бр. 63/01, 42/02, 27/03, 130/03 и 29/04), које одредбе се примењују од 01. 07. 2007. године.

утврдио пореску обавезу, и одлучује о извршењу решења које је донео. Са гледишта уставности и законитости, а нарочито имајући у виду предходно наведена овлашћена Пореске управе, није прихватљиво да Пореска управа покреће прекршајни поступак и одлучује о пореском прекршају са овлашћењем да изриче прописане санкције, јер очигледно долази до кумулације неспојивих функција **утужења и пресуђења** у прекршајном поступку, а што је у супротности са основним поставкама и начелима прекршајног и осталих казних поступака. Међутим, чињеница је да Уставни суд Србије олако прелази преко описаних енормних и правно неспојивих овлашћења Пореске управе и да се уопште не упушта у анализу и оцену уставности означених законских одредби, а што представља његову основну функцију.

Из наведеног се може закључити да, и поред тога што је правилан основни закључак Уставног суда Србије о томе да привредни суд није надлежан да поништава пореске управне акте и њихове правне учинке, Уставни суд Србије није поставио и дао одговоре на основна питања из своје надлежности у материји извршења пореских и других управних аката. Супротно томе, видљиво је да Уставни суд Србије поступао као да су означени закони међусобно усклађени и као да не постоје услови за његово поступање по службеној дужности, а у циљу остваривања његове основне функције да испита и утврди (не) сагласност општих правних аката са уставом и законом.

Мишљења смо да означени очигледни и битни пропусти Уставног суда Србије могу бити и последица непознавања сложене, специфичне и интердисциплинарне правне проблематике у домену тзв. финансијских прописа, чија се примена повезује са извршним правом (грађанско-процесним и управно-процесним правом), или пак недостатка воље да Уставни суд Србије делује у смислу својих основних уставних и законских овлашћења на остваривању функција обезбеђења уставности и законитости, осим за разматрани и сличне случајеве када за то очигледно постоје одређени политички мотиви.

У сваком случају овај коментар треба разумети као један критички прилог и иницијативу аутора да Уставни суд Србије покрене поступак по службеној дужности и оцени уставност, односно законитост горе наведених одредби Закона о пореском поступку и пореске администрације, а по потреби и других законских одредби.

Милан Тојаловић
адвокат из Београда

„УРЕДБА ЗА БУДУЋНОСТ“

Уредба о забрани увоза коришћених моторних возила и коришћене опреме, објављена је у Службеном гласнику Републике Србије бр. 110 од 08. 10. 2004. год., а ступила је на снагу наредног дана, 09. 10. 2004. год.

Тач. 1. Уредбе каже – *Ради спречавања угрожавања живота и здравља људи и животне средине не могу се увозити коришћена моторна возила, трактори, грађевинске и рударске машине. Изузетно, могу се увозити коришћена моторна возила која нису старија од три године, чији мотор испуњава стандард ЕУРО-3 а ако су у ваздуху на сајмени догон.*

Ово је део Уредбе који је изазвао највише пажње, јер је по претходном пропису било могуће увести аутомобил старости до шест година.

Разлог за доношење Уредбе јасно је декларисан – спречавање угрожавања живота и здравља људи и животне средине јер старија возила загађују животну средину.

Уредба се може ценити са више аспеката, али нас овде највише интересује метод мишљења, према коме се декларисани проблем решава доношењем и применом овакве Уредбе.

Ради се о методу мишљења, о „школи“ мишљења коју нам је оставио период партијске државе и која ево, преживљава и код данашњих, демократских политичара. То је метод који, конкрет-

но, доводи до следећег резултата, – ако се увозе, региструју и возе возила која не одговарају прописима о техничкој исправности у погледу издувних гасова, онда није битно што се не поштују прописи о регистрацији и надзору техничке исправности возила у саобраћају, него ваља донети пропис који забрањује увоз половних возила која могу бити технички неисправна. Значи, није проблем огроман број технички неисправних возила у саобраћају, услед игнорисања прописа о максималним вредностима штетних издувних гасова, него ће тек бити спречен прилив нових половних возила, без обзира на њихову исправност. А што се постојећих возила тиче, она ће и даље да иду улицама и путевима и да нас трују без проблема, док не иструле.

Значи, ако се у некој области појави проблем као директна последица непоштовања, непримењивања одређеног прописа, онда не треба ништа учинити у циљу примене прописа који се игнорише, него проблем треба решавати доношењем новог прописа и то чак несродног са оним који се крши, тако да се проблем посредно и заобилазно (можда) решава на неупоредиво дужи рок.

Заиста поразно да и Влада Србије, на чијем је челу професор права, легалиста, дела у оквиру такве „школе“ мишљења. Шта би требало очекивати од председника Владе који не би био правник!?

Идеолошка, партијска држава оставила је безброј последица на нашу судбину, али ова „школа“ мишљења је једна од најтежих.

За разлику од већине грађана који нису у ситуацији да путују ван земље, чланови Владе то јесу, па би могли да примете, макар по повратку из иностранства, колико се овај амбијент разликује од страног, западноевропског, већ само по том загађењу по улицама, куд пролазе дотрајала возила са издувом као да иду на угаљ. Странцу то редовно пада у очи и одмах види амбијент који по једној битној одлици неодољиво подсећа на подсахарску Африку. Па ако се ми тако односимо према свом здрављу, својој животној средини, према својој деци и ако нам је то нормално, зашто би се они према нама односили са више респекта, као према европској земљи.

Не можемо преко ноћи, за пар година да уведемо европске стандарде у погледу издувних гасова, али можемо да поштујемо сопствене прописане стандарде, који ипак нису ЕУРО-3, па се ни

то не поштује и то без икаквог проблема траје годинама. Ни за једну нашу Владу и политичку кампању то не представља битну ствар. Е то је онај менталитет партијске државе у којој пропис и његово поштовање нису неприкосновени, него су важни само они прописи које партијски врх/врхови сматрају важним и то у оној мери и када они оцене да су важни. „Одговорни“ другови, сада господа, седну, договоре се и од сутра има да се поштује, рецимо пропис о издувним гасовима, а дотле не, јер сам пропис, као некакав текст, није био значајан по себи, него тек када су они решили да је значајан.

На овакве разлоге, симпатизери стварности потезу „тежак проблем“ последица поштовања прописа, јер би наводно, великом броју корисника, нарочито предузећа, било практично онемогућено коришћење (исправних) возила – немају новца да возе исправна возила! Овакав аргумент индикативан је из више разлога. Прво, принципијелно се значи претпоставља сумњива економска корист (мада се никад и нигде и не покушава израчунати) од коришћења неисправних возила, штети од тровања становништва. Интересантно! Али разумљиво у друштву у коме је слоган о „човеку као нашем највећем богатству“ постао ругалица! Друго, наравно да је могуће оставити примерен рок за довођење возила у технички исправно стање, тако да не би преко ноћи били избачени из саобраћаја. Треће, недопустиво је економски фаворизовати оне који користе кршеве (јер не морају да се троше да би их поправили), у односу на све остале кориснике исправних возила, и других који не желе да возе кршеве. Генерално, од оваквог становишта симпатизера стварности који несумњиво имају истомишљенике у Влади, остаје горак утисак да држава фаворизује бескурпулозне, примитивне, претенциозне у једном штеточинском понашању.

Далеко је Европа! Док се још читаву деценију будемо спремали да јој се придружимо, ваљало би да, пре свега, напуштамо менталитет партијске државе која, између осталог, оваквим уредбама „премошћује“ непоштовање прописа.

ИЗ РАДА ХАШКОГ СУДА

Мр Слободан Стојановић

адвокат из Београда

JOINT CRIMINAL ENTREPRISE – ЗАЈЕДНИЧКИ ЗЛОЧИНАЧКИ ПОДУХВАТ¹ КАО ПОВРЕДА ПРАВА ОПТУЖЕНОГ У ПОСТУПКУ ПРЕД ТРИБУНАЛОМ У ХАГУ

Уводно излагање

Последњих неколико година пред Међународним Трибуналом у Хагу готово да нема оптужнице којој темељ не чини управо ова институција. То је институција која, у различитим облицима и под различитим називима има своје корене у англосаксонском праву². У питању је облик учешћа оптуженог у извршењу дела заједно са другим лицима, али досадашња пракса Трибунала указује да ни такав карактер ове конструкције није јасан. Одговорност појединаца, нарочито високог политичког, војног или полициј-

¹ Ово је уобичајени превод, понекад и „удружени злочиначки подухват“, али сматрамо да би с обзиром на садржину која се овде подразумева, више одговарао, нешто рогобатнији термин, „скупни злочиначки подухват“. Термин „заједно“ доста асоцира на већу, психичку и физичку повезаност одређених лица која врше одређене заједничке радње, што овде, по правилу није случај.

² Види на пример, Oxford Dictionary of Law, Third Edition, 1996, одредница под насловом „common design“.

ског ранга заснива се на овој, већ на први поглед веома проблематичној конструкцији. Посебно је актуелна код оптужених лица из Србије³, али у том погледу приоритет „уживају“ и оптужена лица српске националности из Босне и Херцеговине и Хрватске⁴. Присутна је и код оптужница против лица хрватске националности⁵, као и албанске⁶, док су оптужени босански Муслимани тога, до сада, поштеђени⁷. Већ на овом месту битно је напоменути да се код Заједничког злочиначког подухвата, иза суђења појединцу, увек и нужно крије осуда мање или веће групе. Управо при дефинисању групе се крију могућности злоупотреба ове конструкције. А групу је увек могуће дефинисати по неком заједничком циљу, па и подухвату. Сувишно је напоменути да не само одређене др-

³ На пример, оптужница ИТ-99-37-ПТ против Милошевића, Милутиновића, Шаиновића, Ојданића и Стојиљковића у вези догађаја на Косову, која је касније против Милошевића проширена и догађајима у Хрватској и Босни и Херцеговини, оптужница против В. Шешеља, оптужнице против војних и полицијских генерала и др.

⁴ Тако су оптужени Плавшић, Крајишник, Мартић, Бабић, Хаџић, Младић и многи други. Оптужница против Караџића је формулисана по ранијем систему, али се из текста исте несумњиво закључује да се и ту ради о оптужби за заједнички злочиначки подухват. Ипак, треба размислити зашто је Тужилац Трибунала приликом измене оптужнице 28. 4. 2000. г. пропустио да то експлицитно унесе.

⁵ В. на пример, оптужницу против А. Готовине од 24. 2. 2004. због операције „Олуја“, Case No. ИТ-01-45 и др.

⁶ У овом случају та конструкција је постављена са веома ограниченим домаћајем (само логор Лапушник и то само за период мај – август 1998. г.) и у блажем контексту него код лица српске националности, што је тема која заслужује посебан рад. Овде ћемо само рећи да се Србима под овом конструкцијом, кроз мноштво оптужница па и пресуда, импутира стварање Велике Србије и етничко чишћење свега што није српско, док се Албанцима не импутира стварање Велике Албаније, стварање независне државе Косово или бар стварање посебне републике насилним путем, већ заточавање, тортура и убиства српских цивила и оних Албанаца за које су мислили да су „колаборационисти“. Веома је битно нагласити да овде нема оптужења за дело прогона из чл. 5 Статута, што значи да наводно, није било никаквих планских, масовних или систематских дела против српског становништва и албанског живља које је припадало „колаборационистима“, него само ексцеси, за сада, само тројице појединаца припадника УЧК. В. о томе предмет *Limaj et al*, case No. ИТ-03-66-ПТ, посебно тачке 7–9.

⁷ В. оптужнице против З. Делалића, Х. Делића, Е. Ланца, Е. Хаџихасановића, А. Кубуре, К. Алагића, С. Халиловића и Н. Орића, дакле до сада свих познатих оптужених лица ове националности.

жаве, одређен народи, него и цело човечанство имају такорећи безброј заједничких циљева, па и одређених заједничких активности и подухвата. Доследно овој теорији у њеном крајњем домету, могуће је да ако један појединац направи неки деликт, буде одговоран не само за тај деликт него и за све деликте које било кад и било где учине сви други појединци из групе појединачно или заједнички. Пред Трибуналом, та група може обухватати и само сазвршиоце одређених конкретних радњи⁸, али понекад иде до целог народа, упркос уверавањима да се суди појединцима и да се тиме скида колективна одговорност са народа. Најзад, овом конструкцијом је обезбеђења лака осуда због радњи других, а не ради се о одговорности надређених.

Упркос оваквом значају и домашају поменуте конструкције Трибунала у Хагу, према нашем сазнању, до сада на овим просторима није објављен ниједан рад на ову тему.⁹ Није нам познато, на основу сумарног увида у познатије публикације у свету, да и у иностранству, постоје неки слични радови. Англосаксонска литература се до извесног степена бави овом институцијом, по правилу, уз одсуство било каквог критичког приступа. Стога је овај рад, као пионирски, сасвим подложен даљој разради и критикама.

Настанак и дефиниција

Пракса Трибунала у Хагу није увек примењивала ову конструкцију иако су прописи и право које примењује остали у неизмењеном континуитету, што је већ једна велика индиција, ако не и већ чврст доказ, да ту нешто није у реду.

Трибунал у Хагу је започео са радом 1993. г. Међутим, све до другостепене пресуде у случају *Tadić* од 15. 7. 1999. г.¹⁰ „Joint criminal enterprise“ (заједнички злочиначки подухват) се практично и не помиње. Ту се одмах поставља питање: ако је нешто заиста постојало од 1991. г. у међународном праву, дакле у време извр-

⁸ У таквом случају нема никакве неправде, ради се само о примене погрешне теорије о одговорности на оптуженима који су и иначе одговорни по другим и општеприхваћеним теоријама индивидуалне одговорности.

⁹ Исти аутор је ову тему, уз мале разлике, обрадио и у облику реферата за овогодишњу Копаоничку школу природног права.

¹⁰ Предмет ИТ-94-1-А. У овом раду пресуда је коришћена у изворној верзији на енглеском језику.

шења наводних злочина, како је могуће да Трибунал у Хагу, опремљен заиста изузетно стручним кадром у тој области, пуних шест година интезивног рада то не уочи¹¹. А како би се онда, оптуженом, по правилу потпуном лаику у тој области, стављало на терет да је морао знати да његове радње припадају таквој конструкцији, што се заиста и чини. О томе ће касније бити још речи.

Други проблем који се јавио већ приликом увођења Заједничког злочиначког подухвата у праксу Трибунала јесте питање самог назива конструкције. То питање је изузетно битно будући да код разних облика учешћа оптуженог у делу управо називи одражавају садржину. Жалбено веће Трибунала је ову конструкцију увело као „Common purpose doctrine“¹² и тај назив је на десетине пута поновило, посебно у кључним излагањима о примени те теорије¹³. Нажалост, на пар места, у образлагању свога приступа употребило је и термине „common design“¹⁴ као и , на два места, у контексту образлагања појединих облика испољавања наведене доктрине, термин „Joint criminal enterprise“¹⁵. Лако је уочљиво да се не ради о синонимима једног појма. Велика је разлика између заједничког циља, заједничког плана, односно намене и заједничког подухвата. Посебно у области индивидуалне кривичне одговорности. Овде се ради о терминима чији смисао почиње од домена далеких психичких представа, па до конкретних крими-

¹¹ John R.W.D. Јонес, тада запослен у Трибуналу, августа 1997. г. даје опсежан приказ дотадашње праксе Трибунала у својој публикацији „The Practice of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and International Criminal Tribunal for Rwanda, као и тумачења сваког члана Статута, посебно члана 7. о коме се у овом случају искључиво ради. Ту цитира чак и разјашњења М. Albright приликом доношења Статута, као и „Нирибершке принципе“ уобличене од стране Комисије за Међународно право и поднете Генералној скупштини УН 1950. г. Али од Joint criminal enterprise под било којим називом ту нема трага. Једини моменат који може бити од неког утицаја јесте доношење Статута Међународног кривичног суда у Риму 1998, г., који садржи сличну конструкцију.

¹² У преводу: „теорија заједничког циља“.

¹³ Види например, поднаслов изнад параграфа 185. поменуте пресуде Жалбеног већа који гласи: „Члан 7(1) Статута и појам Заједничког циља“. Наглашавамо да ту изворна пресуда употребљава велика почетна слова ових речи чиме указује да се ради о називу конструкције.

¹⁴ У преводу: „заједнички план, пројект, можда најприкладније: намена“.

¹⁵ Параграфи 220 и 228.

налних радњи. Упркос томе, каснија пракса Трибунала једнодушно тврди да је Жалбено веће наведене термине користило као синониме¹⁶. Мотив за такву неприхватљиву, и по оптужене збуњујућу праксу видимо у жељи да се задржи конструкција у облику какав је дефинисан у другостепеној пресуди у случају *Taguñ*. То је очигледно било немогуће урадити под називом доктрине о заједничком циљу. Циљ може код разних учесника у делу бити исти, али радње у постизању тог циља код разних учесника могу бити веома различите, код неких легалне, код других нелегалне, па и сам циљ може бити легалан или нелегалан, чак и независно од тога што радња извршења може бити легална или нелегална. Исто тако, циљ код појединих извршилаца једног кривичног дела може бити различит. Циљ, по правилу, није ни битан елемент дела.¹⁷ Након више приговора на теорију заједничког циља, пракса Трибунала више уопште не помиње термин „заједнички циљ“, већ само „заједнички злочиначки подухват“.

Правило је да је *ratio decidendi*¹⁸ пресуда Жалбеног већа обавезујући за сва првостепена Већа¹⁹, а да Жалбено веће може изузетно одступити од својих ранијих ставова само кад то когентни разлози у интересу правде захтевају²⁰. То је био правни основ да се након 1999. г. и пресуде Жалбеног Већа у случају *Taguñ* оваква пракса сасвим прошири.

Шта је заправо *Joint criminal enterprise* као облик учешћа више лица у извршењу дела?

Члан 7. Статута Трибунала под насловом „Индивидуална кривична одговорност“²¹

¹⁶ На пример, пресуда првостепеног већа у предмету *Kvočka et al*, фусноста 415.

¹⁷ Доста примедби на рачун теорије Заједничког циља изрекла је одбрана оптуженог *Жиџића* у предмету *Kvočka et al*, ИТ-98-30/1

¹⁸ Одлучни разлози пресуде, за разлику од *obiter dicta* (лат: узредне напомене и оцене)

¹⁹ Пресуда Жалбеног већа од 24. 3. 2000. г. у случају *Алексовски*, параграф 113.

²⁰ *Ibid.* параграф 107.

²¹ Ова одредба ипак одређује само облике учешћа једног или више лица у делу само у објективном смислу без освртања на субјективна стања учесника, те је овакав наслов сасвим неадекватан.

у ставу један²² одређује да ће лице које је планирало, подстакло, наредило, учинило²³ или на други начин помогло²⁴ у планирању, припреми или извршењу неког од злочина предвиђених члановима 2 до 5 овог Статута, бити индивидуално одговорно за злочин. Очигледно, ту се експлицитно не помиње заједнички злочиначки подухват, посебно у смислу који му даје данашња пракса Трибунала.

Међутим Жалбено веће Трибунала сматра да се Статут не ограничава само на оно што је изричито наведено у одредби чл. 7. ст. 1. и да „тумачење Статута засновано на његовом предмету и циљу води до закључка да Статут тежи да прошири надлежност²⁵ Међународног трибунала на све оне „одговорне за озбиљне повреде међународног хуманитарног права“ учињене у бившој Југославији (Члан 1)“²⁶.

Већ оваквом почетном приступу се могу ставити одређене примедбе. Пре свега, не ради се о проширењу никакве надлежности Трибунала, нити исте сме бити ван онога што пише у Статуту, већ је у питању проширење оквира одговорности оптужених. Друго,

²² Преостали ставови се баве одговорношћу у вршењу службеног положаја, одговорношћу надређених, као и одговорношћу лица која су поступала по наредби.

²³ Енглески текст каже „committed“, што може значити и „учинило“ и „извршило“. За извршилаштво је ипак чешћи израз „perpetration“. Но, посебним набрајањем облика саучесништва у ужем смислу могло би се закључити да се овде ради о извршилаштву. Ово је од круцијалног значаја будући да се заједнички злочиначки подухват подводи под наведену енглеску реч, али, по правилу, не обухвата радњу извршења неког од дела из Статута Трибунала.

²⁴ Енглески текст Статута, сагласно англосаксонском праву, разликује две врсте помагања: „aiding and abetting“. Први облик се односи на помагање које се поклапа са нашим схватање овог облика саучесништва, док „abetting“ представља охрабривање извршиоца које у данашњем англосаксонском праву изгледа да нема више независну улогу него је тесно повезано са „aiding“, В. о томе више А. Ashworth: Principles of Criminal Law, Oxford University Press, 1999, стр. 429–431.

²⁵ Ова надлежност се одређује *ратнионе лоци, ратионе шемпорис, ратионе персонае и ратионе материае*.

²⁶ Пресуда Жалбеног већа у случају *Taguh* од 15. 7. 1999, параграф 189. Ова реченица је преузета из извештаја Генералног секретара УН. В. о томе *Report of the Secretary-General, U.N. Doc. S/25/704, 3 May 1993, par. 54.*

„проширење одговорности на све одговорне...“ није нимало убедљив аргумент у прилог конструисања теорије која је предмет овог рада. У извештају Генералног секретара УН из којег је преписана ова реченица, иначе нема ништа што упућује на примену ове доктрине. Напротив, инсистира се на индивидуалној одговорности са којом је ова доктрина у веома дискутабилним односима.

Укратко, став Жалбеног већа је да је „појам ‘common design’ (као у оригиналу, што би се овде могло превести као „заједничка накана“) као облика одговорности саучесника чврсто утемељен у обичајном²⁷ међународном праву и додатно подржан, мада имплицитно, у Статуу Међународног трибунала. Што се тиче објективних и субјективних елемената злочина, право које извире из до сада пресуђених случајева показује да је овај појам примењен на три различите категорије случајева. Први, у случајевима саизвршилаштва, где сви учесници у заједничкој наكاني поседују исту криминалну намеру да учине злочин (и један или више од њих стварно учине злочин са умишљајем²⁸). Друго, у такозваним ‘концентрациони камп’ случајевима, где неопходни *mens rea* обухвата знање о природи система рђавог третмана и умишљај да унапређује заједничку накану рђавог третмана. Такав умишљај може бити доказан или директно или закључивањем на основу овлашћења оптуженог у оквиру кампа или организационе хијерархије. У погледу треће категорије случајева, појам ‘common purpose’ (као у оригиналу, што значи „заједнички циљ“) је одговарајуће применити само где су испуњени следећи захтеви који се тичу *mens rea*: (1) намера да се узме учешће у заједничком злочиначком подухвату и унапреде, индивидуално или удружено, криминални циљеви тог подухвата, и (2) предвидљивост могућности да други чланови групе учине повреде које не представљају предмет заједничког злочиначког циља.“²⁹

Тај став је још једном сумиран у истој пресуди:

²⁷ Подсећамо, члан 38. Статута Међународног суда правде одређује међународни обичај као један од основних извора међународног права.

²⁸ У оригиналу је употребљена реч „интент“, што у свакодневном говору значи „намера“, али је према англосаксонском праву најближе појму умишљаја. Пресуда ову реч, зависно од контекста, користи у оба смисла.

²⁹ Наведена пресуда у случају *Taguh*, параграф 220.

„Укратко, објективни елементи (*actus reus*) овог облика учешћа у неком од злочина предвиђених Статутом (у погледу све три категорије случајева) су следећи:

1. *Плуралитет лица*. Она не морају бити организована у војној, политичкој или административној структури, што је јасно приказано у *Essen Lynching* и *Kurt Goebell* случајевима.

2. *Постојање заједничког плана, намене или циља који доводе до, или имплицирају чињење неког злочина предвиђеног Статутом*. Није нужно да тај план, намена или циљ буду претходно аранжирани или формулисани. Заједнички план или циљ се могу материјализовати екстратемпорално и могу се извести из чињенице да више лица делују унисоно да би извели заједнички злочиначки подухват.

3. *Учешће оштуженог у заједничкој намени* које подразумева извршење једног од злочина прописаних Статутом. Није неопходно да то учешће подразумева чињење одређеног злочина прописаног тим одредбама (на пример, убиство, истребљење, тортура, силовање итд.) него може имати облик помоћи или доприноса извршењу заједничког плана или циља.

За разлику од тога, *mens rea* елементи се разликују зависно о којој категорији заједничке намене се говори. У погледу прве категорије, оно што се захтева је умишљај да се изврши одређени злочин (заједнички умишљај свих саизвршиоца). У погледу друге категорије, (која, као како је то горе назначено, чини варијанту прве), захтева се лично сазнање о систему рђавог третмана (доказано било изричитим исказом, било на основу разумног закључка на основу оптуженикових овлашћења), као и намера да се унапреди заједнички усаглашен систем рђавог третмана. У погледу треће категорије, захтева се намера за учествовањем и унапређивањем злочиначке активности или злочиначког циља групе и да се допринесе заједничком злочиначком подухвату, или, у сваком случају, чињењу злочина од стране групе. Додатно, одговорност за злочин који је другачији од оног што је договорено заједничким планом, може постојати само ако је, под околностима случаја, (1) било *предвидљиво* да такав злочин може бити извршен од стране неког другог члана групе и (1) *оштужени је вољно преузео њај ризик*.³⁰

³⁰ Ibid., параграфи 227. и 228.

Током даље праксе Трибунала ове три категорије заједничког злочиначког подухвата су добиле посебне називе. Прва као основни (basic) облик друга као системски (systemic) и трећа као продужени (extended).³¹ Интересантан је и став А. Cassese-а, ранијег Председника Трибунала који, потпуно подржавајући праксу Трибунала, дели учешће у „заједничком циљу или намери“ на учешће које повлачи одговорност за све акте проистекле из злочиначког плана и на учешће које повлачи одговорност за предвидљиве злочине других учесника.³²

Критички осврт

Наведене поставке Жалбено веће заснива искључиво на пракси бројних суђења нацистичким злочинцима. Но, цитирајући бројне пресуде, заборавља само једну: ону најважнију, суђење главним ратним злочинцима у Нирнбергу. Та пресуда не иде у прилог теорије заједничког циља, намере, односно криминалног подухвата. Иако су, несумњиво, нацисти имали и заједнички злочиначки циљ и подухват, Нирнбершка пресуда је признала применљивост ове конструкције само у односу на вођење агресивног рата а у односу на ратне злочине и злочине против човечности изречене су ослобађајуће одлуке јер у односу на те злочине није била изричито предвиђена Нирнбершком Повељом³³.

Као генералну примедбу, морамо истаћи да су врло општи и апстрактни закључци којима Трибунал дефинише ову конструкцију и омогућава њену примену на веома далеке везе и односе са делима учињеним од других лица у другом времену и простору извучени из праксе у којој се судило крајње опипљивим делима, по правилу класичним саизвршиоцима³⁴. Понегде класичним сау-

³¹ Ови називи су данас уобичајени у пракси Трибунала. В. на пример случај *Крвојелац*, случај *Милутиновић et al*, посебно у оквиру тога случај *Ојгашкић* и др.

³² А. Cassese, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, pp 181–189.

³³ В. енглески текст Нирнбершке пресуде *In re Goering and the others*, 1.10.1946, поглавље под насловом „The Law of the Charter“ i поднасловом „The Law as to the Common plan or conspiracy“.

³⁴ На пример, поменути случај *Essen Lynching* у коме је британски војни суд судио Немцима који су у Есену 1944. г. линчовали три британска ратна заробљеника. Не улазећи у то каква може да буде „војна правда“ у оваквом

чесницима или нешто чешће, по основу командне одговорности³⁵.

Случајеви који су били темељ конструкције Заједничког злочиначког подухвата и на које се Трибунал позива ни у једном примеру не дају основ за далекосежне закључке који постоје у пракси Трибунала, као што је на пример тзв. заједнички злочиначки подухват „стварање Велике Србије“³⁶. Чак и упркос чињеници да су осуђена лица заиста имала заједнички циљ и заједнички подухват не само да остваре Велику Немачку, него и да поробе велики део света и побију многе народе. Ни у једном од тих случајева нема тако далеког поимања кривице. Већи део случајева на којима се темељи конструкција Жалбеног већа Трибунала уопште не помиње нешто што би дало повода за ту конструкцију, него се управо позива на класичне европско континенталне институте саизвршилаштва и саучесништва, како би се у нашој теорији рекло, у ужем смислу. Тако се наводи низ примера у тзв. „Италијанским“ и „немачким“ случајевима³⁷.

Иста пресуда цитира и бројна национална законодавства и праксу примећујући да концепт наведене доктрине никако није преовладавајући у свету³⁸. Одређену потпору види и у чињеници

контексту, ради се о класичном примеру подстрекавања и саизвршилаштва у коме, од седморо оптужених за учешће у линчу, два лица нису ни осуђена. Истоветна ситуација је и код поменутог случаја *Kurt Goebell et al.* чешће зван случај *Borkum Island* у коме је суђено за убиство седморице америчких пилота које се догодило 4. 8. 1944 на острву Боркум. Након што је градоначелник Боркума викао маси немачких цивила и војника између којих су заробљени пилоти пролазили „побијте их као псе“ цивили су почели тући пилоте, а војници су их затим устрелили. Управо на основу ова два случаја Трибунал изводи далекосежне закључке о трећем, рекли бисмо најгорем, облику заједничког злочиначког подухвата.

³⁵ На пример, случајеви *Manfred Gottfried Weiss i 39 drugih* (случај *Dachau*), *Josef Kramer u 44 drugih* (случај *Belsen*), *R. Mulka u drugih* (случај *Auschwitz*). У свим овим случајевима, ради се о типичној командној одговорности и саизвршилаштву.

³⁶ Теоретски, чак и кад би овакав подухват или циљ, односно накана постојали, исти се, нарочито раније, могао остваривати и легалним политичким средствима, те, сам по себи, не мора бити злочиначки. Друго, и кад би га звали злочиначким, зашто би због тога били кривично одговорни они који би за постизање истог желели користити искључиво легална средства.

³⁷ Види параграф 201 и фусноте 246. и 247 наведене пресуде Жалбеног већа.

³⁸ Мислимо да смо употребили еуфемистички израз и да је тај концепт свакако у мањини националних законодавстава и праксе.

да Статут Међународног кривичног суда (тзв. „Римски Статут“) у свом члану 25. такође предвиђа ову конструкцију³⁹. Морамо приметити да у последњем нацрту тога Статута ове конструкције није било⁴⁰ и да је иста унета у последњем моменту на инсистирање неких земаља. Но, концепт исте је нешто другачије постављен, посебно у погледу трећег „продуженог“ облика заједничког злочиначког подухвата који се сигурно не може подвести под формулацију „Римског Статута“. Сем тога, и та формулација, иако још није имала тест у пракси, подвргнута је веома озбиљним критикама⁴¹. Најзад, приметно је тенденциозно коришћење овог извора у пракси Трибунала. Исти је коришћен у прилог осуде чак и пре његовог ступања на снагу, као што је у овом примеру реч, док се одбија сваки његов значај који иде у прилог оптуженом и то након његовог усвајања⁴².

Коначно, за разлику од Трибунала чији Статут ову конструкцију не помиње, Статут Међународног кривичног суда не само да исту помиње него је и ближе дефинише и то са више услова који штите оптуженог од арбитрерности⁴³, што је још један доказ да се ради о институцији која се може применити у пракси само ако је изричито прописана одговарајућим актом. Повезујући овакву дефиницију и постојећу праксу Трибунала поједини аутори већ изражавају скепсу и да стога „судије морају бити на опрезу да се такав приступ одговорности саучесника не би дегенерисао у облик колективне кривице.“⁴⁴

³⁹ Параграф 222. наведене пресуде.

⁴⁰ Model Draft Statute for the International Criminal Court based on the Preparatory Committee's text to the Diplomatic conference, Rome, June 15 – July 17 1998, Eres 1998, Ch. Bassiouni, Gen. Editor, коментар E. Wise уз тадашњи члан 23.

⁴¹ Види например, K. Ambos у Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Baden-Baden, 1999, O. Triffterer, editor, стр. 483–486.

⁴² На пример, у случају оптуженог Жигића у *Kvočka et al.* где је тражена примена одредби Римског Статута у погледу психичких елемената дела, не само као повољнијих по оптуженог, него и једино постојећих у међународном праву. Види, више Motion for Application of the new Law before ICTY од 14. 8. 2003, предмет Ит-98-30/1-А и одлуку Жалбеног већа по истом.

⁴³ В. члан 25. ст. 3. тач. д) Статута Међународног кривичног суда.

⁴⁴ W. Schabas, An Introduction to the International Criminal Court, Second Edition, Cambridge University Press, 2004, p 104.

Душко Тадић је осуђен по основу учешћа у заједничком злочиначком подухвату у убиству пет особа муслиманске националности која су се догодила 1992. г. у селу Јаскићи. Убиства су наводно учињена од стране групе којој је Тадић припадао, а нема доказа да је Тадић лично предузео радњу извршења или саучесништва⁴⁵. Но, већ првостепеном пресудом⁴⁶ утврђена је његова кривица за бројне злочине у логору Омарска код Приједора које је лично извршио, укључујући и прогоне и друге злочине против човечности и повреде закона и обичаја рата, чему су касније, пресудом Жалбеног већа, додате и Тешке повреде Женевских конвенција из 1949. г. Међутим, ниједног тренутка није тврђено, како у првостепеној, тако и у другостепеној пресуди, да је дела у Омарској учинио у оквиру заједничког циља, односно заједничког злочиначког подухвата и да је тако нешто постојало у Омарској иако се из контекста види да је та дела учинио у садејству са много других лица. Иако су се превасходно бавили догађајима у кампу Омарска и то у случају који је суђен више од 5 година, ни Првостепено, нити Жалбено веће није приметило да у Омарској постоји заједнички злочиначки подухват. Бавећи се баш Омарском и конструисањем заједничког злочиначког подухвата, Жалбено веће не примећује везу између ове две ствари. Стога је чудно да се то утврђује тек 2. 11. 2001. пресудом Првостепеног већа у случају *Kvočka et. al.* (случај „Омарска“)⁴⁷.

Наше је уверење да би се ова конструкција могла савршено применити и на акцију коју је НАТО пакт водио 1999. г. против СР Југославије, а трећи облик ове конструкције би се могао објашњавати појмом „колатералне штете“⁴⁸.

Концепција Заједничког злочиначког подухвата је у каснијој пракси надограђена тврдњом да могу постојати саизвршиоци заједничког злочиначког подухвата, као и помагачи тог подухвата. „Првостепено веће такође сматра да је могуће саизвршилаштво,

⁴⁵ В. Наведену пресуду Жалбеног већа у целини, посебно paragraph 183. Истом је преиначена првостепена, у том делу ослобађајућа одлука.

⁴⁶ Пресуда првостепеног већа од 7. 5. 1997. г.

⁴⁷ Предмет ИТ-98-30/1-Т

⁴⁸ То не значи да се и све остале одредбе Статута Трибунала не би савршено могле применити на исту акцију и без конструкције Заједничког злочиначког подухвата.

као и помагање заједничког злочиначког подухвата⁴⁹. Дакле, постоје облици одговорности заједничког злочиначког подухвата већ као облика одговорности за одређена дела. Тај став трансформише у неким другим предметима Жалбено веће⁵⁰ модификујући и свој став дат у пресуди у случају *Таџић*⁵¹ о разликовању између учешћа у заједничком подухвату и помагања.

„Учешће у заједничком злочиначком подухвату је облик „чињења“ (*commission*) које се помиње у члану 7(1) Статута. Учесник у томе је одговоран као саизвршилац злочина.“⁵²

Како је већ напоменуто, став је Трибунала да се ради о облику одговорности која је имплицитно предвиђена Статутом. Или, како се то Претресно веће у случају *Квоџка et al.* изразило ради се о „облику кривичне одговорности за коју је Жалбено веће нашло да је имплицитно укључена у члан 7(1) Статута.“⁵³ Одбрана оптуженог Жигића је у вези ових навода одговорила да је „имплицитна кривична одговорност нешто врло далеко од достигнућа савременог кривичног права“.⁵⁴ И да тај израз више не бисмо смели користити.⁵⁵ Пре бисмо могли размишљати о томе да поједина дела из Статута Трибунала имплицитно, као свој битни елемент укључују учешће више лица. Тако на пример, дело прогона као злочина против човечности из чл. 5(х) ни теоријски не можемо замислити без учешћа и доприноса мноштва људи. Како би иначе, појединац, ма како да је моћан, могао на масовној, систематској или планској основи извршити прогон, узећемо овде пример суђења за Босну и Херцеговину, свих „Не-Срба“. У том случају се један исти елемент по два основа ставља на терет оптуженом, што је недозвољиво.

⁴⁹ Случај *Квоџка et al.*, првостепена пресуда, параграф 249.

⁵⁰ В. другостепену пресуду у случају *М. Васиљевић* од 25. 2. 2004, параграф 102, па и *Decision on Dragojub Ojdanić's Motion Challenging Jurisdiction – Joint Criminal Enterprise* од 21. 5. 2003

⁵¹ Наведена пресуда, параграф 229.

⁵² Пресуда Жалбеног већа у случају *М. Васиљевић*, пар. 102, што је понављање из раније праксе.

⁵³ Пресуда тог Претресног већа од 2. 11. 2001, параграф 244.

⁵⁴ *Žigic's Reply to consolidated Prosecution Respondent's Brief*, 10. 9. 2002, фуснота 9.

⁵⁵ Иста одбрана, пред Жалбеним већем, завршно излагање по жалби 27. 3. 2004.

Но проблем двоструке осуде за исто дело, чак једну радњу, је захваљујући конструкцији заједничког злочиначког подухвата још већи. Тако на пример, првостепеном пресудом у случају *Kvočka et al.* утврђено је да је оптужени Жигић извршио једно убиство у логору Омарска, а онда је по основу баш тог убиства укључен путем конструкције заједничког злочиначког подухвата у одговорност за сва убиства у Омарској укључујући и оно за које је већ посебно оглашен одговорним⁵⁶.

Изгледа да и само тужилалаштво Трибунала, па и судска већа имају великих проблема са поимањем ове конструкције.

Тако, приметна је тежња да одговорност конструисану преко заједничког злочиначког подухвата квалификују као одговорност због радњи других и то сасвим независно од класичних облика саучесништва и одговорности надређених тј. тзв. командне одговорности. Дакле, то не схватају као индивидуалну одговорност због сопствених радњи или пропуста или због радњи подређених. Не можемо се отети утиску да то води врсти колективне, као и објективне одговорности. Ево једног примера: „У оквиру Омарска кампа, Жељко Меакић, Момчило Грубан и Душко Кнежевић нису само одговорни због радњи и/или пропуста које су сами учинили, него су такође одговорни због радњи и/или пропуста сваког од њих међусобно, као и других учесника о чему су дати детаљи у Прилозима Ц, Д, и Ф оптужнице и параграфима 15, 16, 25, 26, 29, 31, и 33 Оптужнице.“⁵⁷ Овде треба још додати да ни Тужилаштво, нити суд нису званично обавестили оптужене који су то све други учесници⁵⁸ због чијих радњи или пропуста одговарају. Неки од тих „других учесника“ такође одговарају пред Трибуналом, те би било логично да они који због њихових радњи или пропуста одговарају буду упознати са тим другим процесима у целини. Међутим, оно што је оглашено поверљивим код тих „других учесника“, према постојећој пракси Трибунала, недоступно је онима који одговарају и за радње или пропусте истих „других учесника“.

⁵⁶ Наведена пресуда, параграф 691(б).

⁵⁷ Консолидована оптужница од 5. 7. 2002, предмет ИТ-02-65-ПТ.

⁵⁸ Наравно, реч је о учесницима у заједничком злочиначком подухвату што се види из претходног става исте оптужнице.

Још је већи проблем то што Трибунал, иако то Жалбено веће пориче⁵⁹ схвата и конструише Заједнички злочиначки подухват, не као облик одговорности, како то тврди, него као посебно дело. Дело које није предвиђено његовим Статутом, чиме се флагрантно крши принцип *nullum crimen sine iure*⁶⁰. Узгред, тај принцип се крши и схватањем заједничког злочиначког подухвата као облика одговорности на овакав начин⁶¹.

На то је скренута пажња, колико је нама познато, први пут у предмету *Kvočka et al.*⁶². У првостепеној пресуди, у том предмету, на безброј места су дати ставови који оправдавају такав закључак, пре свега став да логор Омарска представља Заједнички злочиначки подухват и да се они који су у истом учествовали осуђују. При том се не каже на које се дело заједнички злочиначки подухват односи. Пошто је то наводно, облик одговорности како Трибунал закључује⁶³, нема никаквог смисла у томе да се на пример, каже да је логор Омарска помагање или подстрекавање, али да се не каже у чему, којем кривичном делу. То има смисла само ако је учешће у логору Омарска посебно дело – које није предвиђено Статутом. Изнад става 319, па и у садржају Пресуде, стоји поднаслов „4. Закључак – логор Омарска – Заједнички злочиначки подухват⁶⁴, али такво схватање провејава кроз целу пресуду. Међу-

⁵⁹ Жалбено веће, случај *Брђанин*, *Decision on Interlocutory appeal*, 19. 3. 2004, параграф 5, слично у Милутиновић *et al.* случају, *Decision on D. Ojđanić Motion*, *supra* фуснота 46, параграф 44.

⁶⁰ Ово је само међународноправни израз принципа *Nullum crimen sine lege*, будући да су извори међународног права другачији.

⁶¹ У случају *E. Hadzihasanović et al*, *Decision on Joint Challenge to Jurisdiction*, 12. 11. 2002, параграф 62 је речено да принцип *nullum crimen sine lege* претпоставља да је оптуженом у време вршења дела морало бити предвидљиво да његов акт може бити кажњив. Чак и овако широко постављање овог принципа не може покрити ситуацију према којој би на пример, неки сељак из Босне 1991. г. морао знати за англосаксонске правне могућности и њихове проширене облике пред Трибуналом па да предвиди да може бити кажњен за дела која нису последица његових радњи или пропуста, а да при том није ни саучесник.

⁶² В. поднесак одбране „*Žigic’s Reply to Consolidated Prosecution Respondent’s Brief*”, 10. 9. 2002, пар. 10.

⁶³ За нас је то ипак пре облик учешћа у делу, тим пре што се у том делу Статута дефинишу само радње, а не и субјективни елементи.

⁶⁴ Случај *Kvočka et al*, првостепена пресуда од 2. 11. 2001.

тим, не може логор Омарска да буде Заједнички злочиначки подухват, то може бити само поједино дело предвиђено Статутом. Из контекста целе пресуде се може, али уз велике напоре закључити⁶⁵, да се ради о делу прогона, али и о убиствима, тортури, нехуманом поступању, па и сексуалном злостављању. То би онда представљало неко ново комплексно дело⁶⁶. Но, да би проблем био још тежи не ради се о збиру дела предвиђених Статутом. Наиме, радња учешћа у заједничком злочиначком подухвату је увек „furtherance“⁶⁷, што значи „унапређивање“ (заједничког злочиначког подухвата), уз ређу употребу неког синонима. Дакле, то није радња извршења дела које је предвиђено Статутом, а није ни радња неког од класичних облика саучесништва, нити радња надређеног. Није у питању само термиолошки проблем. Уверени смо да је тај термин само маска за недостатак каузалне везе између дела наводног извршиоца и последица које су очигледно проузроковане од других лица и фактора. А свака људска радња „унапређује“ хиљаде других појава⁶⁸. У конкретном примеру, оптужени Жигић, који није био никоме надређено лице, је оглашен одговорним и за убиства за које није никад знао и ни у чему није учествовао у радњи извршења. Чак је у време извршења био притворен у другом граду, а у погледу неких других убистава био на лечењу у болници због ране која му је угрожавала живот. Само зато, што је наводно, једним убиством унапредио цео систем рђавог третмана заточеника. При том су му приписана и дела која су се догодила пре његовог првог појављивања у Омарској, као и након његовог појављивања у Омарској. Путем „заједничког зло-

⁶⁵ Можда сувишно, подсећамо да свака пресуда мора бити таква да свакоме одмах буде савршено јасно ко је и за шта осуђен.

⁶⁶ Збир одређених дела понекад чини ново дело. На пример, крађа плус принуда чине разбојништво или разбојничку крађу, већ зависно од времена употребе принуде.

⁶⁷ У истој пресуди, параграфи 267, 272, 278, 284, 289, 312. и др. Пресуда Жалбеног већа у случају *Tagiћ*, параграфи 193, 195, 220, 228, 229 (iii) и друге пресуде и акти судских већа и Тужилаштва Трибунала.

⁶⁸ Ако одемо у продавницу да купимо нешто за храну, тиме ћемо „унапредити“ радњу, трговину у граду, па и држави, помоћи ћемо продавца и његову породицу као и произвођаче, увећаћемо пореске доприносе чиме се много чега финансира, „унапредићемо“ своје здравље, а можда и дебљину и тако унедоглед. И све нам то мора бити познато, што преведено на праксу Трибунала значи да је врло лако доказати психичке елементе „дела“.

чиначког подухвата“ осуђен је и за сексуално злостављање жена у Омарској иако тада није знао чак ни то да у логору Омарска уопште има жена. „Оваква осуда може више штетити Трибуналу, него Жигићу, ако се то уопште може поредити, оваква осуда без кривице биће синоним неправде за будуће генерације правника у целом свету.“⁶⁹

Дакле, оно што је један од највећих проблема конструкције Заједнички злочиначки подухват је очигледно одсуство било какве релевантне каузалне везе између понашања оптуженог и учињених дела. Боље речено, та „каузална веза“ иде до непојмљивих размера, тако да „оптужен – значи осуђен“, те да се цело суђење састоји заправо у одабиру тужиоца кога ће оптужити а кога неће. При таквој конструкцији, све зависи искључиво од воље једног човека, независно од тога да ли је он под нечијим утицајем или не.

Ипак, мора се рећи да није баш увек све тако. Битан изузетак је учињен у случају *Сџакић*, иако је оптужени осуђен на максималну казну. У том предмету није прихваћена концепција заједничког злочиначког подухвата како је формулисана оптужницом, мада се иста у основи не оспорава. „Првостепено веће наглашава да је Заједнички злочиначки подухват само једна од неколико могућих интерпретација израза „commission“ (чињење) из члана 7(1) Статута и да се друге дефиниције саизвршилаштва једнако могу узети у обзир. Шта више, треба дати приоритет појму „commission“ у његовом традиционалном смислу, пре него што се разматра постојање одговорности под појмом „заједнички злочиначки подухват“.⁷⁰ У том случају, очигледно под утицајем немачке школе права и председавајућег судије Шомбурга из Немачке, примењен је концепт класичног извршилаштва и теорије власти над делом⁷¹. У сваком случају, судска већа Трибунала су умеренија у односу на заиста екстремна гледишта и полазне основе Тужилаштва.

И други случајеви пред Трибуналом упућују на закључак да ни у самом Трибуналу ствари нису јасне и да се ради о конструк-

⁶⁹ Из завршног излагања одбране оптуженог Жигића пред Жалбеним већем Трибунала 24. 3. 2004.

⁷⁰ Случај *Сџакић*, Пресуда првостепеног већа од 31. 7. 2003, параграф 438.

⁷¹ *Ibid* параграфи 40, 441. Приметан је утицај професора Claus Roxina и његовог дела *Taterschaft und Tatherrschaft*.

цији која нема подлогу у његовом Статуту. На пример, „Војислав Шешељ је учествовао у заједничком злочиначком подухвату. Циљ овог заједничког злочиначког подухвата је био перманентно присилно уклањање (свих Не-Срба из одређених делова Хрватске, БиХ и Војводине – објашњење аутора овог рада) кроз чињење злочина у повреди чланова 3. и 5. Статута Трибунала...“.⁷² Међутим, свакако би морало бити обрнуто. Шешељ је, ваљда наводно, чинио злочине прописане Статутом путем „заједничког злочиначког подухвата“ пошто је то наводно, облик одговорности за злочине прописане Статутом, а не да је чинио „заједнички злочиначки подухват“ путем тих дела. И овакава формулација упућује на закључак да Трибунал ову конструкцију употребљава као посебно дело, које није предвиђено Статутом, а не као један од облика одговорности за дела прописана Статутом Трибунала.

Који су домаћаји ове конструкције истаћи ћемо у неким примерима надовезујући се и на напред наведено и нарочито, на трећу категорију Заједничког злочиначког подухвата.

Тако, ако је на пример, припадник српских снага извршио убиство једног Муслимана у Вишеграду 1995. године, могуће је да буде оглашен одговорним и за сва убиства Муслимана која су други учинили 1992. г. у Приједору, чак и ако тамо никад није био, а никоме није ни надређен. Исто тако, ако на пример, српски војник да би спасао Муслимана, скочи испред цеви другог српског војника који пуца, након чега први српски војник иако тешко рањен преживи, а Муслиман премине, тај српски војник – жртва ће једнако бити одговоран за убиство Муслимана као и онај који је пуцао и на њега и на Муслимана! Имаће само неке олакшавајуће околности, зависно од дискреције судског већа.

Ево како на пример, Тужилаштво приступа ситуацији у Босни и Херцеговини оптужујући при том, обичне војнике и резервне полицајце. „Циљ заједничког злочиначког подухвата је био перманентно уклањање, силом или другим средствима, не-српских становника са територија планиране Српске државе. То је био план широких размера, који је захтевао много учесника и институција ради успешног испуњења. Сваки учесник и институција, од најнижих до највиших овлашћења, је допринела његовом успеху.

⁷² Оптужница против В. Шешеља потписана 15. 1. 2003. од стране Главног тужиоца *Karle del Ponte*, тачка 6.

Успех плана је зависио од ангажовања српских политичких, правосудних, војних и сигурносних снага на свим нивоима.⁷³

„Теорије“ о Великој Србији и рат Срба против других наводно само зато што нису Срби⁷⁴ заправо омогућавају суђење целом српском народу. Но, то би ипак био „превелики залагај“ чак и за Тужилаштво Трибунала у Хагу, те се оваквом приступу само у мањој мери прибегава. Наиме, веома су бројни искази водећих политичара у свету, признатих правних експерата, као и других ауторитета, да је циљ суђења у Хагу осуда појединаца како би се скинула колективна кривица са читавих народа. На срећу, концепција „Заједнички злочиначки подухват“ има у томе велику сметњу.

Закључна разматрања

Могуће је поставити питање да ли је „Заједнички злочиначки подухват“ принципијелно неприхватљив у пракси Трибунала, или се ради само о неприхватљивости прешироког концептуирања ове конструкције. Мислимо да се ова конструкција може прихватити али само као „техничко средство“ у доказивању саучесништва у ширем смислу, те ако ту дође и до погешног исказивања правних схватања и бркања ових концепција, као што је речено бар неправде нема.

Наведеним концептом Трибунал немајући за то основ у Међународном праву, па ни у свом Статуту шири своју надлежност на штету оптужених лица. Овде се не ради се о надлежности *ratione personae*, како се то заступа у пракси Трибунала, него о надлежности *ratione materiae* будући да се концептом заједничког злочиначког подухвата проширује круг радњи и пропуста ван онога што чини елементе неког од злочина предвиђених Статутом. Свакако то је у супротности са основним принципима права⁷⁵.

⁷³ Случај *Gruban et al, Prosecution's Pre-trial Brief pursuant to Rule 65 ter(E)(i)*, 7. 2. 2003, параграф 14.

⁷⁴ Ова несхватљива поставка је још увек преовладавајућа у пракси Трибунала, иако је свакоме на просторима бивше Југославије савршено јасно да рата не би било да су се Хрвати и Муслимани определили за опстанак заједничке државе и да је то политичко питање узрок рата.

⁷⁵ Види нарочито чланове 14. и 15 Међународног пакта о грађанским и политичким правима од 1966. г.

Даље, ради се о једној веома магловитој и често противуречној конструкцији у доброј мери непојмљивој чак и судијама као и Тужилаштву Трибунала. Како би онда оптужени још например, 1991. г. могао бити свестан тога да кроз одређене недозвољене, или чак и дозвољене, радње чини друга дела за која ће се касније утврдити да и он може бити одговоран.

Заједнички злочиначки подухват омогућава осуду без кривичне, а имплицитно и осуду читавих народа.

Својим елементима који су крајње неодређени, правно недефинисани и узрочно неповезани, поред селективне примене, омогућује и било какво, па и сасвим произвољно, тумачење. Могућности тумачења, нарочито заједничких циљева, подухвата, група и др. су заиста неограничене⁷⁶. У таквим условима заиста је лако могуће исконструисати тврдњу да су се Срби борили против Хр-

⁷⁶ У предмету *Kvočka et al.* одбрана оптуженог Жигића је дала мноштво примера који указују на заиста бесмислене могућности које се пружају у примени ове конструкције. Тако например, на претресу пред Првостепеним већем поводом „теорије заједничког циља“ је истакла да постоји заједнички циљ свих судија, тужиоца и адвоката у судници да узму новац од Уједињених Нација, што је тачно и веома битно јер тиме обезбеђују егзистенцију и издржавају своје породице. Истом приликом рекла је да је заједнички циљ Тужилаштва и одбране на том суђењу „истина и правда“, али да у постизању тог истог циља одбрана нема ништа заједничко са Тужилаштвом по питању теорије „заједничког циља“. Другом приликом, пред Жалбеним већем Трибунала дати су примери о „унапређивању“ (furtherance) као радњи учешћа у „заједничком подухвату“. Бранилац је истакао да после суђења иде у ресторан на ручак, али да након дискусије о унапређивању заједничког подухвата, више не зна да ли тамо иде зато што је гладан или да би унапредио рад ресторана. Обзиром да доста једе допринос није незнатан и у сваком случају сразмерно може бити већи него допринос његовог клијента предметном Заједничком злочиначком подухвату. Но, пошто у томе нема ничег „злочиначког“ већ само служи као пример многозначности сваког људског понашања, послужио се другим примером. Пошто нема довољно новца, после суђења ће, заједно са неким локалним криминалцима, отићи да обије неку од банака у Хагу. Свестан је да ће тиме можда подстаћи и још неке да учине такво или друго кривично дело и да ће тиме свакако „унапредити“ криминалитет у граду Хагу. Но, неверује да ће иком пасти напамет да га, уколико га открију, осуди за целокупан криминалитет у том граду, чак и за онај који се догоди док је он у Београду. Овај последњи пример је био јасна и сасвим адекватна алузија на осуду његовог клијента по систему „заједнички злочиначки подухват“

вата и Муслимана само зато што су ови Хрвати, односно Муслимани, као и скоро било коју другу тврдњу.

Стога, ова конструкција заслужује да добије посебно име. Наш је став да је најадекватнији термин „Одговорност без граница“.

На крају, ова разматрања треба да буду потпуно независна од политичких одлука о сарадњи држава са Трибуналом у Хагу. Могуће су, и нажалост веома реалне, много критичније оцене рада националног правосуђа, али то никако не може значити да рад тог правосуђа треба онемогућавати, настрану аргумент да ли је то у нашој моћи. Треба га унапређивати, што подразумева и оштре критике, а позитивна искуства користити. С друге стране, потпуно некритички приступ раду Трибунала има друге, исто тако тешке негативне ефекте као и у случају одбијања сарадње са истим.

Слободан Стојановић

*JOINT CRIMINAL ENTERPRISE AS VIOLATION
OF THE RIGHTS OF THE ACCUSED
IN THE PROCEDURE BEFORE ICTY*

SUMMARY

Notion of Joint Criminal Enterprise is now firmly established in practice of International Criminal Tribunal in the Hague. However, although Tribunal has been existing from 1993, this practice started as late as from the midst of 1999 regardless of absence of any changes in International Criminal Law.

Promulgated by the Appeals Chamber Judgement in Tadic case on 15. 7. 1999 this doctrine through three forms defined the specific mode of liability of plurality of persons in some of the crime covered by the provisions of the Tribunal's Statute.

The article is very critical to such practice of Tribunal's chambers and Prosecution. Critique started with terminological issues and various inappropriate names of the doctrine given by the same Chamber even. Former theory of "common purpose" today is exclusively "Joint Criminal

Enterprise". But, there are a lot of more essential objections to validity of such theory. Being such mode of liability not expressly mentioned in the Statute, practice of the Tribunal invented usage of "implicit" criminal liability what is quite unacceptable in contemporary criminal law and human rights law. Furthermore, theory has been used selectively; the notion is quite vague and unclear with infinite possibility for unlimited interpretations and abuses. Sometimes, as it could be seen from the acts of the Prosecution, liability of whole Serbian people is at stake, what is incongruous with the aims of the Tribunal and individual criminal responsibility. It seems that the Prosecution and some Chambers often are not clear with the notion of Joint Criminal Enterprise, how then, the Defence and the accused could be expected to understand the indictment and the conviction. The third, so called "extended" form of such liability, sometimes in the practice, is the kind of strict liability, i.e. conviction without guilt. Finally, as comprehended in Tribunal's practice this mode of liability, we think it is more precisely to say that is the mode of participation in the crime, it is not what is called, it is the specific crime. The crime not envisaged in Tribunal's Statute. As the conclusion, the doctrine is labeled as "liability without limitations".

At the end the article is calling not to obstruct but to improve Tribunal's work. As the argument, there are very often more deficiencies in the work of domestic courts but that does not mean that it calls for dismantling of the court.

ПРИКАЗИ

Милинко Р. Трифковић

адвокат из Београда

ПРИКАЗ ЗБОРНИКА РАДОВА КОРУПЦИЈА У ПРАВОСУЂУ

Књига *Корупција у правосуђу*, издање Центра за либерално-демократске студије из Београда, објављен је средином 2004. године као зборник радова истраживача Центра у редакцији Бориса Беговића, Бошка Мијатовића и Драгора Хибера.

Истраживање које је претходило књизи и сама књига су били материјал за конференцију „Корупција у правосуђу“ која је одржана 18. септембра 2004. у Сава Центру.

Многа сазнања у историји људске спознаје су се догађала пре свога времена, па су носиоци тих нових сазнања, будући да су се појављивали пре времена, често доживљавали трагичну судбину.

Књига коју желимо да прикажемо се такође, на неки начин, појавила пре свога времена и то у смислу да ће оно што описује као стање данас, постати стварност за неких 20–30 година. Наравно да ово није комплимент и да на самом почетку приказа желимо дати основну негативну оцену о истраживању и о књизи.

Искључена је могућност погрешнога читања и књиге и резултата читања, просто зато што је први назначени редактор, проф. Борис Беговић у својој речи на поменутој конференцији сумирао да је истраживање показало да корупције у правосуђу има мање него што се очекивало и што се мислило. Овакав исказ редактора намеће питање са чиме је садашњи ниво коруптивности у право-

суђу упоређен? Под претпоставком да резултати истраживања показују стварно стање, поставља се питање којим и каквим методама је утврђено раније стање. Следеће питање је шта се од истраживања очекивало, односно, каква је била полазна премиса истраживања која би дала основа за било какво очекивање. Аутор овог приказа признаје да није стручњак, било какво очекивање од истраживача не би могло погодовати самом истраживању јер постоји оправдана бојазан да ће истраживач пронаћи и видети управо оно што очекује.

Није спорно да се једна политичка и социолошка појава, као што је корупција, може истраживати путем анкете као истраживачког метода. Али, указујемо на чињеницу да је књига заснована искључиво на овоме методу. Пажљивијим читањем књиге нисмо успели да утврдимо да ли је примењен и неки други социолошки или политиколошки метод. Примена само једнога метода, ма колико он био поуздан и исцрпан апсолутно не може довести до сагледавања одређене појаве.

Како се види из садржаја књиге, анкетирани су две друштвене групе, и то предузетници који су се изјашњавали о својим сазнањима о корупцији у правосуђу, као и друга група – правосудни званичници који су се изјашњавали о истом проблему.

Сматрамо да резултати одговарају овако скромно изабраним испитним групама. У најмању руку, резултати истраживања су сумњиви због избора ове две групе, а посебно је дубиозно да се о корупцији у правосуђу анкетају сами званичници правосуђа. Дакле, ако је истраживање имало за циљ да утврди корупцију у правосуђу потпуно је непримерено испитивати званичнике правосуђа јер се тешко може претпоставити да ће и онај који је, евентуално, корумпиран то у анкети навести. Тим пре што је узорак сувише мали да би се обезбедила анонимност изјава анкетираних. С друге стране, највећи број судијских званичника доиста није корумпиран и не може нешто друго изјавити осим да корупције у правосуђу нема.

Стога предлажемо да неко будуће истраживање предвиди и још неколико формалних или неформалних друштвених група. На пример, било би занимљиво анкетом обухватити странке које чекају испред суднице, осуђенике у казнено-поправним домовима, направити потпуно случајни узорак и слично. Методе анкетања су веома добро разрађене и редакторима и истраживачима су

сигурно добро познате и на нама – просечним читаоцима – је да приметимо и оволико. Ови и овакви пропусти у анкетирању још би могли да се разумеју и све би остало прилично бенигно да се аутори књиге не упуштају у тумачење оваквих резултата.

Иако није најважнији део књиге, указујемо на одредницу на страни 67 под насловом „Усмеравање предмета“. Слажемо се да усмеравање предмета ка одговарајућем судији може представљати један од основних механизма који утичу на могућност корупције. Такође сматрамо да је начело „случајног судије“ могућа препрека за корупцију. Међутим, ово све нам личи на пуку козметику која нас само удаљава од правих узрока и правог механизма корупције. Пре свега, моја могућност као грађанина да избегнем одређеног судију постоји у самом ЗПП-у и грађани могу, ако желе, да је користе. По моме искуству, грађани то и користе, али не да би корумпирани одређеног судију, већ да би избегли да им одређени судија, препознат као нестручан, не суди одређени предмет. Према ЗПП-у, тужилац може повући тужбу без пристанка туженога, све док се тужба не уручи туженоме. Како у пракси знамо да се то дешава у периоду од просечно месец дана, ето нам простора да видимо ко суди одређени предмет, да тужбу безболно повучемо и поднесемо нову код новог судије. На страни 68 у прилог закључка да је усмеравање предмета један од механизма корупције наводи се да готово $\frac{3}{4}$ свих испитаника верује да увођење овог правила може бити ефикасна брана корупцији.

Како смо објаснили, то једноставно није могуће и верујемо да би на конципирања ЗПП-а свих 71% испитаника прихватили да промене мишљење.

Принцип случајног судије није уведен као брана корупцији, него из других разлога у које не морамо сада да улазимо. Један од разлога је равномерно оптерећивање судија. Како су читаоци овога приказа поглавито адвокати, то молим читаоца да на овоме месту застане и да се упита: колико би предмета судиле поједине судије када би странке и адвокати могли да бирају судију? Ако смо искрени закључићемо да ће неке судије бити претрпане, а неке судије уопште не би имале поверене предмете.

Из свега закључујемо да се истраживање непотребно бавило оваквом проблематиком.

Да критика не би била само негативна морамо похвалити одредницу на стр. 69, „Ангажовање судских вештака“. Међутим, за тако нешто није ни требало вршити анкету, него је довољно проучити ЗПП и сагледати судску праксу. Вештаци су доиста погодни да постану кључна карика у ланцу корупције и то не зато што би заједно или појединачно били корумпирани, него зато што их је ЗПП потпуно неадекватно сврстао у неку врсту помоћника суда. Лоше уређен процесни положај вештака је узрок њихове могуће корупције а не, поновимо, њихова колективна или појединачна корумпираност.

Када се наш ЗПП досети да вештака стави тамо где му је место, а то је да га третира као чињеничну тврдњу странке, до тада ће вештаци бити прозивани на овакав неугодан начин.

Оваквих примера је пуна књига и у најмању руку би се морала написати нова књига да се сви они објасне. Међутим, морамо признати да нас је посебно иритирао део где се на страни 149 говори о судским извршитељима као служби у судовима која заслужује пажњу када је реч о корупцији. Није него! Сматрамо циничним да се у држави у којој је корупција постала начин живота апострофира служба судских извршитеља као извор корупције. Или аутори књиге не знају ништа о извршењу и извршитељима, или намерно замагљују ствари. Нижу се шећерне и друге афере, новац од екстрапрофита се враћа и узима назад, и након свега се обележавају судски извршитељи као фактор корупције. То једноставно није примерено. Не бранимо судске извршитеље ни појединачно ни колективно, али тврдимо да је њихова улога у правосуђу таква да њихова чак и евентуална корумпираност може максимално да се одрази на једно до два одлагања извршења – ако и са овим нисмо претерали.

Бројни облици корупције нису чак ни споменути, тачно је да је корупција наша стварност и наша традиција. Зато анкета и није обухватила свастике, кумове и комшије у чије име се веома често посеже за корупцијом. Али то можемо и да разумемо као део фолклора у који се не дира. Међутим, политичка корупција није ни назначена. Прецизније мислимо на корупцију правосуђа коју проводе политичке структуре и сами поједини политичари.

Примера има безброј, али ми ћемо се позвати само на господина Зорана Стојковића, актуелног министра правде Србије. У

дневном листу „Куир“ од 14. октобра 2004. министар објашњава како ни он пре две године као грађанин није могао да добије заштиту суда поводом тужбе за клевету коју је поднео против једне политичке партије. Ко не верује, нека прочита „Куир“ од од 14. октобра 2004. Пошто демантија министра није било, очигледно је да су наведене новине речи министра верно пренеле. Толико о политици као генератору корупције у правосуђу.

На крају, морамо да кажемо да наведено истраживање и приказана књига имају несумњиву заслугу да су били повод конференције у правосуђу која је одржана 18. септембра 2004.

Градимиr Московљевић

адвокат из Крушевца, члан уређивачког одбора „Бранича“

**КЊИГА ОЛИВЕРА Б. ИЊЦА,
ВЕЛИКЕ АДВОКАТСКЕ ОДБРАНЕ**
Београд 2004, Службени лист СЦГ

Ових дана пажњу судско-адвокатских и ширих правничких, па и књижевних кругова привукао је рад нашег колеге по образовању (а надамо се ускоро и по занату) Оливера Ињаца под називом *Велике адвокатске одбране 1*.

Том књигом, која ових дана излази из штампе у издању „Службеног листа СЦГ“ колега Ињац (иначе један од победника на такмичењима у беседништву на Правном факултету у Београду средином 90-их година прошлог века и с тим у вези, носилац награде Адвокатске коморе Србије 1994. год. упознаје нас, на преко 500 страница са 32 одбране наших адвоката обухватајући период од друге половине XVIII века до данашњих дана.

Истичући да су од изабраних одбрана неке велике у непосредном смислу – због директног утицаја на пресуђење конкретног предмета, а неке посредно – јер су индикатор времена у којем су настале Ињац књигу започиње са *In memoriam* Јовану Мушкатиновићу, нашем првом професионалном адвокату, са канцеларијом отвореном 1773. год. у Пешти и са Одбраном Светозара Милетића јануара 1878. у Пешти, када је у улози његовог браниоца заблестао др Михаило Полит-Десанчић.

Даље се хронолошки ређају са својим пледоајеима др Хинко Хинковић (одбрана српских родољуба 1909), др Светозар Ивковић (трговина белим робљем у Загребу 1925), Драгутин Тасић (1930. пред Државним судом за заштиту државе у Београду), Димитрије Љотић (самоодбрана 1938.)...

Период после Другог светског рата започиње наступима др Драгића Јоксимовића и Николе Ђоновића на суђењу Дражи Михаиловићу, Вељка Ковачевића на суђењу Миловану Ђиласу 1954. (због интервјуа „Њујорк Тајмсу“ и лондонском „Тајмсу“), др Михајла Аћимовића (судар возова 1956), Слободана Суботића (двоструко убиство 1957. код Шапца), Филоте Филе (убиство дечака Витомира 1959), Миладина Јовановића (1961), Велимира Цветића (саобраћајна несрећа глумца Павла Вуисића 1961), Љиљане Милошевић, Борислава Игњатовића, Радослава Недића (у париском суду), Милана Вујина, Витомира Кнежевића (суђење проф. Михајлу Ђурићу поводом уставних амандмана 1971), Вељка Губерине, Јована Баровића, Бранислава Тапушковића (случај стихова Гојка Ђога из збирке „Вунена времена“) ...

На овај импресиван низ надовезују се говори, односно поднесци Мирољуба Павловића („тровачица“ 1983), др Светислава Мариновића, др Александра Маркићевића (случај Јове Опачића), Градимира Ј. Московљевића („Ко је бацио бомбу?“ – из књиге питавала „Вечита одбрана“), Бранка Станића (наша афера „Драјфус“ – случај генерала Владе Трифуновића), Илије Радуловића, др Слободана Бељанског („Да ли је карикатура кривично дело?“), адвоката у Паризу мр Браниславе Исаиловић, Страхине Кастратовића (суђење др Зорану Ђинђићу 1996), Ненада Целебцића и мр Слободана Гавриловића (спаљени дневници Милана Младеновића).

Књига је илустрована бројним аутентичним фотографијама из породичних архива, новинским чланцима и историјским документима од којих ће многи бити по први пут објављени (нпр. молба за полагање адвокатског испита кандидата Димитрија В. Љотића од 19. 9. 1921, фотографија др Драгића Јоксимовића са краљем Александром И Карађорђевићем, фотографија и натпис на споменику Велимиру Цветићу, адвокатска заклетва Михајла Аћимовића, фотографије Браниславе Исаиловић у адвокатској тоги у Паризу као и Вељка Ковачевића и Милована Ђиласа на Авали итд.).

Летимичан поглед на листу библиографских јединица које чине основ овог издања указује на њихов завидан број (83 наслова) и на чињеницу да је аутор обрадио практично целокупну литературу на тему питавала и извора судске реторике код нас, а и шире. Али, у свом дуготрајном трагању колега Ињац је отишао и корак даље и снагом своје имагинације установио „Једначине судског беседништва“ (!), елаборирајући своја схватања и утиске у виспреној „Завршној речи“ на крају књиге.

Из свега изнетог, поздрављам овај напор Оливера Ињаца и сматрам да ову књигу треба препоручити свима који се свакодневно сусрећу са феноменологијом права и правде (адвокати, судије, тужиоци, правобраниоци) као и широком кругу знатижељника ове специфичне, уникатне адвокатске историје која се концепцијски надовезује на књиге „Историја југословенске адвокатуре I, II и III“ које је издала наша Комора.

И више од тога, можда би требало размислити и о додељивању ове вредне књиге свим новоуписаним адвокатима приликом полагања адвокатске заклетве, јер је она доказ да за установљење високих начела владавине права не морамо безизговорно тражити узор на европским просторима. Ми смо их и сами имали у нашој даљој и ближој прошлости, а то се види из ове књиге.

Дражана Ђорић

асистент, Правни факултет, Нови Сад

ПОТРАГА И РАЗУМЕВАЊЕ У ТЕОРИЈИ ПРАВА

(Brian Bix: *Jurisprudence: Theory and Context*, Third Edition, Thomson, Sweet and Maxwell, 2003)

Јуриспруденција, на изврстан начин одређује место и место сваког члана друштва. Наизглед једноставна формула, коју лаици исказују путем максиме „ако се поштују закони, нећеш бити кажњен“, садржи много дубљи смисао. Потрага за смислом захтева сталну интелектуалну надоградњу, посебно у случају посленика правне теорије, којима је едукација у овој области интересантна и потребна сама по себи. Управо је таква потрага за смислом и суштином предмет књиге – збирке есеја – проф. Брајана Бикса.

Брајан Бикс је професор права и филозофије на Универзитету у Минесоти, а предавања из области Јуриспруденције и Разумевања права је држао на универзитетима широм САД, као и на King's College у Лондону. Бави се такође проучавањем брачног и породичног права. Члан је бројних удружења, између осталих и American Law Institute. У својим другим делима (нпр. *Natural Law Theory: The Modern Tradition, Law as an Autonomous Discipline, Conceptual Jurisprudence and Socio-Legal Studies*) бавио се управо концептуалним приступом савременој теорији права, са намером да разреши све постојеће недоумице и нејасноће.

На један специфичан начин, аутор овде обавештава читаоце шта могу наћи у другим књигама из области јуриспруденције. И не само да обавештава, већ улази у својеврстан теоријски меритум, објашњавајући основне поставке неких, сложених теорија, посебно у области филозофије права. Дакле, *Jurisprudence...* није конципирана као замена за дела о којима говори, већ више као увод, као извесно предзнање које сваки почетник у овој области мора поседовати да би могао да се бави даљим проучавањем.

Наиме, аутор стоји на становишту да учествовање у дискусијама поводом неких правних питања развија код човека способност аналитичког размишљања и подстиче креативну црту сваког од нас. Чак и бављење филозофијом, у најширем смислу, развија способности ума, посебно да размишља оштро и логично, увек спремно да нађе слабости у аргументима других мислилаца, али и да истовремено то чини и у односу на себе. Такође, бављење правом, а нарочито правном филозофијом развија и друге људске способности, као што су оцењивање ситуација у којима се налазимо, одбрана у сваком смислу. Критицизам је исто веома битна компонента у оквиру бављења правом, па се тежи наведеним да се постигне управо споменути критицизам, креативност. Стога, у даљим напоменама аутор сугерише едукацију читалаца, упознавањем са оригиналним делима (*further reading*). Битно је да извештајан степен разумевања већ постоји, те да се свака друга садржина може лакше прихватити.

Као један од главних проблема, који се јавља приликом бављења теоријом права, јавља се (не)разумевање садржине извесних праваца у теорији права. Потпуно разумевање истих довело би до симплификације таквог степена, да би сама теорија права изгубила своју суштину и циљ, те би постала једна у низу препричаних прича.

Књига садржи следећа поглавља:

1. Правна теорија – проблеми и могућности уопште
2. Индивидуалне теорије о природи права – Х. Л. А. Харт и правни позитивизам; Келзенова чиста теорија права; Природно-правна теорија и Џон Финис, Разумевање Лона Фулера; Интерпретативни приступ Роналда Дворкина
3. Правни принципи: Правда и кажњавање; Људска права; Воља и разлог (Правни основ); власт, коначност; прецедент; правна важност моралности; обавеза поштовања права

4. Модерне правне теорије: амерички правни реализам, економска анализа права, модерна критичка мисао (*critical legal studies*, феминистичка теорија, *critical rase*), право и књижевност, прагматизам, постмодерна.

Свакој области је приступљено на другачији начин, са намером да се суштина још више приближи и просечном читаоцу, да заинтригира и да инспирише за даље проучавање наведених области. Значајно је истаћи да су све области биране по критеријуму савремености и тренутној актуелности, а не толико по свом значају унутар цивилизацијског научног развоја.

ИДЕОЛОШКИ ТЕМЕЉИ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

(J. H. N. Weiler: *The constitution of Europe – „Do the new clothes have an emperor“ and other essays on european integration*, Cambridge University Press, 2002)

Књига је заправо збирка есеја, насталих у последњој деценији XX века, са намером, како сам аутор признаје, да провоцира присталице интеграције у Европску Унију и њене супарнике. Опште место у свим овим есејима јесте њихова политичко-правна позадина, на којој, критичким тоновима, Weisler оцртава једно од могућих лица конгломерата названог Европска Унија. Том приликом разматрао је многа питања, битна за настанак и опстанак Уније.

Већ на почетку аутор жели да разјасни, који смисао за њега има појам „*constitution*“. Почетно значење је стварање, и сходно томе, када је држава у питању – устав, као основни, највиши акт којим се *de iure* оснива држава, тј. државно уређење. Помало иронијна је тврдња да *constitution* јесте систем основних принципа, који се односе на неки народ, неку државу, или неку другу творевину налик томе, која је подобна да буде објекат за спровођење нечије власти. Иронија је у овом „нешто налик на државу“, јер не треба заборавити чињеницу да ЕУ није држава (барем не у теоријско-правном смислу), нити да има јединствен *nation* (будући да су сви грађани задржали своје матично држављанство, државе из које потичу, али су добили, као супранационално, и држављанство ЕУ). И када је заправо почела та политичка интеграција?

Оног дана, како Weisler тврди, 1992. године, када је прокламована идеолошка једнакост заједнице саме. Према овој карактеристици се и данас, више него икада раније, можемо односити са великим степеном обазривости, јер су чланице ЕУ, са најдужим стажом, управо најмоћније европске државе.

Карактеристично ја да први есеји носе у себи ноту нераздевања и неприхватања правног и државног дуализма који се успоставља између Европске Уније и њених чланица. Из тог и таквог дуализма може само уследити даљи сукоб и нераздевање. Међутим, есеји настали после 1997. године, упућују на помирење са овим супранационалним слојем Европе, који полако добија, конституисањем нових, виших по хијерархији, институција, другачији облик. Услед убрзаног глобализма, који има локални – европски карактер, интеграција у ЕУ добија на значају, првенствено у економском смислу. Тржиште, конципирано као заједничко за све чланице, са истим статусом и привилегијама, отвара до тада неслућене могућности, отвара се један нови, и шири поглед на свет.

Као посебно значајно питање, аутор је расправљао о стандардима заштите људских права. Наиме, и сам Европски суд правде је у оквиру решавања сопственог *kompetenz-kompetenz* проблема, разматрао које друштвене вредности требају да буду постављене као вредности ЕУ, да би могле уживати припадајућу им заштиту, као и путем којих механизма треба вршити заштиту и кажњавати повреду истих. Као први механизам наметнуо се тзв. немачки (максималистички) модел, који претпоставља веома широку скалу друштвених вредности и веома ригорозне казне и за незнатну повреду тих права и слобода. Сматрало се да је један такав систем довољно јак и поуздан да може да задовољи и помири друштвене различитости унутар ЕУ. С друге стране, правна страна овог решења је била дискутабилна, јер је постојала оправдана бојазан да други правни системи (посебно француски и британски, тј. англо-саксонски), неће моћи да прихвате овај доминантан германски утицај на овом пољу. Такав приступ је одбачен, те усвојен много повољнији у односу и на остале државе чланице.

Међутим, прича о ЕУ конституционализму се овде не завршава. Напротив, отвара се ново поглавље које, у складу са тенденцијама XXI века, тежи реформисању истог.

Као значајан сегмент дела треба споменути и напомене – *further reading*, где аутор препоручује, посебно онима које су довољно испровоцирани садржином неког есеја, списак књига или других публикација који се шире баве датом темом. Неретко, је аутор био толико одважан да предложи решење извесног проблема (нпр., стварне примене демократије, којој недостаје већи степен транспарентности; подстицање народа ЕУ да имају веће поверење у институције система Уније, а не да исте прихватају као церемонијалне; подизање свести о ЕУ држављанству на виши ниво, итд.)

Дело *The constitution of Europe...* поставља потпуно другачије оквире разумевању ЕУ, њене идеолошке, политичке и правне суштине. Зато, проучавање ЕУ управо треба започети са овом књигом.

IN MEMORIAM

ВОЈИН ЛАЗИЋ (1932–2004)

Крајем јула 2004. године умро је Војин Лазић, адвокат у пензији из Шапца. Војин Лазић је рођен 1932. године у селу Крнуле у средње имућној сеоској породици. Гимназију је завршио у Шапцу, Правни факултет у Београду, а цео свој радни век провео је у Шапцу. После краћег времена проведеног у Правној служби ПТТ у Шапцу, Војин је прешао у адвокатуру коју је обављао у Шапцу и у којој је остао све до пензионисања. Војин Лазић је припадао оној генерацији адвоката која је адвокатуру обављала од 60-их година па до краја прошлог века. Био је то дуг, али и тежак период препун великих друштвених потреса и ломова. Поготову последња деценија прошлог века. Такви периоди су пред све грађане, а пред адвокатуру и њене припаднике посебно, постављали високе захтеве у погледу личне моралности и професионалне одговорности.

Војин Лазић је, у свом професионалном раду, одговорио овим захтевима. И више од тога – он је био парадигма часног адвоката. Он једноставно другачије није ни могао јер је поштен, частан и савестан рад био у складу са његовом природом. Њему Кодекс професионалне етике адвоката није ни био потребан, имао је свој кодекс који је наследио у породици и који је носио до краја живота. Тај кодекс је био у његовим коренима, а такви кодекси се не крше, по њима се поступа спонтано и неприметно као да је то нешто најједноставније и најприродније. Поред усађеног поштења Војин Лазић је имао и још једну особину која га препоручује за доброг адвоката – велика љубав према адвокатури. Волео је адвокатуру из дна душе и осећао се у њој као „риба у води“. Само га је болест могла одвојити од активног рада у адвокатури, а смрт од

осећања њеној припадности. Радећи професионално у адвокатури није радио само за себе већ и за адвокатуру.

Материјална страна његовог професионалног рада била му је другоразредног значаја. Хонорари су му били скромни, а правне услуге често бесплатне. Због материјалног богатства није ни дошао у адвокатуру, нити га је у адвокатури стекао. Велики део свог времена посветио и раду за адвокатуру и у корист адвокатуре. Посебно је био ангажован око оснивања прве Адвокатске коморе у Шапцу радећи, касније, у њеним органима.

Онако како је Војин Лазић обављао адвокатуру, са етичког аспекта, може бити узор младим адвокатима. Истина, био је више присталица класичног рада у адвокатури, а мање спреман за адаптирање на савремене токове и на нову технологију у професионалном раду.

Војин Лазић, можда, није постао довољно познат адвокат, али је био и остао, у сећањима свих који су га знали, изнад свега, частан адвокат. Нема сумње да је ово друго знатно теже, али и знатно вредније од првог. Иако није био посебно ангажован у политичком животу, није био ни индиферентан на политичка и друштвена збивања. Пошто је разумео улогу интелектуалца у друштву, пратио је сва друштвена збивања и према њима заузимао одређену критичку дистанцу. Знао је да препозна праве друштвене вредности и да их разликује од њених сурогата. Било је задовољство разговарати са Војином о овим темама. Не би се могло рећи да није био и у заблудама, али је из њих брзо излазио. Војин Лазић је био, превасходно, добар човек. Ако се у животу, понекад, у нечему није снашао, у доброту јесте. Својом добротом купио је све своје грешке у животу. А имао их је, јер је људски имати их, јер их има свако људско биће. Ако на оном свету постоји рај, и ако бар тамо има правде, онда тамо има места за Војина.

Његова доброта била је његов заштитни знак, по доброту је постао препознатљив. Ако би неко у друштву поменуо име „Војин Лазић“ други би га допунио „то је онај добри човек“. Доброта је била у корену његовог бића. Да никакав други траг у животу није оставио, сама ова особина је била довољна да оствари смисао живота, да буде запамћен и поменут.

Иако најважнија, и већ сама по себи довољна, доброта му није била и једина врлина. Био је ведрог духа, природни оптимиста,

комуникативан. Волео је друштво и у друштву хумор, шалу, виц. Имао је велики број пријатеља. Пријатељству, као категорији људских односа придавао је посебан значај. Био је искрен према сваком свом пријатељу, а према правим пријатељима још и неизмерно одан. У његовој души било је места за све његове пријатеље, али је и сваки од њих, у њој имао своје место. Био је човек кога сте једноставно морали волети као друга, пријатеља, колегу. Када један тако добар човек напусти овај свет, онда иза њега остаје једна велика празнина и сазнање да је на овом свету добрих људи све мање, а на оном горе све више.

Остају само тужна сећања, али и осећање поноса што сте били пријатељ тако добром човеку какав је био Војин Лазих. Нека му је вечна слава.

Живојин Шестић,
адвокат у пензији

ЈОВАН ЈОЗО КОПРИВИЦА (1935–2004)

Јован Јозо Копривица, син Луке учитеља и мајке Миросаве, рођене Канкараш, рођен је 07. 05. 1935. у Копривицама, сеоска општина Бањани, срез Никшић, Зетска Бановина. Основну школу завршио је у Копривицама, одакле је његова породица „влаком без возног реда“ пресељена у немачки Нови Врбас. Гимназију је учио у Новом Саду, Бања Луци, а матурирао у Босанском Новом. Правни факултет у Београду завршио је 1962. Радио је више послова као студент, а правничку каријеру започео је у „Центротекстилу“. У овој фирму се није уклопио због снажног индивидуализма, па се определио за адвокатуру и то искључиво ону која је стално у светлу рефлектора. После приправничког стажа постао је адвокат 1969. У то време морали сте бити у веома крупним случајевима. То није као данас кад новинари десетак дневних листова за рукав вуку адвокате као потрошну робу.

Јован Јозо Копривица био је појава, што би се рекло „мушка лепота“, увек беспрекорно одевен и увек у добром аутомобилу. Он није бирао друштво, али је најчешће био у друштву књижевника и наравно новинара. Био је то човек великог личног процепа. Био је партијски активиста и делегат на последњем конгресу. Партија га није никад прихватала са пуним поверењем. Он је носио породично бreme Информбироа, а то је често већа кривица од сопствене и већа патња. Он је практично „угасио“ партијску организацију у Адвокатској Комори и кренуо у стварање нових странака. Обраћао се Анти Марковићу, којег је касније нападао за плагијат. „Експрес“ је писао за нашег Јозу: „Странка је моја, а не Антина“. На крају се Јозо смирио у својој канцеларији са сликом Белог анђела.

У својој пракси бранио је Вука Драшковића, Даницу Драшковић, Војислава Шешеља, Владимира Дедијера, Александра Тијанића и бројне јавне личности. Био је у бројним кривичним случајевима, а ваља посебно истаћи чланство у Раселовом Суду. Године 1993. био је члан Државне комисије за утврђивање злочина геноцида.

Био је велики Југословен, добар Србин, а данашњи односи Србије и Црне Горе била су једина тема коју је можда избегавао. То га је раздирало. Био је добар човек и добар отац. Штета је што такав човек није имао више деце и тужно је констатовати да су у Копривицама биле две основне школе, а данас нема ниједне.

Јозо је био један специфичан човек. Био је искључив, а све му се могло рећи у брк да се не наљути. Био је демократа и антидемократа. Био је, дакле, стално у процепу и стално у опозицији са самим собом. Добар Човек и добар адвокат.

Ми, адвокати, смо га испратили за Врбас у једној церемонији на коју нисмо навикли. Испраћај из Болничке капеле био је недостојан његове личности.

Почивај драги Јозо међу својима, како вас неки зову „Обилићи међу Копривама“.

Игор Прља, адвокат



АДВОКАТСКА КОМОРА СРБИЈЕ

11000 Београд, Дечанска 13/II • тел. 3239 805, факс 3237 082

Припремио: Владимир Шешлија

Председник АК Србије

ИНФОРМАТИВНИ БИЛТЕН

• Број 43 •

Децембар 2004.

САДРЖАЈ

1. Рад Управног одбора	174
25. седница одржана 11. 09. 2004.	174
26. седница одржана 23. 10. 2004.	179
27. седница одржана 27. 11. 2004.	185
2. Друга редовна годишња Скупштина АК Србије	185
3. Пореске обавезе адвоката у 2004.	1186
4. Извештај о раду Високог савета правосуђа	1190
5. Нацрти закона	1191
6. Остале вести	174

1. РАД УПРАВНОГ ОДБОРА

Информативни билтен Адвокатске коморе Србије ће у оквиру ове тачке садржати основне информације о одлукама и закључцима Управног одбора Адвокатске коморе Србије. Поједина питања која су од ширег значаја за рад и положај адвокатуре ће бити детаљније обрађена у поглављима која следе.

Управни одбор Адвокатске коморе Србије је од претходног броја Информативног билтена одржао је три седнице.

25. седница, одржана 11. 09. 2004.

1.1. Управни одбор је разматрао информацију о одржаном Округлом столу поводом Нацрта Закона о парничном поступку који је одржан 10.09.2004. О ставовима Адвокатске коморе Србије које су представници адвокатуре заступали у раду Радне групе смо Вас информисали детаљније у претходном броју Информативног билтена.

Г. Зоран Живановић, секретар Управног одбора и члан Радне групе за израду текста Нацрта закона о кривичном поступку је поднео детаљан извештај са предлозима за измене прописа у овој области. Закључак Управног одбора поводом ових предлога Вам достављамо у интегралном тексту:

„ЗАКЉУЧАК

Прихвата се извештај г. Зорана Живановића о раду Радне групе за израду текста Нацрта Законика о кривичном поступку Комисије за реформу правосуђа Министарства правде и то:

1. Да је потребна темељна измена Законика о кривичном поступку и његово усклађивање са међународним стандардима у заштити људских права, а посебно ратификованим међународним конвенцијама;

2. Да се у кривични и преткривични поступак унесу одредбе које ће га учинити ефикасним, а његове учеснике одговорним, издвајањем истрага од пресуђења тако што ће истраге бити стављене у надлежност државног тужиоца и органа преткривичног поступка (полиције и др.), док би се суд бавио суђењем.

3. Усклађивањем одредаба о притвору са међународним стандардима, а посебно одредбе по којој се притвор може одредити само због тежине кривичног дела због кога је неко осумњичен;

4. Увођењем споразума странака којима окривљени могао да делимично или потпуно призна наводе оптужнице уз додатне обавезе (сведочење у другим предметима, накнада штете, обећање да неће вршити даље кривична дела и сл.) у замену за договорену кривичну санкцију, или ослобођење, а који омогућава скраћени судски поступак.

5. Увођење стенограма и аудио снимања у кривични поступак на главном претресу и видео снимања исказа окривљеног у преткривичном поступку, односно истражи када је реч о тешким кривичним делима;

6. Проширивањем права оштећених а посебно права на изјављивање жалбе на судске одлуке из свих разлога које има и тужилац;

7. Право окривљеног на јавну расправу када год се одлучује о његовим правима (одлуке о одређивању или продужетку притвора и сл.)

8. Укидање неделотворних правних лекова (приговор против оптужнице).

9. Изједначавање странака у поступку код изјављивања захтева за заштиту законитости. Садашњи институт је неделотворан па чак и лицемеран.

10. Ефикасна заштита сведока и свих учесника у поступку.“

* * *

1.2. Управни одбор је поступајући по одлуци Уставног суда Републике Србије којом је оглашена неуставном одредба члана 77. став 2. Статута Адвокатске коморе Србије, донео одлуку да Скупштини Коморе предложи допуњену одлуку о измени Статута. Одлуку о измени и допуни Статута Адвокатске коморе Србије ћемо у даљем тексту Информативног билтена дати у интегралном тексту.

* * *

1.3. Разматрајући иницијативе о оцени појединих одредаба Кривичног законика у делу који се односи на кршење људских права, Управни одбор је одлучио да покрене поступак пред Судом Државне заједнице Србија и Црна Гора и текст иницијативе Вам достављамо у наставку:

„ПРЕДЛОГ ЗА ПОКРЕТАЊЕ ПОСТУПКА

За оцењивање усклађености члана 16. Законика о изменама и допунама Законика о кривичном поступку Републике Србије („Сл. гласник РС“ бр. 58 од 28. маја 2004).

РАЗЛОЗИ

Чланом 16. Законика о изменама и допунама Законика о кривичном поступку („Сл. гласник РС“ бр. 58 од 28. маја 2004) прописано је :

У члану 146. став 3. мења се и гласи:

„Од подизања оптужнице притвор може трајати најдуже две, односно четири године за дела за која је запрећена казна од четрдесет година затвора. Ако за то време не буде изречена првостепена пресуда притвор ће се укинути и оптужени пустити на слободу.“

У ставу 4. у трећој реченици речи: „још једну годину“ замењују се речима: „још две године“.

Ова одредба сада гласи :

(4) После изрицања првостепене пресуде притвор може трајати још најдуже годину дана. Ако за то време не буде изречена другостепена пресуда којом се првостепена пресуда преиначује или потврђује, притвор ће бити укинут и оптужени пуштен на слободу. Ако у року од годину дана буде изречена другостепена одлука којом се првостепена пресуда укида, притвор може трајати најдуже још **две** године од изрицања одлуке другостепеног суда.

Из предњег произилази да је изменама Законика дужина трајања притвора после подигнуте оптужнице продужена са две на четири године, а дужина трајања притвора у случају укидања првостепене пресуде са једне на две године.

Чланом 9. Уставне Повеље Државне заједнице Србија и Црна Гора прописано је :

Државе чланице уређују, обезбеђују и штите људска и мањинска права и грађанске слободе на својој територији.

Достигнути ниво људских и мањинских права, индивидуалних и колективних, и грађанских слобода **не може се смањивати.**

Државна заједница Србија и Црна Гора прати остваривање људских и мањинских права и грађанских слобода и обезбеђује њихову заштиту, у случају када та заштита није обезбеђена у државама чланицама.

Из предњег произилази да је достигнути ниво људских права притвореника у погледу трајања притвора после подигнуте оптужнице и укидања првостепене пресуде достигнут до дана усвајања Уставне повеље смањен поменутом изменом Законика о кривичном поступку, противно чл. 9. ст. 2. Уставне Повеље Државне заједнице Србија и Црна Гора.

Члан 50. Закона о суду Србије и Црне Горе прописује :

У току поступка, до доношења одлуке, Суд може наредити да се обустави извршење појединачног акта или радње који су предузети на основу закона, другог прописа или општег акта чија се усклађеност оцењује, ако би њиховим извршењем могле наступити неотклоњиве штетне последице.

Ако Суд одреди привремену меру, поступак одлучивања је хитан, а одлука о предмету се мора донети у року од 60 дана од дана објављивања одлуке о привременој мери.

Поменутом законском одредбом наступају неотклоњиве штетне последице за притворенике којима су права на ограничено трајање притвора после подигнуте оптужнице од две године и укинуте пресуде од једне године, тешко нарушена

Због тога,

ПРЕДЛАЖЕМ

Да Суд Србије и Црне Горе утврди несагласност члана 16. Законика о изменама и допунама Законика о кривичном поступку („Сл. гласник РС“ бр. 58 од 28. маја 2004) са Уставном Повељом.

Да Суд Србије и Црне Горе донесе привремену меру којом ће обуставити од извршења појединачне акте донете на основу чл. 16. Законика о изменама и допунама Законика о кривичном поступку („Сл. гласник РС“ бр. 58 од 28. маја 2004).

Да Суд Србије и Црне Горе у случају заказивања јавне расправе на исту позове подносиоца овог предлога.“

* * *

1.4. Оцењујући оправданим предлог чланова Адвокатске коморе да се покрене поступак за оцену уставности и законитости Уредбе Владе Републике Србије о привременој забрани располагања одређеним непокретностима, Управни одбор је донео одлуку да упути предлог Уставном суду:

„ПРЕДЛОГ

Адвокатске коморе Србије, са седиштем у Београду, Дечанска 13,
коју заступа председник Владимир Шешлија

за оцену уставности Уредбе о привременој забрани располагања одређеним непокретностима, покретним стварима и правима

На основу члана 128. став 2. Устава Републике Србије, члана 4. тачка 2. и члана 20. Закона о поступку пред Уставним судом и правном дејству његових одлука, члана 57. став 1. Закона о адвокатури, члана 11. Статута Адвокатске коморе Србије, тачке 22. Кодекса професионалне етике адвоката и одлуке Управног одбора, Адвокатска комора Србије покреће поступак за оцену уставности

Уредбе о привременој забрани располагања одређеним непокретностима, покретним стварима и правима (Објављена у „Сл.гласнику РС“ бр.49/91, 50/91, 55/91, 29/92, 46/92 и 50/95).

Образложење

I

Уредбом о привременој забрани располагања одређеним непокретностима, покретним стварима и правима прописана је привремена забрана располагања непокретностима, покретним стварима и правима које се налазе на територији Републике Србије, чији су власници, односно корисници правна лица и имаоци радњи са седиштем на територији републике које нису чланице Савезне Републике Југославије, као и физичким лицима. Надаље, привремена забрана располагања непокретностима које се налазе на територији Републике Србије, чији су власници, односно корисници физичка лица која имају пребивалиште на територијама република које нису чланице Савезне Републике Југославије (СРЈ) и њихови су држављани. Такође је забрањено располагање становима федерације у корист физичких лица која су држављани република чланица СРЈ као и у

корист физичких лица која су држављани република које нису чланице СРЈ, а која имају пребивалиште на територији Републике Србије најмање 20 година. Располагањем, у смислу ове Уредбе, сматра се продаја, закуп, оптерећење, стављање хипотеке или других терета на непокретностима и сви други облици располагања, односно својинских промена, као и одношење ствари са територије Републике Србије.

Овом Уредбом наложено је државним и другим органима на територији Републике Србије да неће извршити оверу, укњижбу ни друге радње које се односе на стицање права на непокретностима чије је располагање забрањено овом Уредбом. Надаље, у земљишној, односно другој јавној књизи о евиденцији непокретности и правима над њима, надлежни орган извршиће по службеној дужности упис забране располагања на непокретностима. Министарство финансија може на захтев правног или физичког лица одлучити да се одређене непокретности или покретне ствари могу изузети од забране предвиђене Уредбом. Акти и радње које су правна и физичка лица из ове Уредбе преузела супротно одредбама ове Уредбе после 24. маја 2991. године ништави су.

II

Уставом Републике Србије јемчи се право својине и слобода предузетништва (члан 34. став 1. Устава); јемчи се друштвена, државна, приватна и задружна својина као и други облици својине (члан 56. став 1 Устава); физичка и правна лица остварују своја својинска права на непокретностима према њеној природи и намени, у складу са законом (члан 62. Устава); за време непосредне ратне опасности, ратног стања или елементарних непогода већих размера, законом се може ограничити располагање и утврдити посебан начин коришћења дела средстава правних и физичких лица, док такво стање траје (члан 67. Устава).

III

Губитак или престанак својства домицилног правног и физичког лица не представља основ за престанак својине и права располагања на непокретностима, покретним стварима и правима.

Само се законом може ограничити располагање делом средстава правним и физичким лицима, за време непосредне ратне опасности, ратног стања или елементарне непогоде док то стање траје.

Уредбом се не може привремено забранити располагање непокретностима, покретним стварима и правима.

IV

Од тренутка доношења ове Уредбе установљена је узајамност у погледу стицања права својине на непокретним и покретним стварима између бивших република бивших чланица СФРЈ и Државне заједнице Србија и Црна Гора.

V

Уставни суд Југославије на основу члана 379. Устава СФРЈ и члана 28. Пословника Уставног суда својим одлукама под пословним бројем У.161/91, У.167/91 од 12. 09. 1991. године, број У.214/91 од 12. 02. 1992. донео је решење о обустави извршења појединачних аката и радњи предузетих на основу Уредбе о привременој забрани располагања одређеним непокретностима, покретним стварима и правима. Ове одлуке Уставног суда до данас нису спроведене.

Предлажемо

да Уставни суд Републике Србије:

1) на основу члана 42. став 1. Закона о поступку пред Уставним судом и правном дејству његових одлука одмах донесе решење којим ће обуставити извршење појединачних аката или радњи, донетих или предузетих на основу Уредбе о привременој забрани располагања одређеним непокретностима, покретним стварима и правима;

2) на основу члана 46. Закона о поступку пред Уставним судом и правном дејству његових одлука донесе одлуку којом ће утврдити да Уредба о привременој забрани располагања одређеним непокретностима, покретним стварима и правима (Објављена у „Сл. гласнику РС“ бр. 49/91, 50/91, 55/91, 29/92, 46/92 и 50/95) није у сагласности са Уставом Републике Србије.“

* * *

1.5. Адвокатска комора Србије, као другостепени орган у управном поступку разматрала је жалбе адвоката Богољуба Тошића, Ерике Шинковић и дипломираног правника Љубинке Станисављевић.

* * *

26. седница, одржана 23. 10. 2004.

1.6. Управни одбор је након одржаног Округлог стола у организацији Министарства правде и Трибине Адвокатске коморе Београда закључио да предложи Народној скупштини Републике Србије разматрање и усвајање амандмана на предлог Закона о парничном поступку. Предлог амандмана Вам дајемо у интегралном тексту:

Адвокатима који су народни посланици доставити предлог амандмана на предлог Закона о парничном поступку ради њиховог достављања Народној скупштини Републике Србије:

„На основу члана 141. Пословника Народне скупштине Републике Србије подносимо амандмане НА ПРЕДЛОГ ЗАКОНА О ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ:

АМАНДМАН I.

У члану 66. ст. 1. после тачке 7. додаје се текст:

„8) ако је са странком, њеним законским заступником или пуномоћником био у радном или пословном односу или је у таквом односу био његов брачни или ванбрачни друг (садашњи или бивши), сродник по крви у правој линији или сродник по побочној линији до четвртог степена или сродник по тазбини;

9) ако је учествовао у доношењу пресуде која је укинута од стране вишег суда;“

У члану 67. ст. 1. мења се тако што се уместо броја „7“ ставља број „9“, а после речи председника суда додају се речи „и странке“

У члану 67. ст. 2. прва реченица реченица после речи „председника суда“ додају се речи „и странке“.

АМАНДМАН II.

У члану 85. предлога Закона о парничном поступку став 1. мења се и гласи:

„Пуномоћник странке, осим у споровима мале вредности, може бити само адвокат.

Пуномоћник правног лица може бити и дипломирани правник који је у радном односу код тог правног лица.

Заступање Државне заједнице Србија и Црна Гора, Републике Србије и Републике Црне Горе, њихових органа и органа територијалне аутономије и локалне самоуправе уређује се посебним прописима

У споровима мале вредности пуномоћник може бити физичко лице које је потпуно пословно способно, осим лица која се баве надриписарством.

Суд ће решењем ускратити заступање лицу које се појави као пуномоћник, а не испуњава услове прописане овим чланом.

Жалба против решења о ускраћивању заступања не задржава његово извршење.“

АМАНДМАН III.

У члану 88. став 3. мења се и гласи:

„Пуномоћника који је адвокат може замењивати адвокатски приправник који је код њега на приправничкој вежби у складу са одредбама Закона о адвокатури.“

АМАНДМАН IV.

У члану 89. став 1. додаје се нова тачка 4. која гласи:

„да од противне странке прими досуђене трошкове.“

АМАНДМАН V.

У члану 127. после става 1. додаје се став 2. и 3. који гласи :

„Физичким лицима доставе се врше преко адресе коју је странка означила или адресе пребивалишта пријављене код надлежног органа унутрашњих послова.

Правним лицима доставе се врше преко адресе коју је странка означила или адресе седишта уписане у судски или други регистар који води надлежни орган“

АМАНДМАН VI.

Члан 140. мења се и гласи :

„Ако достава писмена није могла да буде извршена на начин прописан овим законом, писмено ће се истаћи на огласну таблу суда.“

АМАНДМАН VII.

Чланови од 176.-180. бришу се.

АМАНДМАН VIII.

У члану 214. ст. 1. тач. 1. после речи „умре“ додаје се запета и речи „а нема пуномоћника;“

АМАНДМАН IX.

У члану 317. после речи „саслушавају“ додаје се реч „странке;“.

АМАНДМАН X.

У члану 327. речи „или странке сагласно предложе“ замењују се речима „а странке на то пристану“.

АМАНДМАН XI.

У члану 369. после става 1. додаје се став 2. и 3. који гласе:

„На седницу већа позваће се странка, пуномоћник или законски заступник ако у року за жалбу односно одговор на жалбу то захтевају.

На седници већа присутна странка има право да изнесе своје опаске у погледу извештаја судије известиоца и навода противне стране, као и да појасни своје наводе без њиховог понављања.“

Ставови 2. и 3. постају ставови 4. и 5.

АМАНДМАН XII.

У члану 394. ст. 4. после тачке 4. додаје се тачка 5. и 6. које гласе:

„5) у споровима око утврђивања или оспоравања очинства или материнства;

6) у споровима ради исељења.“

АМАНДМАН XIII.

Члан 395. се брише.

ОБРАЗЛОЖЕЊЕ АМАДМАНА

I.

Одсуство разлога предложених овим амандманом у битној мери компромитује право грађана на непристрасан и независан суда усвојено кроз чл. 6. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода и чл. 17. ст. 2. Повеље о људским и мањинским правима

II.

Досадашње искуство показује да велики број судских поступака траје неоправдано дуго, због нестручног и неодговорног заступања особа без одговарајуће стручне спреме. Повећање процесне дисциплине нема ефекта ако у поступку, као пуномоћници, учествују лаици. Ово стога што је странкама које немају материјалних могућности, доступна правна помоћ путем адвокатури кроз одредбу чл. 166. Предлога. Поред тога, разлози пореске дисциплине захтевају да се елиминише фискално нерегистрован рад и приходи који се на тај начин остварују, а до чега долази омогућавањем заступања у судском поступку особама које немају за то регистровану делатност, нити је такав њихов рад пријављен пореским властима. Коначно за разлику од осталих адвокати су везани правилима Кодекса професионалне етике и дисциплински су одговорни за њихово кршење, што представља добар основа за планирано успостављање процесне дисциплине.

III.

Чланом 88. став 3. предлога Закона о парничном поступку прописано је да адвоката може замењивати само адвокатски приправник који је код њега запослен, ако је странка тако одредила у пуномоћју.

Према члану 32. Закона о адвокатури („Сл. лист СРЈ“ 24/98, 26/98, 11/02) адвокатски приправник је лице које се радом на правним пословима код адвоката оспособљава за самостално бављење адвокатуром. Предложеном одредбом адвокату је онемогућено да у смислу поменуте законске одредбе оспособљава адвокатског приправника за самостално бављење адвокатуром на основу свог стручног знања, познавања конкретног предмета и способности адвокатског приправника, тиме што се за то тражи и сагласност странке. Овим решењем се ризикује да правосудни испит полаже адвокатски приправник који и после две године праксе није имао прилике да, по упутствима свога принципала и у његово име, сам заступа пред судом чиме се онемогућава његово оспособљавање за самосталан рад у смислу чл. 32. Закона о адвокатури.

IV.

Предлогом је изостављено овлашћење адвоката да на основу издатог пуномоћја прими досуђене трошкове од противне стране. Ово решење није у интересу странака слабијих материјалних могућности које желе да адвокатске услуге плате тек по добијеном спору. Изостављањем гаранције коју је адвокат имао кроз ову одредбу доводи до тога да ће странке адвокатске услуге морати да плаћају пре и током поступка, што је на штету странака слабог имовног стања.

V и VI.

Законом се мора начин доставе везати не само за адресу коју једна странка да у поднеску (тужба и сл.). Ово зато што странка може и свесно дати нетачну адресу друге странке како би издејствовала примену чл. 140. Предлога о неуспешној достави. Зато достава физичком лицу мора увек бити покушана преко пријављеног пребивалишта односно боравишта, а правног лица преко регистрованог седишта, пре него се примени одредба чл. 140. Предлога о неуспешном достављању.

VII.

Поступак за решавање спорног правног питања није сагласан основним начелима правног поретка као и гарантованим правима и слободама грађана. У првом реду ово решење је супротно чл. 6. Европске Конвенције за заштиту људских права и основних слобода којим је сваком током одлучивања о његовим грађанским правима. Одредбама чл. 166–170. Предлога предвиђено је да о спорном правном питању одлуку не доноси стварно и месно надлежан суд за одређену врсту спора, већ то чини Врховни суд Србије. При доношењу такве одлуке, која се примењује на све текуће и будуће случајеве ни једна од странака нема право на јавну расправу, на којој би изнела своја гледишта о спорном правном питању, чиме право на јавну расправу нема никаквог смисла.

Поред тога, против одлуке о спорном правном питању не постоји правни лек, чиме је повређен чл. 13. исте Конвенције, члан 18. Повеље о људским и мањинским правима и чл. 22. ст. 2. Устава Републике Србије.

VIII.

Начело ефикасности поступка не дозвољава да се поступак прекида ако странка има пуномоћника. Супротна одредба даје могућност несавесним странкама да се стално позивају на смрт странке која није присутна и одлагање расправе из тих разлога.

IX.

Досадашња немогућност да се због промене већа чита исказ парничних странака доводио је до знатног одуговлачења поступка. Ако је дата могућност да се читају сви други докази (искази сведока, вештака, запи-

сници о увиђају и исправе) нема никаквог оправдања да се то не дозволи у погледу исказа парничне странке. Ова одредба је у супротности са начелом олакшаног приступа суду, јер само од странака неоправдано захтева да и после датог исказа код суда, два или више пута лично долази и понавља свој исказ. То се посебно односи на странке које живе у иностранству или другом месту у земљи, или којима је због старости или болести отежан долазак у суд.

Х.

Медијација није могућа без сагласности странака, те оцена суда, како је сада предложено, није довољна за упућивање на медијацију и води само одуговлачењу поступка.

ХИ.

Према одредби чл. 6. Европске Конвенције за заштиту људских права и основних слобода свако током поступка о његовим грађанским правима има право на јавну расправу.

Садашњим решењем странкама је ускраћено то право у жалбеном поступку, па га треба признати странци која то тражи.

ХИИ.

Ревизију треба дозволити у споровима око утврђивања или оспоравања очинства или материнства, јер ова има подједнак ако не и већи значај од спора за издржавање.

Поред тога ревизију треба дозволити у споровима око иселења због њиховог великог друштвеног и социјалног значаја.

ХИИИ.

Ради начела правне сигурности и једнакости грађана пред законом суд треба да мериторно одлучује само у споровима у којима је надлежан. У противном суд би могао бирати предмете у којима би доносио мериторне одлуке упркос томе што је законом искључена могућност изјављивања правног лека, што би странке доводило у неравноправан положај и угрозило начело законитости.

* * *

1.7. Адвокатска комора Србије је поступајући по пресудама Врховног суда Србије, као другостепени орган у управном поступку донела решења по жалбама Велимира Игњатовића и Слободана Ђурђевића, адвоката и Драгомира Леловца, дипломираног правника.

Управни одбор је, као другостепени орган одлучивао по жалбама адвоката Павла Вукашиновића, Драгославе Аврамовић, Милета Траиловића и Богољуба Тошића и дипломираних правника Љубинке Станисављевић и Борислава Тодоровића.

* * *

27. седница, одржана 27. 11. 2004.

На седници Управног одбора разматрана су питања:

Организоваља Конференције адвоката са темом „Кодекс професионалне етике адвоката“. Конференција ће се одржати 28.02.2005., а о тачном времену и месту одржавања адвокати Србије ће бити обавештени у наредном броју Информативног билтена, као и преко website-а Адвокатске коморе Србије и адвокатских комора у Србији.

Као другостепени орган у управном поступку, Управни одбор је одлучио по жалбама Андреје Ђођевића, Међо Љубомира и Бисерке Лакићевић, дипломираних правника и Милана Зечевића, адвоката.

2. ДРУГА РЕДОВНА ГОДИШЊА СКУПШТИНА АК СРБИЈЕ

Друга редовна годишња Скупштина АК Србије, је одржана 13. 11. 2004. и на овој Скупштини размотрени су и усвојени извештаји о раду Управног одбора, Надзорног одбора, Дисциплинског тужиоца и Дисциплинског суда Адвокатске коморе Србије.

На овој Скупштини усвојена је и одлука о изменама и допунама Статута Адвокатске коморе Србије која гласи:

„На основу члана 23. став 1. тачка 2. Статута Адвокатске коморе Србије, Управни одбор Адвокатске коморе Србије је усвојио и предлаже Скупштини Адвокатске коморе Србије да донесе:

ОДЛУКУ О ИЗМЕНАМА И ДОПУНАМА СТАТУТА АДВОКАТСКЕ КОМОРЕ СРБИЈЕ

Члан 1.

У члану 23. став 1, иза тачке 24. додаје се нова тачка 25. која гласи:

„доноси одлуку о делимичној или потпуној обустави рада у случајевима када је потребно предузети мере за заштиту рада, положаја и угледа адвокатуре као професије у целини. Одлука о обустави рада садржи врсту обуставе, разлоге обуставе и дужину трајања обуставе. Одлука о обустави рада мора бити потврђена на ванредној или редовној Скупштини АК Србије у наредном року од 30 дана од дана њеног доношења.“

Члан 2.

Брише се став 2. члана 77.

Члан 3.

У преосталом делу Статут Адвокатске коморе Србије остаје неизмењен.

3. ПОРЕСКЕ ОБАВЕЗЕ АДВОКАТА У 2004.

У овој информацији Комисија за порезе и доприносе ће дати и друге податке који нису у непосредној вези са пореским обавезама адвоката у 2004., али су од значаја за рад и положај адвокатуре.

I.

Комисија за порезе и доприносе је током 2004. одржала више састанака са представницима Министарства финансија и Пореске управе поводом:

1. пореских обавеза адвоката у 2004,
2. евидентирања промета услуга путем регистар каса са фискалном меморијом,
3. примене Закона о порезу на додату вредност.

Комисија за порезе и доприносе је на овим састанцима постигла следеће:

1. Пореске обавезе адвоката у 2004.

Пореској управи је предложено да се приликом утврђивања висине пореских обавеза адвоката у 2004. примењују исти критеријуми као и у 2003. Применом ових критеријума, према мишљењу представника АК Србије, АК Београда и АК Војводине, пореске обавезе адвоката за ову пословну годину треба утврдити на истом нивоу као за 2003. У случају да Министарство финансија и Пореска управа процене да пореске обавезе адвоката за 2004. треба утврдити у новом износу, предложено је да се евентуално повећање пореских обавеза адвоката утврди у висини стопе пораста просечне зараде у привреди у претходној години или пораста цена на мало у 2003. Такође је предложено да повећање обавеза у маси прати висину стопе инфлације у претходној години. Према предлозима Адвокатске коморе Србије ова повећања у маси би износила оквирно око 15% у односу на фискалне обавезе адвокату у 2003.

Према сазнањима Комисије за порезе и доприносе решења која су уручена за текућу пословну годину су и сачињена у складу са постигнутим договором. Забележени су појединачни случајеви увећања фискалних давања адвоката у вишем износу од договореног и у тим случајевима су предузете мере код Пореске управе Републике Србије за отклањање неправилности.

Посебно желим да подсетим да је Пореска управа указала на потребу, да се приликом утврђивања пореске обавезе адвоката у 2004. имају у виду и корективни критеријуми. Неопходност примене корективних критеријума је условљена неравномерним привредним развојем појединих општина у Србији и великих диспропорција у просечним зарадама у привреди сваке од општина. У појединим подручјима Републике постоји знатан број предузећа који не раде или раде са великим потешкоћама, па је и

могућност за пружање правних услуга од стране адвоката знатно смањена, па би примена критеријума висина просечне зараде по општинама као основ за утврђивање висине пореске обавезе у текућој години био добар корективни критеријум.

Ови преговори нису окончани и у наредном периоду ће Комисија за порезе и доприносе посветити посебну пажњу овом питању.

2. Обавеза евидентирања извршених услуга путем регистар каса са фискалном меморијом

Комисија за порезе и доприносе АК Србије је успешно окончала преговоре са Министарством финансија и Пореском управом Републике Србије поводом обавезе евидентирања извршених услуга путем регистар каса са фискалном меморијом. Као што смо током јуна 2004. обавестили све адвокатске коморе у Србији Министарство финансија је ОСЛОБОДИЛО адвокате обавезе евидентирања извршених услуга путем регистар каса са фискалном меморијом.

3. Закон о порезу на додату вредност и његова примена почев од 01.01. 2005.

Одредбом члана 63. Закона о порезу на додату вредност („Службени гласник РС“ 84/2004 и 86/2004) **предвиђена је обавеза** за лица која су у 12 месеци који претходе дану подношења евиденционе пријаве остварила или процењују да ће у наредних 12 месеци остварити укупан промет производа и услуга већи од 2.000.000,00 динара, да надлежном пореском органу поднесу евиденциону пријаву за ПДВ најкасније до 30.09.2004.

Лице које је у 12 месеци који претходе дану подношења евиденционе пријаве остварило или процењује да ће у наредних 12 месеци остварити укупан промет производа и услуга већи од 1.000.000,00 динара, **МОЖЕ** надлежном пореском органу да поднесе евиденциону пријаву најкасније до 30. 09. 2004.

Дакле, колеге адвокати који су у претходних 12 месеци остварили укупан промет услуга према издатим рачунима за извршене адвокатске услуге у износу већем од 2.000.000,00 динара **обавезни су** да поднесу евиденциону пријаву за ПДВ најкасније до 30. 09. 2004. Уколико је адвокат у претходних 12 месеци, на основу пуномоћја странке и на основу правноснажне пресуде наплатио потраживања од дужника, за овај износ не постоји обавеза плаћања пореза на додату вредност, већ се у евиденционој пријави за ПДВ уносе подаци о оствареном промету услуга према тзв. фактурисаној реализацији, односно, према испостављеним рачунима за извршене адвокатске услуге.

Адвокати који су у претходних 12 месеци остварили укупан промет услуга према издатим рачунима (фактурисаној реализацији) у износу ве-

ћем од 1.000.000,00 динара, **могу, али не морају** да поднесу евиденционе пријаве за ПДВ до 30. 09. 2004.

Адвокати који нису порески обвезници према одредбама Закона о порезу на додату вредност, у фактурама за извршене адвокатске услуге физичким и правним лицима **не исказују порез на додату вредност.**

Уколико у наредних 12 месеци адвокат оствари непланирани промет услуга према фактурисаној реализацији у износу већем од 2.000.000,00 динара, дужан је да **ОДМАХ** поднесе евиденциону пријаву за ПДВ надлежној пореској управи.

Адвокатске коморе нису порески обвезници према одредбама Закона о порезу на додату вредност с обзиром да не врше промет услуга у смислу одредбе члана 4. и 5. овог Закона.

4. Измене и допуне адвокатске тарифе

На седници Управног одбора АК Србије је покренута иницијатива за измену – допуну тарифног број 7. и 8. и посебно измену вредности бода у Тарифи о наградама и накнадам трошкова за рад адвоката.

Ова иницијатива ће бити посебно разматрана у наредном периоду, јер је оцењено да су потребне свеобухватније измене Тарифе. Ове измене би се односиле како на појашњење постојеће тарифе нарочито у делу вредности спора, тако и на њену допуну јер је уочено да су поједини послови пружања правне помоћи нерепално ниско тарифирани или непрецизни и нерегулисани.

5. осигурање

У току је израда нацрта Закона о адвокатури чије ће одредбе бити усаглашене са правом Европске уније. Усвајањем овог Закона очекује се да ће адвокати бити у обавези да закључују уговоре о осигурању од професионалног ризика, што је посебна новина и нашем правном систему.

Очекује се да ће у том смислу бити измењене и одредбе Закона о осигурању. Адвокатска комора Србије ће активно учествовати у изради овог прописа и других пратећих прописа и изборити се за што повољнији правни и економски положај адвоката.

Детаљније информације о овим питањима ће члановима Адвокатске коморе Србије бити достављене путем Информативног билтена, адвокатских комора у Србији и њеб сите Коморе.

* * *

4. ИЗВЕШТАЈ О РАДУ ВИСОКОГ САВЕТА ПРАВОСУА

Председник АК Србије је у периоду између две седнице учествовао у раду Високог савета правосуђа.

Високи савет правосуђа разматрао је листе пријављених кандидата и утврдио предлоге за избор:

- председника Врховног суда Србије, окружних и општинских судова у Србији као судова опште надлежности и трговинских судова;
- судија окружних, општинских и трговинских судова у Србији;
- јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца у окружним и општинским јавним тужилаштвима у Републици Србији.

Активности Високог савета правосуђа које се односе на избор председника судова су завршене и утврђени су предлози кандидата. Утврђивање предлога за избор судија судова опште надлежности и трговинских судова је у току, као и утврђивање предлога за избор јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца у окружним и општинским јавним тужилаштвима.

Адвокатска комора Србије је, у складу са раније донетим закључцима, доставила листе кандидата за избор председника судова, судија, јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца ради добијања образложених предлога и примедби на поједине кандидате.

* * *

5. НАЦРТИ ЗАКОНА

Председник АК Србије је одржао састанак 4.10.2004. са г. Зораном Стојковићем, министром правде. У конструктивној атмосфери постигнут је висок степен сагласности и договорено је следеће:

1. Радна група за израду текста нацрта Закона о адвокатури и Закона о јавном бележничтву започеће одмах са радом и рад на изради текста нацрта Закона о адвокатури ће имати приоритет. Текст нацрта Закона о јавном бележничтву биће предмет рада Радне групе по усвајању Закона о адвокатури.

Предлог АК Србије да се у рад ове Радне групе укључи адвокат Светозар Добросављевић, биће размотрен у Министарству правде како би му се омогућио рад у Радној групи.

Председник АК Србије је поводом предстојећег рада Радне групе на изради текста нацрта Закона о јавном бележничтву, истакао неопходност да се размотре искуства земаља у окружењу у којима је већ усвојен Закон о јавном бележничтву. У постојећем моделу Закона о јавном бележничтву дата су велика овлашћења јавним бележницима. Председник АК Србије предложио је да се у изради новог текста нацрта Закона надлежност ове делатности ограничи на онај део послова у којима је до сада поступао надлежни суд чиме би се допринело њиховом растерећењу.

У разговору са г. Бјелицом, приликом разматрања питања израде текста нацрта Закона о јавном бележничтву, посебно је указано на велики број злоупотреба од стране јавних бележника у републикама бивше СФРЈ. Као последица тих злоупотреба у републикама бивше СФРЈ у току је ве-

ћи број кривичних поступака против јавних бележника. Општа је оцена да је до злоупотреба од стране јавних бележника и дошло управо због превеликих овлашћења.

* * *

6. ОСТАЛЕ ВЕСТИ

6.1 Иницијатива Адвокатске коморе Србије

АК Србије је упутила предлог Министарству правде да покрене иницијативу код Владе Републике Србије и Министарства иностраних послова Државне заједнице Србија и Црна Гора да се потпише међудржавни споразум између Државне заједнице Србија и Црна Гора и Републике Босне и Херцеговине ради признавања права реципроцитета у пружању адвокатских услуга пред судовима и другим надлежним органима ове државе, без икаквих ограничења и компликоване процедуре, прибављања претходне сагласности надлежне адвокатске коморе и Министарства правде. Председник АК Србије је обавештен да је исти прихваћен и да је ова иницијатива достављена Министарству иностраних послова Државне заједнице Србија и Црна Гора, на даљу надлежност.

6.2. Сарадња са владиним и невладиним организацијама, професионалним удружењима и другим организацијама

6.2.1. Дана 12.11.2004. одржан је састанак са представницима Друштва судија Србије. На састанку су учествовали, у име Адвокатске коморе Србије, адвокати Владимир Шешлија, председник и Марко Богдановић, потпредседник, у име Адвокатске коморе Београда адвокати Војислав С. Недић, председник, Бранислав Глогоњац, заменик председника и Јасмина Павловић, секретар Управног одбора.

У конструктивној атмосфери договорена је сарадња између Адвокатске коморе Србије и Адвокатске коморе Београда са једне стране и Друштва судија Србије са друге стране, нарочито у области реформе правосудног система.

6.2.2. На позив Друштва судија, председник АК Србије учествовао је на Округлом столу са темом „Овлашћења за непоштовање суда и дисциплинска одговорност судија“. Овим Округлим столом руководила је судија Драгана Бољевић из Округлог суда у Београду, а посебно запажена излагања су имали судије Милош Милошевић, Омер Хациомеровић и Снежана Андрејевић.

Током овог Округлог стола изнето је и више примера дисциплинске одговорности судија из претходног периода.

Закључци Округлог стола су да се залагање за правну државу може обезбедити уколико постоји независни судија са трајним мандатом који ће судити савесно, стручно, ефикасно и храбро, без обзира на то ко је на власти. Поступак утврђивања одговорности за нестручно и несавесно вршење судијске дужности не сме угрозити судску независност. Према закључцима Округлог стола разлози за разрешење судијске функције морају се односити само на најтеже облике нарушавања законом прописаног понашања, односно најтеже облике нестручног и несавесног вршења дужности, а тежина изречене санкције у дисциплинском поступку у коме је утврђена дисциплинска одговорност, мора бити пропорционална учињеном прекршају.

6.2.3. На позив Министарства правде, председник АК Србије учествовао је на Конференцији са темом „Основи стратегије реформе правосуђа у Србији са акцентом на реформи правосудне администрације“. На овој Конференцији учествовали су Влада Републике Србије, међународне организације, представници дипломатско конзуларних представништава у Државној заједници Србија и Црна Гора, представници међународних агенција и фондација, правосудних институција, Комисија за реформу правосуђа.

Влада Републике Србије је приликом доношења одлуке о образовању Комисије за реформу правосуђа утврдила следеће задатке: иницирање доношења и измена прописа у области правосуђа, иницирање стручног усавршавања носилаца правосудних функција, сарадња са међународним организацијама у области правосуђа, предлагање мера за усаглашавање законодавства у области правосуђа са европским правним стандардима.

У досадашњим анализама резултата рада судова опште надлежности и трговинских судова, уочено је да је степен ефикасности рада релативно низак, те да је неопходно дефинисати мере поједностављивања судских поступака и друге мере које ће утицати на смањење броја заосталих предмета.

Поред овог циља стратегије реформе правосуђа истакнути су и циљеви: рационалност мреже судова и судских поступака, стално стручно усавршавање носилаца правосудних функција и увођење информационих технологија.

Ради реализовања напред изнетих циљева, Конференција је разматрала и питање ресурса: број запослених носилаца правосудних функција и административних радника, као и до сада реализоване годишње буџете судова опште надлежности и трговинских судова.

На Конференцији је посебно указано на одговорност појединих институција у области примене прописа, спровођење реформи правосуђа, усаглашавању домаћих прописа са европским правним стандардима, као и на неопходност утврђивања приоритетних задатака и рокова за њихову реализацију.

6.2.4. На конференцији са темом „Корупција у правосуђу“ коју је 18.

09. 2004. организовао Центар за либерално правне студије, Адвокатску комору Србије је представљао адвокат Бранислав Глогоњац, члан Управног одбора АК Србије

6.3. Сарадња са адвокатским коморама југоисточне Европе

Адвокатску комору Србије на састанку председника адвокатских комора југоисточне Европе који је одржан у Софији 16.09.2004., представљао је адвокат Дејан Ђирић, председник Адвокатске коморе Ниша.

На позив Адвокатске коморе Федерације Босне и Херцеговине Слободан Милутиновић, адвокат у Лозници и члан Управног одбора АК Србије учествовао је у раду Годишње скупштине Адвокатске коморе Федерације Босне и Херцеговине и свечаностима поводом Дана адвокатуре дана 17. 09. 2004.

На позив Адвокатске коморе Републике Српске, Слободан Милутиновић, адвокат из Лознице и члан Управног одбора АК Србије, учествовао је на сусретима правника у Бања Луци, са темом „Октобарски правнички дани“ од 8. до 9. 10. 2004.

Адвокатска комора Србије ће учествовати на свечаностима поводом обележавања Дана адвокатуре Црне Горе 11. 12 .2004.

6.4. Међународне активности

Адвокатску комору Србије посетио је 14. 11. 2004. г. Данијел Гертнер, председник Адвокатске коморе Израела за јужни Израел, ради успостављања сарадње.

На позив амбасадора Француске у Београду, председник Адвокатске коморе Србије присуствовао је свечаностима које су организоване 7.10.2004. поводом обележавања 200-те годишњице Грађанског законика Француске и посете бившег министра спољних послова Француске г. Ибера Ведрина.

* * *

Свим колегама честитамо Божићне и Новогодшње празнике са жељом за добро здравље, успех у послу и личну и породичну срећу.

