

ISSN 0353-9644



БРАНИЧ

Часопис за правну теорију и праксу
Адвокатске коморе Србије

Година СXXXII • Нова серија

Број 1–2 / 2019

Београд

2019

Власник и издавач:
АДВОКАТСКА КОМОРА СРБИЈЕ

11000 Београд, Дечанска бр. 13/II
Телефон: +381 11/32 39 875 – Факс: 32 37 082
www.advokatska-komora.rs

Досадашњи главни и одговорни уредници:

Милан Ст. МАРКОВИЋ (1887. и 1897–1901); Ђорђе НЕНАДОВИЋ (1888–1890);
Добривоје–Добра ПЕТКОВИЋ (1902–1906. и 1925–1926); Љубомир СТЕФАНОВИЋ
(1927–1930); Др Обрад БЛАГОЈЕВИЋ (1931–1933); Др Видан БЛАГОЈЕВИЋ (1934);
Др Радоје ВУКЧЕВИЋ (1935–1937); Владимир СИМИЋ (1938–1941); Др Александар
МИКУЛИЋ (Адвокатура, 1976–1981); Горазд ОГУРЕК (Адвокатура, 1982–1984);
Михаило МЛАДЕНОВИЋ (Адвокатура, 1985–1990); Мирослав ДИНЧИЋ (1991–1995);
Живојин ШЕСТИЋ (1995–2002); Др Недељко ЈОВАНЧЕВИЋ (2002–2017)

Главни и одговорни уредник

———— * —————

др Мирослав ПАУНОВИЋ
адвокат

Уређивачки одбор

———— * —————

Тихомир ХРЊАК, адвокат, **Оливер Б. ИЊАЦ**, адвокат,
Милош ЦВЕЈИЋ, адвокат, **Драган СОКНИЋ**, адвокат

Припрема за штампу: Душан Ћасић

Адреса редакције

———— * —————

АДВОКАТСКА КОМОРА СРБИЈЕ

11000 БЕОГРАД, Дечанска 13/II – Тел.: +381 11/32 39 875 – Факс: 32 37 082
www.advokatska-komora.co.rs; e-mail: komora@sbb.rs, a.k.srbije@gmail.com

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

Претплата: 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. 12. 2001. године, часопис је ослобођен од обавеза плаћања пореза на промет.

Штампано у 10.100 примерака

Штампа Службени гласник, Београд

Овај број Бранича штампан је у септембру 2019. године.

ISSN 0353-9644



Stamp
Bar Association of Serbia

BRANIČ

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

Year CXXXII • New series

Number 1–2/2019

Belgrade

2019

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

Previous editors-in-chief:

Milan St. MARKOVIĆ (1887 and 1897–1901); Đorđe NENADOVIĆ (1888–1890); Dobrivoje – Dobra PETKOVIĆ (1902–1906 and 1925–1926); Ljubomir STEFANOVIĆ (1927–1930); Obrad BLAGOJEVIĆ, PhD (1931–1933); Vidan BLAGOJEVIĆ, PhD (1934); Radoje VUKČEVIĆ, PhD (1935–1937); Vladimir SIMIĆ (1938–1941); Aleksandar MIKULIĆ, PhD (Advocacy; 1976–1981); Gorazd OGUREK (Advocacy; 1982–1984); Mihailo MLADENOVIĆ (Advocacy, 1985–1990); Miroslav DINČIĆ (1991–1995); Živojin ŠESTIĆ (1995–2002); Nedeljko JOVANČEVIĆ, PhD (2002–2017)

Editor-in-chief

— * —

Miroslav PAUNOVIĆ, PhD
Attorney at law

Editorial Board:

— * —

Tihomir HRNJAK, attorney at law, **Oliver B. INJAC**, attorney at law,
Miloš CVEJIĆ, attorney at law, **Dragan SOKNIĆ**, attorney at law

Prepress: Dušan Ćasić

Address of the Redaction

— * —

ADVOKATSKA KOMORA SRBIJE

11000 Beograd, Dečanska 13/II – Tel.: +381 11/32 39 875 – Fax: 32 37 082
www.advokatska-komora.co.rs; e-mail: komora@sbb.rs, a.k.srbije@gmail.com
Branich is published quarterly. Annual subscription is 800 dinars, and a single issue is 250 dinars. Manuscripts are withheld. Contributions to the journal are not paid.
Subscription: ADVOKATSKA KOMORA SRBIJE – 11000 Beograd, Dečanska 13/II, attention: *for Branič*. Bank account number: 205-12358-68

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

Circulation: 10.100 copies

Printed by Službeni glasnik, Belgrade

САДРЖАЈ

Увод	9
ЧЛАНЦИ	
<i>Др Вељко Делибашић</i>	
Припремно рочиште и уводно излагање	11
<i>Др Ђорђе Сараја</i>	
Правни интерес као процесна претпоставка за остваривање судске заштите	24
<i>Др Срећко Косановић</i>	
Актуелне измене и допуне Кривичног законика	39
<i>Слободан Газивога</i>	
Легализација еутаназије – питања за размишљање	60
<i>Александар Самуиловић</i>	
Конверзија кредита у швајцарским францима	69
<i>Јован П. Појовић – Цуца</i>	
Улога адвоката у коришћењу и заштити архивске грађе	78
<i>Љубица Томић</i>	
Примена Конвенције УН о уговорима о међународној продаји робе	90
<i>Милош Смајић</i>	
Утицај неиспуњења претходних фаза у решавању спора на арбитражни поступак – ненадлежност арбитражног већа или недопуштеност тужбе	101

Тања Арсић
Адвокатура и медијација 117

Милисав А. Аџић
Утврђивање правичне накнаде за експроприсано пољопривредно
земљиште 126

КОМЕНТАРИ, РАСПРАВЕ, ИСТРАЖИВАЊА

Др Злаша Лончар Бейковић
Домашај предложених измена и допуна Закона о политичким
странкама 141

Ивана Тојалов Пауновић, др Мирослав Пауновић
Норме о заштити деце у медијима 147

ПРИКАЗИ

Др Радован Д. Вукадиновић
„Арбитража за област Брчко – спор или фарса стољећа“ – Приказ
књиге академика професора др Витомира Поповића 155

Др Исак Давидов
„Кривична одговорност државе“ – Приказ књиге др Горана В.
Ђорђевића 160

Упутство за ауторе 163

TABLE OF CONTENTS

Introduction	9
ARTICLES	
<i>Veljko Delibašić, PhD</i>	
Preparatory Hearing and Opening Statements	11
<i>Dorđe Sarapa, PhD</i>	
Legal Interest as a Procedural Precondition for the Exercise of Judicial Protection	24
<i>Professor Srećko Kosanović, PhD</i>	
Current Amendments to Criminal Code	39
<i>Slobodan Gazivoda</i>	
Legalization of Euthanasia – Issues to be Considered	60
<i>Aleksandar Samuilović</i>	
Conversion of Housing Loans with Currency Clause related to Swiss Frank	69
<i>Jovan P. Popović – Cuca</i>	
Role of Attorneys at Law in Use and Protection of Archival Material	78
<i>Ljubica Tomić</i>	
Application of UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods	90

Miloš Smajić

The Effects on Non-compliance with Pre-arbitration Dispute Resolution Stages – a Question of Jurisdiction of Arbitral Tribunal or a Question of Admissibility of the Claim 101

Tanja Arsić

Advocacy and Mediation 117

Milisav A. Adžić

Establishing Justified Compensation for Expropriated Agricultural Land 126

COMMENTARIES, DISCUSSIONS, RESEARCHES

Zlata Lončar Četković, PhD

Effects of new Solutions Contained in Draft Amendments of Law on Political Parties 141

Ivana Toplov Paunović

Miroslav Paunović, PhD

Rules Related to Protection of Minors in Media 147

REVIEWS

Radovan D. Vukadinović, PhD

„Arbitration for Brčko Area – Dispute or Travesty of Century” – Review of Book by academician professor Vitomir Popović 155

Isak Davidov, PhD

„Criminal Liability of State” – Review of Book by Goran V. Đorđević, PhD 160

УВОД

Поштоване колегинице и колеге,

Стигли смо до редовних бројева часописа „Бранич“; наиме, „надокнадили“ смо бројеве за године у којима часопис није излазио, те од овог броја нумерацији по годинама одговара датуму излажења.

У овом броју настављамо са обрадом тема које одговарају профили часописа, као гласила за правну теорију и праксу адвоката. Актуелни догађаји, те стање у појединим областима друштвеног живота у којима је улога адвоката нарочито значајна, пружају, како смо већ у уводу за претходне бројеве рекли, обиље материјала за сараднике часописа. Овом се изазову, Уређивачки одбор то са посебним задовољством констатује, одазивају колегинице и колеге из редова адвокатури, али и универзитетски професори и припадници професија са којима адвокати блиско сарађују.

Позив за сарадњу је и даље отворен и очекујемо ваше прилоге – настојаћемо да часопис буде отворен за савесно, одговорно и критичко разматрање стручних питања, за сучељавање ставова и размену искустава о проблемима са којима се сусрећу друштво у целини, па и адвокатура као његов важан чинилац. Поље интересовања адвоката је бескрајно, а изазови времена, који се и наше професије тичу, захтевају да се, као људи од пера (како волимо да кажемо), у свом часопису о њима изјашњавамо.

Јули 2019. године

Уређивачки одбор

UDK 343.1(497.11)

Др Вељко Делибашић

научни сарадник, адвокат из Београда

ПРИПРЕМНО РОЧИШТЕ И УВОДНО ИЗЛАГАЊЕ

Сажетак

У уводном делу рада се поставља питање да ли је уопште потребно, оправдано и економично уводити припремно рочиште у кривични поступак и да ли се његови ефекти могу надоместити уводним излагањем. Након тога се указује на основна правила одржавања припремног рочишта, изјашњење окривљеног на припремном рочишту, улогу оштећеног на припремном рочишту, као и на аргументацију за прописивање и примену припремног рочишта у кривичном поступку, односно на аргументе против постојања припремног рочишта у кривичном поступку. Затим се у раду обрађује уводно излагање и однос уводног излагања и припремног рочишта, након чега се изводе закључна разматрања у којима се закључује, пре свега, да је припремно рочиште потпуно непотребно, да одуговлачи поступак, а да се евентуални добри ефекти припремног рочишта могу надоместити уводним излагањем које је саставни део главног претреса а држи се на његовом почетку.

Кључне речи: припремно рочиште, уводно излагање, кривични поступак, предлагање доказа, претпоставка невиности.

I. Увод

Законик о кривичном поступку из 2011. уводи припремно рочиште, које би требало да допринесе ефикаснијем и економичнијем вођењу кривичног поступка. Овакво решење изазива дилему да ли је уопште потребно, оправдано и економично уводити у кривични поступак једно рочиште на коме се по правилу неће одржати главни претрес, односно да ли оно доприноси или не доприноси ефикасности кривичног поступка у сва три његова елемента. У одговору на ово питање прво се мора имати у виду чињеница, која се по правилу заборавља или намерно игнорише, да ефикасност и брзина поступка нису синоними и да брз поступак сам по себи не мора бити и ефикасан,¹ односно да су законитост, правичност² и брзина три елемента ефикасности поступка, при чему је брзина свакако најмање важан елемент ефикасности. Дакле, поставља се питање да ли припремно рочиште доприноси законитом, правичном и довољно брзом поступку, а у зависности од одговора на ова три питања, треба заузети став да ли припремно рочиште уопште треба да буде прописано, без обзира на то да ли је реч о обавезном (за дела за која је забрањена казна затвора дванаест година или тежа казна) или факултативном рочишту (за дела за која је забрањена казна затвора до дванаест година). Такође, поставља се и питање да ли се у форми уводног излагања могу остварити сви евентуални ефекти који се настоје постићи одржавањем припремног рочишта, те уколико је одговор позитиван, да ли би било оправдано уместо припремног рочишта држати уводно излагање, након којег би се, без икаквог прекида, наставило са главним претресом и да ли би се на тај начин убрзао поступак бар за то једно (припремно) рочиште, односно, у пракси, за временски период од пар месеци.

II. Припремно рочиште

1. Основна правила одржавања припремног рочишта

Припремно рочиште представља стадијум кривичног поступка који је према законској систематици сврстан међу елементе припремања за

¹ Најбржи суд је преки суд, али он свакако није законит и правичан. О томе видети: Милан Шкулић, „Устав као гарант независности функционисања правосуђа”, *Организација правосуђа и ефикасности судске заштите (евројски стандарди и стање у Србији) – кривичној правни аспекти*, Златибор, 2018, 22–23.

² Поступак мора бити правичан истовремено према окривљеном, друштвеној заједници и оштећеном.

одржавање главног претреса. Овај процесни стадијум се своди на одговарајуће изјашњавање странака о предмету оптужбе, давање одређених доказних образложења, испољавање релевантне доказне иницијативе и, уопште, представља својеврсно прелиминарно „суочавање” странака пред судом, при чему се испољава начело контрадикторности, а постоји могућност суда да већ у тој припремној фази, пре одржавања главног претреса, донесе низ важних одлука, међу које спада и решење о обустави кривичног поступка као вид окончања започетог кривичног поступка. *Ratio legis* припремног рочишта је заснован на адверзијалној конструкцији главног претреса и своди се на тежњу да се странке што је могуће раније у процесно-стадијумском смислу изјасне у погледу својих доказних интенција у односу на будући главни претрес, како би се на тај начин, с једне стране, омогућило суду пред којим ће се главни претрес одвијати, да на одговарајући начин планира време одржавања, трајање и ток главног претреса, док се тиме, с друге стране, омогућава обострано „отварање карата” странака у погледу њихове будуће и планиране доказне активности на главном претресу.³

На припремном рочишту се спроводи низ активности, од којих су неке страначког карактера а неке су судске. Странке се изјашњавају о предмету оптужбе, образлажу се докази који ће бити изведени на главном претресу и предлажу нови докази, утврђују се чињенична и правна питања која ће бити предмет расправљања на главном претресу, одлучује се о споразуму о признању кривичног дела, о притвору и о обустави кривичног поступка, као и о другим питањима за која суд оцени да су од значаја за одржавање главног претреса. Припремно рочиште се одржава пред председником већа, без присуства јавности. Ово рочиште начелно није јавног карактера, што значи да се овде јавност неће искључивати, већ ње ни иначе нема у том процесном стадијуму. У позиву за припремно рочиште председник већа ће упозорити странке и оштећеног да се на припремном рочишту може одржати главни претрес, тј. да под одређеним закоником дефинисаним условима започето припремно рочиште може „прерасти” у одржавање главног претреса. На припремно рочиште сходно се примењују одредбе о главном претресу, осим ако Закоником о кривичном поступку није другачије одређено.⁴

³ Милан Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд, 2014, 357.

⁴ Зоран Стојановић, Милан Шкулић, Вељко Делибашић, *Основи кривичног права, кривично процесно право, кривични поступак кроз практичну примену*, Књига II, Београд, 2018, 305–306.

2. Изјашњење окривљеног на припремном рочишту

Током целог кривичног поступка, па тако и на припремном рочишту, окривљени има право, али не и обавезу, да се изјасни о оптужби. Он може да одбије да се изјасни, да призна извршење кривичног дела које му се ставља на терет у целости или делимично, или да негира извршење кривичног дела у целости. Такође, ако не оспорава кривично дело у целости, он може да оспори чињенични опис кривичног дела или предлог правне квалификације који износи тужилац у оптужби. И на крају, ако оптужба садржи више кривичних дела, окривљени може нека кривична дела признати а друга негирати, односно оспорити део или целу оптужбу.

На припремном рочишту, уколико оптужени оспори наводе оптужбе, председник већа га позива да се изјасни који део оптужнице оспорава и из којих разлога, при чему га упозорава да ће се на главном претресу изводити само докази у вези са оспореним делом оптужнице. Да би оптужени могао квалитетно да се изјасни о оптужници, односно да је оспори у целости или неком делу, и да наведе разлоге због којих то чини, неопходно је да се припреми, а у томе кључну улогу има његов бранилац, који ће га добро припремити за овај важан процесни тренутак. Таква припрема подразумева да се, након заједничког проучавања предмета, клијенту објасне законске одредбе и сам ток кривичног поступка, после чега он треба да донесе одлуку да ли ће и који део оптужнице оспорити. Ако се одлучи да оспори наводе оптужнице, бранилац треба да му помогне око избора аргумената које ће навести приликом објашњавања из којих разлога то чини. Клијенту се мора посебно нагласити да ће се на главном претресу расправљати само оспорени део оптужнице, и да је најбоље, уколико има дилему да ли нешто треба или не треба оспорити, да то, у овој фази поступка, оспори, јер ће тако, током даљег поступка сачувати могућност да евентуално промени своју одлуку.⁵

3. Присуство оштећеног на припремном рочишту

Суд има обавезу да позове оштећеног на припремно рочиште, као и да га упозна са његовим правом да поднесе предлог и доказе за остваривање имовинскоправног захтева и да предложи привремене мере за његово обезбјеђење, уколико до тада није поднео имовинскоправни захтев. Ако је оштећени поднео овај захтев, председник већа ће га про-

⁵ Veljko Delibašić, Robert Lochary, *Veštine zastupanja u krivičnim postupcima*, Beograd, 2016, 32–33.

читати уколико оштећени није присутан на припремном рочишту. У случају да оштећени није поднео имовинскоправни захтев, може га поднети на овом рочишту. Иако ово право може користити до завршетка главног претреса, било би пожељно да оштећени то учини што пре, односно ако не у фази истраге, онда већ на припремном рочишту. Наиме, због обавезе провере околности које су од важности за утврђивање имовинскоправног захтева, судови подношење овог захтева након припремног рочишта, некада и сасвим неоправдано, користе као аргумент за оцену да би то могло довести до знатног одуговлачења поступка, чиме се касније избегава одлучивање о њему. Као и странке, и оштећени је дужан да на припремном рочишту предложи доказе које намерава да изведе на главном претресу, уз упозорење суда да се неће изводити накнадно предложени докази које из неоправданог разлога није предложио иако су му били познати. Иако оштећени има право да предложи и учествује у извођењу доказа, за разлику од странака које имају право да се изјасне о свим доказним предлозима, законодавац није дао право оштећеном да се изјашњава о доказним предлозима странака.⁶

4. Аргументација за прописивање и примену припремног рочишта у кривичном поступку

Припремно рочиште представља новину која се оправдава потребом да се јасно разграничи поље расправљања на главном претресу. Законодавац је, с циљем остварења захтева процесне економије, настојао да растерети главни претрес на тај начин што ће се одређена питања претходно решити на припремном рочишту. Идеја је да ће се тиме омогућити убрзање самог главног претреса.⁷

Аргументација за увођење припремног рочишта и оправдавање његовог постојања своди се на идеју да оно даје могућност да се предупреди предлагање доказа у недоглед и уопштено – баз навођења конкретних чињеница које се тим доказима доказују и без јасно наведених разлога, што је представљало основну критику законских решења из ранијег периода. Према ставу појединих аутора, главни претрес се често претварао у неекономичну и недовољно продуктивну фазу поступка, јер су врло често прихватани сви доказни предлози у склопу бојазни да начело материјалне истине неће бити у потпуности задовољено, па су тако

⁶ Тијана Костић, *Кривичнопроцесни положај оштећеног у кривичним поступцима за кривична дела са елементом насиља*, мастер рад, Београд, 2018, 35–36.

⁷ Горан П. Илић и др., *Коментар Закона о кривичном поступку*, Београд, 2012, 722.

прихватани и извођени докази о чињеницама које странке суштински не оспоравају, а што је за резултат имало предуго вођење кривичног поступка и стварање непотребних трошкова. Решење овог проблема заговорници припремног рочишта налазе у увођењу припремног рочишта као фазе која претходи главном претресу и суштински треба да представља ефикасну припрему за главни претрес, где је основни циљ да се на главном претресу расправљају само спорна питања. Такође, наводи се и да је овакво решење у потпуности сагласно са одредбом којом је прописано да се не доказују чињенице које су опште познате, у довољној мери расправљене, те оне које окривљени признаје на начин који не захтева даље доказивање. Оваква аргументација се поткрепљује резултатима добијеним анализом разлога дуготрајности кривичних поступака, коју су виши судови извршили на подручју Апелационог суда у Новом Саду, а који указују на неадекватну концентрацију доказа као и стално предлагање нових доказа, што је обавезивало суд да о тим доказима одлучи. Судови су по правилу некритички прихватили доказне предлоге који су истицани скоро до самог завршетка кривичног поступка, у намери да избегну један од најчешће истицаних жалбених разлога – непотпуно утврђено чињенично стање, и на тај начин значајно доприносили одуговлачењу кривичног поступка.⁸

Већ на први поглед јасно је да се добар део ових аргумената уопште не односи на припремно рочиште, односно очигледна је нетачност или неприхватљивост, како изнетих ставова, тако и изнетих аргумената. Наиме, то што су судови прихватили доказе о неспорним чињеницама, чињеницама које су опште познате, у довољној мери расправљене, те оне које окривљени признаје на начин који не захтева даље доказивање, неће се исправити помоћу припремног рочишта, јер ће суд који је то чинио раније, исту грешку правити и у будуће, овај пут на припремном рочишту. Решење тог проблема је очигледно у едукацији судија, а не у увођењу припремног рочишта. Такође, и по садашњем Законику о кривичном поступку, и поред припремног рочишта, постоји могућност предлагања доказа током целог кривичног поступка и, логично, суд о тим предлозима мора да одлучи, односно ни овај проблем није решен припремним рочиштем. И на крају, чак и ако се прихвати став да су судови некритички прихватили доказне предлоге који су истицани до завршетка главног претреса у „намери да избегну један од најчешће истицаних жалбених разлога – непотпуно утврђено чињенично стање”

⁸ Ове ставове видети у: Мирослав Алимпић, Тамара Радовић, „Припремно рочиште (норма и пракса – оправданост или не)”, *Реформски процеси и поглавље 23 (једину дана после) – кривичној правни аспекти*, Златибор, 2017, 426–427.

(што је тешко прихватљиво), стоји чињеница да се тај проблем не може решити на припремном рочишту, јер и по садашњем законнику постоји, како могућност предлагања доказа до краја главног претреса, тако и жалбени основ погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање.⁹ Уосталом, све то што се по заговорницима припремног рочишта „ради”, односно „решава” на припремном рочишту, може се без икаквих проблема урадити-решити на главном претресу приликом уводног излагања, односно на самом почетку главног претреса.

5. Аргументи против постојања припремног рочишта у кривичном поступку

Припремно рочиште се одржава пред председником већа, без присуства јавности, а у позиву за припремно рочиште председник већа ће упозорити странке и оштећеног да се на припремном рочишту може одржати главни претрес. Овакво решење је прилично бесмислено и у пракси непримењиво, јер би у случају да одлучи да држи главни претрес председник већа морао да обезбеди присуство осталих чланова већа¹⁰ и присуство јавности,¹¹ што је у пракси готово немогуће, па се из тог разлога и не догађа да се на припремном рочишту одржи главни претрес.¹²

Прописивањем члана 346. став 3. Законика о кривичном поступку законодавац је направио више пропуста и унео додатну недоумицу. Наиме, ова одредба дословце гласи: „ако су јавни тужилац, оптужени и његов бранилац постигли споразум о признању кривичног дела у односу на одређене тачке оптужнице, председник већа ће одредити припремно рочиште за део оптужнице који није обухваћен споразумом”. Пропуст се огледа у остављању могућности да је бранилац постигао споразум,

⁹ Опет је решење у едукацији судија, а не у прописивању припремног рочишта.

¹⁰ Ово се не односи на случајеве када суди судија појединац, када иначе није обавезно припремно рочиште и по правилу се не одржава. Проблем је посебно тежак када се ради о кривичном делу за које је надлежно веће од троје судија професионалаца или троје поротника и двоје судија професионалаца, када би председник већа морао одмах (непланирано) да обезбеди присуство и судија професионалаца, што је у пракси готово немогуће.

¹¹ Неприхватљиво је да се само декларативно констатује да је суђење јавно, односно на тај начин се не обезбеђује јавност поступка, ако се има у виду чињеница да сви они који желе да прате главни претрес (новинари, родбина и пријатељи окривљеног или оштећеног) у том тренутку нису у суду, јер се припремно рочиште држи без присуства јавности, па ти људи нису ни дошли у суд.

¹² Аутору није познат ниједан случај да се на припремном рочишту одржао главни претрес.

јер споразум о признању кривичног дела, на основу изричите одредбе (члан 313. став 1), могу закључити само јавни тужилац и окривљени, а никако бранилац. То што је током склапања споразума обавезна одбрана, никако не мења чињеницу да бранилац само помаже окривљеном, а да је окривљени искључиво овлашћен да склопи споразум о признању кривичног дела.¹³ Други део цитиране одредбе је збуњујући, јер ако председник већа одреди припремно рочиште само за део оптужнице који није обухваћен споразумом, поставља се питање како ће се онда на том рочишту одлучивати о споразуму о признању кривичног дела, што прописује члан 345. став 1. Законика о кривичном поступку.

Да се на припремном рочишту ипак не одлучује о споразуму о признању кривичног дела, што је у супротности са одредбом члана 345. став 1. Законика о кривичном поступку, закључује се из одредбе члана 348. став 6. Законика о кривичном поступку. Ова одредба прописује да ће се поступак раздвојити за дела из оптужнице за која је постигнут споразум о признању кривичног дела, а да ће се за остала дела, тј. тачке оптужнице одржати припремно рочиште.

У позиву за припремно рочиште странке ће бити упозорене да на припремном рочишту могу предложити нове доказе ако су за њих сазнале након потврђивања оптужнице (члан 347. став 2). Из овакве формулације намеће се закључак да окривљени и бранилац не могу предлагати доказе за које су сазнали пре потврђивања оптужнице, што је бесмислено и у битном ограничава право окривљеног на одбрану. Наиме, искључиво је право окривљеног да изабере да ли ће активно учествовати у истрази коју спроводи јавни тужилац (који је супротна странка у поступку) или ће се активно бранити тек након потврђивања оптужнице, односно пред судом који је неутралан. Такође, из овакве формулације законодавца, произилази да окривљени на припремном рочишту не може да предлаже ни доказе које је предложио јавном тужиоцу, а он није прихватио такав предлог, јер је и за те доказе окривљени знао пре потврђивања оптужнице. Све у свему, оваквом формулацијом се индиректно намеће обавеза окривљеном да све доказе за које зна мора да предложи пре потврђивања оптужнице, јер цитирана одредба прописује да на припремном рочишту може да предложи само нове доказе за које је сазнао након потврђивања оптужнице. Бесмисленост таквог решења не треба посебно образлагати, па је добро што судови не придају значаја овој одредби, односно дозвољавају да се на припремном

¹³ И остале споразуме са јавним тужиоцем (о сведочењу окривљеног, односно осуђеног) такође закључује искључиво окривљени, који мора имати браниоца.

рочишту предлажу нови докази без обзира на то да ли се за њих сазнало након потврђивања оптужнице или пре тога.

Најпроблематичнија одредба о припремном рочишту (члан 350. став 1) прописује да ће председник већа позвати странке, браниоца и оштећеног да образложе предложене доказе које намеравају да изведу на главном претресу, при чему ће их упозорити да се неће извести они докази који су им били познати, али их без оправданог разлога на припремном рочишту нису предложили. С обзиром на то да тужилац, готово увек, остаје при доказима које је предложио у оптужници, може се закључити да је суштински циљ припремног рочишта да окривљени и бранилац изнесу своје доказе и тако се приморавају да доказују невиност. За доказе тужиоца се већ зна из оптужнице, дакле, овде странке не предлажу нове доказе, већ то практично-суштински чини само одбрана.

Наметањем обавезе окривљеном и браниоцу да у овој фази предложи све доказе, иако претходно нису видели шта је тужилац успео да уради извођењем својих доказа, законодавац практично уводи обавезу доказивања невиности, што није добро из више разлога. Одбрана често неће бити сигурна, у овом процесном тренутку, да ли уопште треба или не треба изнети неки доказни предлог, па је у том случају мудрије сачекати са тим предлогом и ставити га касније, када се у потпуности увери у потребу извођења тог доказа. Ако настане проблем због тога што доказ није предложен благовремено, одбрана увек може да инсистира на неколико ствари. Тада судијама треба лепо објаснити да на припремном рочишту одбрана није ни имала потребу за тим доказом и да није хтела да непотребно одуговлачи поступак, односно да је тек након тужиоцевих доказа могла реално да сагледа и процени од чега треба да се брани, односно за којим доказом има потребу. Такође се може навести да, до тог момента, предлог није стављен из оправданог разлога, који се огледа у чињеници да бранилац сме да стави само онај предлог који иде у корист окривљеног, а да на припремном рочишту бранилац није био потпуно сигуран да ли тај доказ иде у корист или на штету његовог клијента. Наравно, треба имати у виду и то да ће суд тешко утврдити када је бранилац заиста сазнао за одређени доказ, уз напомену да се тренутком сазнања за одређени доказ сматра онај моменат кад је бранилац у потпуности сигуран да је то доказ који иде само у прилог одбране.¹⁴

Правило по коме је одбрана дужна да предложи све доказе на припремном рочишту угрожава право окривљеног да се брани на начин који

¹⁴ V. Delibašić, R. Lochary, 33.

сматра најповољнијим, јер је практично присиљен да изнесе доказе и разоткрије концепцију своје одбране већ на самом почетку поступка. Овакво законско ограничење права на одбрану не може се оправдати интересима економичности поступка. Право на одбрану ћутањем, право окривљеног да сам себе није дужан инкриминисати, као и право да се окривљени брани на начин и у тренутку за који сматра да је за њега најповољнији, представља срж права на правично суђење.¹⁵ Такође, аргументовано се може бранити став да се присиљавањем одбране да све доказе изнесе на припремном рочишту, када одбрана и не зна какав ће успех остварити тужилац својим доказима, грубо вређа право на одбрану, јер окривљени тада још увек не зна од чега треба да се брани (уколико је тужилац неуспешан у доказивању, окривљени неће имати уопште потребу да се брани од било чега), а истовремено се повређује претпоставка невиности и окривљени приморава да доказује своју невиност, што је апсолутно неприхватљиво.¹⁶ Поштовање правила да је терет доказивања на тужиоцу мора се поштовати током целог поступка (укључујући и припремно рочиште), а одбрани (окривљеном и браниоцу) се мора оставити могућност да слободно одлучи које ће доказе супротставити доказима тужилаштва, али тек када на главном претресу сагледа резултате извођења доказа од стране тужилаштва.¹⁷

И поред тога, треба рећи да има аутора који чак заговарају решење по коме би се право на предлагање доказа временски ограничило до закључења припремног рочишта или до завршетка уводних излагања уз потпуни (!?) губитак права да се после тог тренутка предложи нови докази, уз образложење да је могућност предлагања доказа једна од најчешћих злоупотреба процесних овлашћења.¹⁸

¹⁵ Југослав Тинтор, „Конкретни предлози за унапређење делотворности одбране”, *Доминантни правци развоја кривичног законодавства и друга актуелна питања у правном систему Србије*, Копаоник, 2016, 257.

¹⁶ Вељко Делибашић, „Бранилац као субјект (не)ефикасности кривичног поступка”, *Организација правосуђа и ефикасности судске заштите (евројски стандарди и стање у Србији) – кривичноправни аспекти*, Златибор, 2018, 368.

¹⁷ Југослав Тинтор, „Процесни положај браниоца – норма, пракса и мере унапређења”, *Евројске интеграције и казно законодавство (поглавље 23 – норма, пракса и мере хармонизације)*, Златибор, 2016, 466.

¹⁸ Видети: Александар Перишић, „Могућности за убрзање кривичног поступка са аспекта овлашћења тужиоца и полиције”, *Доминантни правци развоја кривичног законодавства и друга актуелна питања у правном систему Србије*, Копаоник, 2016, 333.

III. Уводно излагање

1. Основна правила уводног излагања

После излагања оптужбе и изјашњавања оптуженог, председник већа позваће тужиоца, а потом браниоца или оптуженог који се брани сам, да изнесу уводна излагања. Ово ће изостати ако је на припремном рочишту већ дошло до изјашњења странака и предлагања доказа. Уводна излагања морају бити сажета и односити се на чињенице које ће бити предмет доказивања, на излагање доказа које ће странака извести и на правна питања о којима ће расправљати. При томе председник већа може уводна излагања ограничити на одређено време и прекинути странку и браниоца ако прекораче дато време или излажу изван допуштеног садржаја.

Бранилац се мора добро припремити за уводно излагање, које мора да садржи све битне елементе, при чему не треба да буде предугачко, а препоручено време, у зависности од сложености предмета, износи од 10 до 30 минута. Наравно, предмети који су веома сложени захтеваће дуже уводно излагање. Пожељно је уводно излагање изговорити у форми интересантне приче, која треба да буде као приказ филма. Уводно излагање мора бити једноставно, логично и мора да се уклапа у чињенице и правне захтеве конкретног случаја, Кад год је то могуће, уводно излагање треба да буде изнето одређеним хронолошким редом, јер је већина људи навикнута да слуша причу на тај начин.¹⁹

Треба имати у виду и то да је уводно излагање прилика за браниоца да изнесе своју верзију догађаја у целости, на начин који све делове, поткрепљене појединачним доказима, повезује у складну целину која одговара одбрани. Тиме се омогућава судијама да благовремено разумеју оквирну слику, и да затим током суђења поставе сваки изведени доказ у контекст приче коју је изнео бранилац приликом уводног излагања. Указивањем судијама на важне чињенице, у суштини, они се упозоравају на оно шта је важно и шта треба да очекују на предстојећем суђењу, чиме се појачава њихова пажња када је реч о околностима које су важне за одбрану.²⁰

2. Однос уводног излагања и припремног рочишта

Ако се упореде одредбе које се односе на припремно рочиште и уводно излагање, лако се може уочити да се најважније активности

¹⁹ Зоран Стојановић, Милан Шкулић, Вељко Делибашић, *Основи кривичној и кривичној процесној права*, Београд, 2018, 539.

²⁰ *Ibid.*, 539–540.

одвијају у оба случаја на готово идентичан начин. Наиме, у обе ситуације, после излагања оптужбе и изјашњења окривљеног, странке, бранилац и оштећени могу, односно треба да укажу на чињенице које ће бити предмет доказивања, предложe доказе које ће извести и укажу на правна питања о којима ће расправљати. Предност уводног излагања у односу на припремно рочиште лежи у чињеници да се оно износи пред већем, тако да се одмах може донети одлука како о сагласним предлозима странака о којима одлучује председник већа, тако и о предлозима о којима странке нису сагласне о којима одлучује веће (с обзиром на то да на припремном рочишту није присутно веће, не може се ни донети одлука о предлозима о којима нема сагласности странака). Такође, с обзиром на то да је уводно излагање део главног претреса, и да је обезбеђена јавност и прописно састављено веће (осим кад суди судија појединац), одмах након уводног излагања главни претрес се наставља и на тај начин се у битном штеди време, за разлику од припремног рочишта које се након изјашњења странака прекида, и тек тада заказује главни претрес. На тај начин се због припремног рочишта, практично, непотребно одуговлачи поступак и губи време ради одржавања једног рочишта (сувишног), на коме се ништа не решава (одлучује), а што не би могло да се уради и на главном претресу приликом, односно након уводног излагања.

III. Закључак

Законодавац је учинио већи број правно-техничких пропуста приликом прописивања одредби о припремном рочишту, што доводи до великих дилема. Један број одредаба о припремном рочишту је непримењив у пракси, добар део одредаба је контрадикторан, а све то доводи до непотребног одуговлачења поступка. Одуговлачењу поступка доприноси и чињеница да на припремном рочишту, чак и у оним ситуацијама када би по редовном току ствари могао да се одржи главни претрес, то није изводљиво јер није обезбеђена јавност и није присутно веће (што се не може урадити моментално, већ се мора одредити нови датум, када ће се држати главни претрес). Ако се томе дода чињеница да се на припремном рочишту повређују поједина права окривљеног, а пре свега његово право на претпоставку невиности, тј. да није дужан да доказује своју невиност и да је терет доказивања на тужиоцу, онда је јасно да се те одредбе морају или потпуно избрисати из Законика о кривичном поступку, што би свакако било најбоље решење, или да се у доброј мери измене, уз напомену да чак и темељно мењање одредаба о

припремном рочишту не би допринело законитом, правичном и брзом поступку, односно ефикаснијем поступку.

Коначни закључак је да припремно рочиште треба укинути јер се оно у пракси показало као изузетно компликовано и потпуно некорисно,²¹ а истовремено се њиме непотребно одуговлачи кривични поступак. С обзиром на то да се у форми уводног излагања могу остварити сви евентуални ефекти који се настоје постићи одржавањем припремног рочишта, било би оправдано изменити тренутно законско решење, тако што би се припремно рочиште укинуло, прописало обавезно изношење уводног излагања на самом почетку главног претреса, након којег би се, без икаквог прекида, наставило са главним претресом, чиме би се убрзао поступак бар за то једно (припремно) рочиште, односно, у пракси, за временски период од пар месеци.

Veljko Delibasić, PhD

attorney at law in Belgrade,
scientific associate

PREPARATORY HEARING AND OPENING STATEMENTS

Summary

The introductory part of the paper raises the question whether it is necessary, justified and economical to introduce a preparatory hearing in criminal proceeding and whether its effects can be replaced by opening statements. After that, the basic rules for holding a preparatory hearing are pointed out, as well as the basic rules for the statement of the defendant at the preparatory hearing, the role of the injured party at the preparatory hearing, as well as the arguments for prescription and implementation of the preparatory hearing in criminal procedure, *i. e.* arguments against the existence of a preparatory hearing in the criminal procedure. Afterwards, the article deals with the opening statements and the relation between the opening statements and the preparatory hearing, after which the final considerations are given, in which it is concluded, first and foremost, that the preparatory hearing is completely unnecessary, that it prolongs the proceedings, and that the possible positive effects of the preparatory hearing could be replaced by the opening statements, which is an integral part of the trial and is held at its beginning.

Key words: preparatory hearing, opening statements, the criminal procedure, proposing evidence, presumption of innocence.

²¹ О резултатима припремног рочишта у пракси видети: Зоран Крстић, „Припремно рочиште и ефикасност главног претреса”, *Главни претрес и суђење у разумном року, регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени*, Београд, 2015, 160. и 169.

UDK 347.922.3

Др Борђе Сарайџа
адвокат из Београда

ПРАВНИ ИНТЕРЕС КАО ПРОЦЕСНА ПРЕТПОСТАВКА ЗА ОСТВАРИВАЊЕ СУДСКЕ ЗАШТИТЕ

Сажетак

Правни интерес је једна од процесних претпоставки које се тичу странака. У најужој је вези, и своди се на процесну легитимацију за покретање и вођење парнице. Постојање правног интереса је општа процесна претпоставка. Нема материјалноправни значај, јер није претпоставка за усвајање тужбеног захтева. За подношење кондемпнаторне и конститутивне тужбе постојање правног интереса се пресумира. Међутим, код деклараторне тужбе тужилац треба да учини вероватним да је овлашћен за вођење парнице, што се своди на доказивање постојања правног интереса. Сматра се да правни интерес постоји ако би тужилац имао користи уколико тужбени захтев буде усвојен.

У складу са наведеним су и законодавна решења у Србији, садржана у Закону о парничном поступку.

Кључне речи: правни интерес, процесна легитимација, деклараторна тужба

I. Процесне претпоставке

У савременом друштву самопомоћ је неприхватљива као начин остваривања правне заштите, јер се своди на право јачег. Пружање правне заштите субјективних права је законом уређена друштвена функција.

Процесне претпоставке су околности од којих зависи допустивост покретања и вођења парничног поступка и доношење мериторне одлуке ради пружања правне заштите.¹ То су одређена својства и услови који

¹ Синиша Трива, *Грађанско парнично процесно право*, Загреб, 1980, 24.

морају да постоје с обзиром на суд, с обзиром на странке и с обзиром на предмет и начин покретања поступка, ради мериторног решења правног питања због којег се поступак покреће.²

Процесне претпоставке које се тичу странака су страначка способност, парнична способност, уредно заступање странака, процесна легитимација и правни интерес. У неким правним системима, поред страначке и парничне способности, тражи се и постулативна способност.

Старија правна теорија, базирана на институцији римског права *litis contestatio*, полазила је од становишта да је парнични поступак правни однос који не може наступити без постојања процесних претпоставки. Зато треба да се у претходном стадијуму поступка утврди и испита да ли оне постоје. Следећи немачку правну теорију грађанског парничног поступка с краја деветнаестог и почетка двадесетог века, овакво становиште о природи процесних претпоставки било је прихваћено у парничном поступку Немачке из 1877. године и Угарске из 1911. године. Постојање процесних претпоставки утврђивало се међупресудом.

Новија правна теорија не прихвата овакво становиште. Оно није било прихваћено ни у аустријском Грађанском парничном поступку из 1895. године, као ни у Законику о судском поступку у грађанским парницама од 13. јула 1929. године (Краљевине Југославије), који је преузео многа решења из аустријског Грађанског парничног поступка. Није било прихваћено ни у Закону о парничном поступку из 1957. године (ФНРЈ), као ни у законима који су следили, укључујући актуелни Закон о парничном поступку. Покретање парнице није условљено спровођењем посебног претходног поступка у којем би се утврдило постојање процесних претпоставки. Њихово постојање испитује се у парници. Према томе, пре покретања парнице, и ван парнице, не може се испитивати ни утврђивати постојање процесних претпоставки за вођење парнице.

II. Процесна легитимација

Правни интерес је у најужој вези, и суштински се своди на процесну легитимацију за покретање и вођење конкретног правног спора.

Процесна легитимација је једна од процесних претпоставки које се тичу странака.

Страначка, парнична и постулативна способност су својства која не зависе од правног односа и спора у вези са којим се води парница. Оне

² Срећко Цуља (*Zuglia*), *Грађански парнични поступак ФНРЈ*, Загреб, 1957, 24.

постоје независно од конкретног правног односа и спора. За разлику од њих, процесна легитимација је одређена односом странке према предмету конкретног спора.

Процесна легитимација је овлашћење за тражење правне заштите. Она представља овлашћење странке за покретање и вођење конкретне парнице (*legitimatío ad processum*). Постојање процесне легитимације значи да странка има правни интерес и потребу за заштитом својих права, која остварује у парничном поступку.

Да би доказао постојање процесне легитимације, тужилац треба пре упуштања у расправљање о основаности тужбеног захтева да учини вероватним да је овлашћен за покретање и вођење конкретне парнице, како у односу на тужену странку, тако и у односу на истакнути тужбени захтев. **Да би учинио вероватним да је овлашћен за вођење парнице, тужилац треба само да докаже да има правни интерес да покреће парницу, уколико постоје претпоставке за које тврди да постоје, и да би имао користи ако тужбени захтев буде усвојен.** Да ли из наведених околности произилази основаност тужбеног захтева или не, то није процесно питање постојања или непостојања правног интереса, односно процесне легитимације, него питање основаности тужбеног захтева. Зато, иако је за утврђивање постојања процесне легитимације нужно упућивање на материјалноправне норме грађанског права, постојање процесне легитимације је процесна претпоставка и нема материјалноправни значај.³

1. Однос процесне легитимације и активне и пасивне легитимације

Неки аутори процесну легитимацију изједначавају са активном и пасивном легитимацијом.

Активно је легитимисано на вођење парнице оно лице коме припада право које се у парници тражи, утемељено на материјалноправним нормама. Пасивно је легитимисан онај ко је по прописима материјалног права обавезан да то учини или пропусти. Из овога ти аутори изводе закључак да процесна легитимација за вођење парнице није процесне природе, него спада у материјалноправна питања о основаности тужбеног захтева.⁴ Ово становиште нема основа. **Процесна легитимација је овлашћење за тражење правне заштите.** За постојање процесне легитимације тужилац треба само да учини вероватним да је овлашћен на вођење конкретне парнице. Из околности које су основ за доказивање

³ С. Трива, 106.

⁴ С. Цуља, 231.

правног интереса не треба да произилази и основаност тужбеног захтева. Према томе, питање процесне легитимације није везано за меритум спора. Уосталом, на то упућује и латински назив (*legitimatio ad processum*).

Постојање активне и пасивне легитимације (*legitimatio ad causam*) је претпоставка од чијег постојања зависи основаност тужбеног захтева. Зато питање активне и пасивне легитимације није процесна него материјалноправна претпоставка, на што упућује и латински назив. Стога неки аутори активну и пасивну легитимацију називају стварна легитимација.⁵

III. Правни интерес

Једна од процесних претпоставки које се тичу странака је постојање правног интереса за тражење правне заштите.

Код тражења судске заштите постоје два захтева. Један је захтев у односу према суду да тужиоцу пружи правну заштиту. Тај захтев је процесне природе, јер се темељи на одредбама процесног права. Други је захтев онај према туженом, који се темељи на материјалноправним нормама које су правни основ пресуђења о меритуму.

Сваки тужилац мора имати конкретан и актуелан правни интерес. Постојање правног интереса је општа процесна претпоставка за допуштеност суђења у одређеној правној ствари, а не материјалноправна претпоставка за усвајање истакнутог тужбеног захтева.⁶ То значи да правни интерес мора да постоји без обзира на садржај правне заштите и тип тужбе којом се поступак покреће. Непостојање правног интереса представља процесну сметњу.

1. Правни интерес за подношење кондемпнаторне тужбе (тужба за осуду на чинидбу⁷)

Кондемпнаторна тужба је тужба којом тужилац тражи да тужени у корист тужиоца нешто чини, трпи или пропусти. Пресудом која се доноси у поступку по кондемпнаторној тужби не уноси се никаква промена у материјалноправни однос између парничних странака.⁸

Правна заштита кондемпнаторном тужбом тражи се након повреде права.

⁵ Боривоје Познић, *Грађанско процесно право*, Београд, 1991, 107.

⁶ С. Трива, 106. Милорад Живановић, *Тужба за ушврђење у парничном поступку*, Бања Лука, 1991, 140.

⁷ С. Цуља, 369–370; Б. Познић, 162; С. Трива, 308–310.

⁸ Б. Познић, 232.

С обзиром на забрану самопомоћи, тужилац нема другог начина да оствари своја права него да од суда тражи правну заштиту. Зато се сматра да тужилац увек има правни интерес за покретањем поступка кондемпнаторном тужбом. Правни интерес се пресумира. Зато га тужилац не мора доказивати. Та пресумпција темељи се на томе што пресуда којом се удовољава тужбеном захтеву по кондемпнаторној тужби представља извршни наслов за принудно остварење права које тужиоцу припада на основу материјалноправних норми.

2. Правни интерес за подношење конститутивне тужбе (преображајна тужба⁹)

Конститутивна тужба је тужба којом тужилац тражи стварање нових правних односа, модификацију постојећих правних односа, или укидање постојећих правних односа. Пресудом се остварује материјално право тужиоца на промену правних односа.

У одређеним случајевима правни субјекти не могу властитим диспозицијама стварати нове, укидати постојеће нити модификовати постојеће правне односе. То могу постићи само тражењем интервенције од стране правосудних органа. Из тог разлога, тужилац не мора доказивати свој правни интерес, јер се он пресумира.

И код конститутивне правне заштите, у одређеним случајевима који се могу сматрати изузетком од правила, тражење правне заштите је условљено доказивањем правног интереса. Најчешћи такви случајеви у пракси су тужбе за развод и поништење брака. Конститутивног је карактера и пресуда у поступку који се покреће предлогом за споразумни развод брака. Зато и код споразумног предлога за развод брака треба да се докаже правни интерес.

3. Правни интерес за подношење деклараторне тужбе (тужба за утврђење¹⁰)

Иако зачетке деклараторне тужбе налазимо у римском праву, као посебан правни институт појавила се тек половином XX века. Као институт процесног права постоји у већини правних система.

Код деклараторне судске заштите право тужиоца да тражи правну заштиту не темељи се на овлашћењима материјалног права него је процесноправне природе.

⁹ Б. Познић, 165–166; С. Трива, 310–312.

¹⁰ Фрања Горшић, *Коментар грађанској парничној поступци*, Београд, 1933, 37–42. Б. Познић, 163–165; С. Трива, 303–308.

За разлику од кондемпнаторне тужбе, којом се покреће парнични поступак након што је повређено право тужиоца, деклараторна тужба подноси се пре повреде права. Зато је неки аутори називају прејудициона тужба¹¹. Заштита коју тужилац тражи ограничена је на утврђење постојања или непостојања права или правног односа, повреде права, истинитости, односно неистинитости исправе и постојање, односно непостојање чињенице.

Пресудом која се доноси у поступку по деклараторној тужби туженом се не налаже чињење. Зато она не представља основ за принудно извршење. Деклараторна правна заштита има, стога, превентивни карактер.

С обзиром да се деклараторна правна заштита тражи пре повреде права, код деклараторне тужбе не постоји пресумпција о постојању правног интереса, за разлику од кондемпнаторне и конститутивне тужбе код којих се пресумира. Са изузетком оних случајева кад право на подношење деклараторне тужбе изричито произилази из закона, тужилац је обавезан да учини вероватним свој правни интерес за покретање поступка. Сматра се да постоји правни интерес тужиоца кад тражи утврђење садржаја правног односа да би се отклонила несигурност проузрокована неизвесношћу или спором о његовом садржају, као и у случају кад тужилац учини вероватним да постоји опасност да тужени угрози остварење његових права.¹² Пошто се ради о утврђењу процесне претпоставке, од које зависи примена процесног права, довољно је да се правни интерес учини вероватним.¹³

Имајући у виду да се пресудом која се доноси у поступку деклараторне заштите не конституишу, не укидају нити не модификују постојећи правни односи, те с обзиром да она не представља основ за извршење, не постоји правни интерес за подизање деклараторне тужбе у случајевима кад је правну заштиту могуће постићи у поступку кондемпнаторне или конститутивне правне заштите.¹⁴

Без обзира на врсту правне заштите, у одређеним случајевима сматра се да не постоји правни интерес. То су случајеви постојања негатив-

¹¹ Ф. Горшић, 37–42.

¹² С. Трива, 306.

¹³ С. Трива, 106; М. Живановић, 142–143.

¹⁴ Постоји становиште по којем правни интерес на деклараторну тужбу треба признати и у случајевима кад се утврђење указује оправданим због заштите неких других права и интереса, јер утврђење садржаја правног односа који је прејудицијелно релевантан у кондемпнаторној или конститутивној пресуди има значај само за ту одлуку, која се заснива на том прејудицијелном утврђењу, али не и ван тога. С. Трива, 106.

них процесних претпоставки, односно процесних сметњи. Те процесне сметње су: постојање правоснажне пресуде у истој правној ствари (*ne bis in idem*), судско поравнање, и литиспенденција у вези са истом правном ствари (*res iudicata in statu nascendi*).

Постојање правоснажне пресуде у истој правној ствари и судско поравнање имају значај коначности у односу на тужбени захтев. Тиме је спор дефинитивно решен. То искључује постојање правног интереса за поновним покретањем парнице у вези са истим тужбеним захтевом. У случају литиспенденције у вези са истом правном ствари о спорном захтеву није мериторно пресуђено. Непостојање правног интереса у том случају произилази из тога што ће тужилац добити правну заштиту по тужби којом је покренут поступак који је већ у току. Вођење две исте парнице противно је и принципу процесне економичности.

Ако се детаљније уђе у суштину наведених процесних сметњи, уочава се, кад се ради о случајевима пресуђене ствари и судског поравнања, да је поступак у истој правној ствари раније био покренут и мериторно завршен. У случају кондемпнаторне и конститутивне тужбе, кад се покренуо тај ранији поступак, тужилац није морао доказивати правни интерес, јер се он пресумирао. Тужилац је остварио тражену правну заштиту у ранијем поступку. Такође, и у случају постојања парнице у истој правној ствари, за покретање парнице која је у току правни интерес се пресумирао. У односу на деклараторну тужбу, разлика је једино у томе што се код кондемпнаторне и конститутивне тужбе правни интерес пресумирао, а код деклараторне тужбе тужилац је морао у ранијем поступку да га учини вероватним.

IV. Правни интерес као процесна претпоставка у Закону о парничном поступку¹⁵

Члан 2, став 1. Закона о парничном поступку одређује да странке имају право на закониту, једнаку и правичну заштиту својих права, и да суд не може одбити да одлучује о захтеву за који је надлежан.

Парнични поступак покреће се тужбом (чл. 191). Члан 192. ЗПП-а¹⁶ одређује садржину тужбе. Став 1. наведеног члана гласи:

„Тужба мора да садржи одређени захтев у погледу главне ствари и споредних тражења, чињенице на којима тужилац заснива захтев,

¹⁵ Закон о парничном поступку – ЗПП, *Службени гласник РС*, бр. 72/1011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС, 55/2014, 87/2018.

¹⁶ Члан 192. ЗПП-а садржан је у Глави шеснаестој, која се односи на тужбу.

доказе којима се утврђују ове чињенице, вредности предмета спора, као и друге податке које мора имати сваки поднесак (чл. 98).¹⁷

Према одредби члана 228. ЗПП-а странка је дужна да изнесе чињенице и предложи доказе на којима заснива свој захтев или којим оспорава наводе и доказе противника. По члану 229. став 1. ЗПП-а,¹⁸ доказивање обухвата све чињенице које су важне за доношење одлуке.

У члановима 192, 228. и 229. ЗПП-а реч је о чињеницама и доказима на којима се заснива захтев. Ни у једном од наведених чланова не спомиње се правни интерес. Без обзира на то, и одредбу члана 2. ЗПП-а (да суд не може одбити да одлучује о захтеву за који је надлежан), правни интерес мора да постоји. Он је општа процесна претпоставка за покретање и вођење парнице без обзира на садржај правне заштите. Зато правни интерес мора постојати већ у часу подизања тужбе. На то упућује одредба члана 294. ЗПП-а који (у релевантном делу) гласи:

„Суд по претходном испитивању тужбе доноси решење којим се тужба одбацује ако утврди да:

.....

3) о истом захтеву већ тече парница;

4) је ствар правоснажно пресуђена;

5) је у истој ствари закључено судско поравнање;

6) не постоји правни интерес тужиоца за подизање тужбе из члана 194. овог закона;

.....”

Тачке 3), 4) и 5) односе се на све типове тужби. Једино се тачка 6) односи искључиво на деклараторну тужбу. Иако се правни интерес наводи само у вези са деклараторном тужбом (члан 194. ЗПП-а), разлог за одбацивање тужбе и у осталим наведеним случајевима је непостојање правног интереса. У свим наведеним случајевима непостојање правног интереса представља процесну сметњу.

Уколико не постоји правни интерес, вођење судског поступка је беспредметно. Суд по службеној дужности пази на постојање правног интереса током целог поступка.

У том смислу су и одредбе члана 203. став 3. и 5.¹⁹ и члана 338.

¹⁷ Члан 98. односи се на поднеске генерално.

¹⁸ Чланови 228. и 229. ЗПП-а садржани су у Глави двадесетој, која се односи на доказивање.

¹⁹ Члан 203. став 3. и 5. ЗПП-а: „Док парница тече, не може се у погледу истог захтева покренути нова парница међу истим странкама, а ако таква парница буде покренута, суд ће тужбу да одбаци.

Суд ће у току целог поступка да пази да ли је у току друга парница о истом захтеву међу истим странкама.”

ЗПП-а.²⁰ И постојање правоснажне судске одлуке у истој правној ствари искључује постојање правног интереса.

Правна теорија је јединствена у томе да се постојање правног интереса пресумира код кондемпторне и конститутивне тужбе, али не и код деклараторне, с обзиром на специфичност природе деклараторне правне заштите. У складу са тим је и законодавно решење из ЗПП-а, јер се правни интерес изричито наводи само у вези са деклараторном тужбом. Сем случајева кад право на деклараторну заштиту произилази изричито из закона, тужилац мора учинити вероватним свој правни интерес. Да би суд могао оценити да ли у конкретном случају постоји правни интерес, тужилац поред тврдње да је угрожено његово право, треба да учини вероватним да би усвајање тужбеног захтева за њега представљало остварење користи коју не може остварити без судске пресуде којом се удовољава тужбеном захтеву.

1. Деклараторна тужба (тужба за утврђење)

С обзиром на то да се, у принципу, код конститутивне и кондемпторне тужбе правни интерес пресумира, питање правног интереса као процесне претпоставке своди се у суштини на правни интерес за подношење деклараторне тужбе.

Деклараторна тужба, као средство за остварење деклараторне правне заштите у нашем правном систему, регулисана је одредбом члана 194. ЗПП-а, који гласи:

„Тужилац може у тужби да тражи да суд само утврди постојање, односно нејостојање некој права или правној односа, повреду права личности или истинитости, односно неистинитости неке исправе.

Тужба за утврђење може да се поднесе ако тужилац има правни интерес да суд утврди постојање, односно нејостојање некој спорној права или правној односа, пре досјелости захтева за чинидбу из истој односа или истинитости односно неистинитости неке исправе, или кад тужилац има неки други правни интерес.

Тужба за утврђење може да се поднесе ради утврђивања постојања, односно нејостојања чињенице, ако је то предвиђено законом или другим прописом.

²⁰ Чл. 338. ЗПП-а: „Суд у току целог поступка по службеној дужности пази да ли тече парница о захтеву о коме је раније закључено судско поравнање и ако такво поравнање постоји, одбациће тужбу.”

Тужба за утврђење повреде права личности може да се поднесе без обзира да ли је подстављен захтев за накнаду штете или други захтев, у складу са посебним законом."

а) Предмет утврђења у парници по деклараторној тужби

Да се ради о деклараторној правној заштити, недвосмислено следи из одредбе става 1. члана 194. ЗПП-а, где се наводи да „*тужилац може у тужби тражити да суд само утврди* (нагласио Ђ. С.)...”.

Сходно члану 194. ЗПП-а може се тражити утврђење постојања или непостојања права или правног односа, повреде права личности, истинитост, односно неистинитост исправе и постојање, односно непостојање чињенице.²¹

Право чије се утврђење тражи мора бити конкретно и постојати у време подношења тужбе, вођења поступка и доношења пресуде. И утврђење непостојања права мора се темељити на чињеницама које постоје у време подношења тужбе, вођења поступка и доношења пресуде. Иако законска формулација упућује на то да ранији правни однос, који је престао, не би могао бити предмет утврђења, правна теорија, а и пракса, стоје на становишту да је то могуће, али изузетно. Ради се о случају кад је правни однос проузроковао правне последице, па његово раније постојање представља основ за одређено право у садашњости.²² Без обзира на језичку формулацију члана члана 194. ЗПП-а, *ratio legis* оправдава овакво становиште.

Не може се тражити утврђење будућих правних односа.

Утврђење садржаја и смисла правних прописа не може бити предмет деклараторне правне заштите.²³ Правни прописи нису грађанскоправни однос. Правни однос настаје између правних субјеката, а правни прописи су правни темељ тих односа. Утврђивање садржаја и смисла правних прописа, у конкретној примени права, врши се у поступку квалификације, тј. супсумпције конкретног чињеничног стања под садржај опште правне норме, да би се мериторно пресудило о тужбеном захтеву.

²¹ И у Грађанском парничном поступку из 1929. године (Краљевине Југославије), предмет утврђења по деклараторној тужби је био правни однос или право, и истинитост или неистинитост исправе. Параграф 323: „*Тужбом се може тражити, да се утврди (установи), да ли постоји или не постоји неки правни односај или право, да се призна истинитост неке исправе или утврди неистинитост њезина, ако тужилац има одређени правни интерес, да се што пре судском одлуком утврди тај правни односај или право или истинитост исправе.*”

²² Б. Познић, 163; С. Трива, 305.

²³ Б. Познић, 163; С. Трива, 305.

Странке могу имати правни интерес само у вези конкретног правног односа, који се темељи на општој правној норми, а не на утврђењу садржаја те норме. Зато утврђење садржаја и смисла правних прописа не може бити предмет тужбеног захтева.

Не треба поистовећивати утврђење садржаја и смисла правних прописа са утврђењем постојања уговора и правне природе уговора. Уговором се ствара грађанскоправни однос између уговорних страна. Утврђење постојања уговора је утврђење правног односа између уговорних страна, а не утврђење чињеница. Такође, и утврђење природе уговора је утврђење правног односа у вези са уговором, а не утврђење чињеница. Зато странкама треба признати правни интерес за деклараторну правну заштиту и у овим случајевима. Искључено је, међутим, утврђење чињеница у вези са уговором, јер је то чињенично питање, које је везано за утврђивање чињеничног стања у поступку кондемпнаторне или конститутивне правне заштите.

Утврђење истинитости, односно неистинитости исправе, значи обезбеђење доказне вредности исправе правоснажном пресудом.

У случајевима кад се правна заштита не може остваривати деклараторном тужбом, разлог за то је недостатак правног интереса, као опште процесне претпоставке. Недостатак правног интереса произилази из чињенице да би утврђење прелазило оквира утврђења одређено чланом 194. ЗПП-а или се правна заштита у конкретном случају може остварити у поступку кондемпнаторне или конститутивне правне заштите.

б) Правни интерес

Сходно одредби члана 194. ЗПП-а, правни интерес као процесна претпоставка за деклараторну правну заштиту постоји кад тужилац има правни интерес да суд утврди: постојање, односно непостојање неког спорног права или правног односа; повреду права личности; истинитост односно неистинитост исправе; постојање, односно непостојање чињенице, ако је то предвиђено законом или другим прописом; кад тужилац има неки други правни интерес.

1) Правни интерес предвиђен посебним прописима

Закон у одређеним случајевима даје странци непосредно овлашћење да покрене парницу и тражи деклараторну правну заштиту, или овлашћује суд да упути странку на покретање парнице. Тужилац тада нема обавезу да доказује свој правни интерес, јер га закон овлашћује на подношење тужбе. Тако, на пример: на темељу одредаба Закона о

наслеђивању правни интерес не мора доказивати тужилац у случају подношења тужбе ради утврђења ништавости завештања, уговора о наслеђивању, уговора о будућем наследству или испоруци, уговора о садржини завештања, уговора о уступању и расподели имовине за живота, уговора о доживотном издржавању, одрицања од наследства које није отворено, одрицања од права да се захтева деоба; на темељу одредаба Закона о извршном поступку, ради утврђења недопустивости извршења; на темељу Закона о стечају, у случају излучног потраживања. Правни интерес не треба да доказује странка ни у оним случајевима кад то није посебно законом одређено, а суд је упути на парницу ради утврђења права које је спорно.

2) Правни интерес пре доспелости

Тужилац може имати правни интерес да се утврди постојање неког права или правног односа и пре доспелости захтева за чинидбу из тог односа. Уколико би се ограничила могућност пружања правне заштите тако да се правни интерес признаје само након доспелости захтева за чинидбу, тужилац би био доведен у ситуацију да своје право може остваривати само кондемпнаторном тужбом. Често се повреда права на начин који имплицира кондемпнаторну правну заштиту може спречити покретањем поступка деклараторне судске заштите, што јој даје превентивни карактер.

3) Други правни интерес

Поред правног интереса да се тражи утврђење постојања, односно непостојања неког права или правног односа, тужилац може поднети деклараторну тужбу и кад има „*неки групи њравни инџерес*”. С обзиром на овакво законско одређење, очигледно је да је законодавац прихватио оно становиште правне науке по коме правни интерес не мора бити имовинске природе, заснован на грађанском праву.²⁴ Тиме се признаје постојање правног интереса и у случају утврђења права или правног односа који се утврђују у парничном поступку, а од чијег утврђења зависи постојање или непостојање неког другог односа тужиоца. Може бити из домена кривичног, управног, породичног, међународног, или неког другог права. Често од утврђења тих односа зависи остварење административног или јавноправног односа, који се остварују у неком другом поступку.

²⁴ С. Чуља, 372.

2. Инцидентни (прејудицијелни) захтев за утврђење

Члан 195. ЗПП-а одређује:

„Ако одлука о спору зависи од тога да ли постоји или не постоји неки правни однос који је у току парнице постао споран, тужилац може, поред постојеће захтева, да истакне захтев да суд утврди да такав однос постоји, односно да не постоји, ако је суд пред којим парница шече надлежан за такав захтев.

Истицање захтева у смислу става 1. овог члана неће се сматрати преиначењем тужбе.”

Инцидентни захтев је нови, самосталан тужбени захтев, који се истиче уз већ постојећи захтев. Због тога што од постојања, односно непостојања тог односа зависи одлука о спору, он је од прејудицијелног значаја за одлуку о главној ствари. Из тог разлога истицање оваквог захтева не сматра се преиначењем тужбе и није потребна сагласност туженог.

С обзиром на формулацију *„правни однос који је у току парнице (нагласио Б.С.) постао споран”*, истицање таквог захтева је могуће до закључења главне расправе.

Иако се наводи да је то однос који је постао споран у току парнице, очигледно је да се ради о односу који постоји и пре покретања парнице, а у току парнице постаје евидентан. Из тог разлога је сврсисходно, у поступку по кондемпнаторној тужби, допустити тужиоцу да већ у тужби, поред кондемпнаторног захтева истакне истовремено и деклараторни захтев за утврђење постојања, односно непостојања спорног правног односа из којег произилази основаност кондемпнаторног захтева. У том случају изрека пресуде садржи деклараторни преамбул, који је нужна претпоставка сваке кондемпнаторне пресуде, јер представља правни основ за пресуђење по кондемпнаторном захтеву. У пракси се практикује овакво кумулирање тужбених захтева у стварноправним споровима у вези са непокретностима. Ни туженом се не би могао оспорити правни интерес за истицање оваквог захтева од прејудицијелног значаја за одлуку о главној ствари. Тужени то може учинити подизањем противтужбе са деклараторним тужбеним захтевом.

3. Правни интерес умешача (интервенијента)

Члан 215. став 1. ЗПП-а одређује умешача на следећи начин: *„Лице које има правни интерес да у парници која шече међу другим лицима једна од странака усие, може се придружити овој страници.”* Умешач је овлашћен да подноси предлоге и да предузима остале парничне радње

као и странка којој се придружио (члан 217. став 1. ЗПП-а). Ако правно дејство пресуде треба да се односи на умешача, он има положај јединственог супарничара (члан 219. став 1. ЗПП-а).

Правни интерес умешача постоји кад правне последице пресуде у спору између парничних странака посредно или непосредно утичу на његове правне односе. Постојање правног интереса је услов интервенције, без обзира на садржај правне заштите због које се води парница. **Умешач увек мора доказати свој правни интерес.** У смислу одредаба члана 216. став 1. ЗПП-а, *„странка може да оспори умешачу право да учествује у поступку и предложи да се умешач одбије, а суд може и без изјашњења странака да одбије учешће умешача ако утврди да не постоји његов правни интерес умешача.”* С обзиром да суд може и без изјашњења странака одбити учешће умешача ако утврди да не постоји правни интерес, очигледно је да и у случају интервенције суд по службеној дужности пази на постојање правног интереса.

V. Закључак

Постојање правног интереса је процесна претпоставка за допуштено суђење, а не материјалноправна претпоставка за усвајање тужбеног захтева. Зато на постојање правног интереса суд пази по службеној дужности током целог поступка.

С обзиром на специфичну природу деклараторне правне заштите, која се тражи пре повреде права, код деклараторне тужбе тужилац треба да докаже постојање правног интереса.

У случају непостојања правног интереса суд се неће упуштати у расправљање о главној ствари него решењем одбацити тужбу, без обзира на врсту правне заштите.

Djordje Sarapa, PhD
attorney at law in Belgrade

LEGAL INTEREST AS A PROCEDURAL PRECONDITION FOR THE EXERCISE OF JUDICIAL PROTECTION

Summary

One of the procedural presumptions that concern the parties to the proceedings is the legal interest, *i.e.* legitimate claim. The legal interest is the very foundation of the proceedings, and is based on the *locus standi*, or standing of the party to instigate and participate in the proceedings. The existence of a legal interest is the

general procedural presumption. It does not have bearing in terms of substantive law, since it is not a presupposition based on which a claim can be granted.

In order to raise a condemnatory and constitutive type of civil action, the existence of a legal interest is presumed. However, in case of a declaratory civil action, the plaintiff must demonstrate the probability that he is authorised to participate in the litigation, which means that he must prove the existence of a legal interest. It is considered that a legal interest exists if the plaintiff would have a benefit in case the claim is granted.

The legislative solutions in Serbia, contained in the Law on Litigation Proceedings, are in accordance with the aforementioned.

Keywords: legal interest, legitimate claim, declaratory civil action

UDK 343.2/.7(497.11)

Др Срећко Косановић

професор Правног факултета Универзитета Унион

АКТУЕЛНЕ ИЗМЕНЕ И ДОПУНЕ КРИВИЧНОГ ЗАКОНИКА

Сажетак

Иницијатива за измену законских прописа о затворском кажњавању тиче се тешких кривичних дела и посебних категорија њихових жртава. Представља израз акције групе грађана која је прихваћена као оправдана од стране представника државних органа, са идејом да законски режим санкционисања буде строжи и да се увођењем доживотне казне затвора, пооштреним приступом при одмеравању казне и строжим третманом приликом издржавања казне, постигне адекватна реакција на извршена кривична дела, нарочито када се ради о случајевима вишеструких поврата и убистава деце.

Нови режим кажњавања, по овим реформским идејама, треба да дође до изражаја у случају поновљеног извршења кривичног дела са оштријом казном приликом новог одмеравања, а поред тога, новим временским димензионирањем казне затвора и увођењем казне затвора у доживотном трајању. За остварење ваљаних ефеката промене неопходно је измене прописа прилагодити важећим међународним правилима о затварању, индивидуализацији казне и спецификацији казног третмана.

Кључне речи: кривично право, кривични законик, кривично дело, кривичне санкције, казнени третман, доживотна казна затвора, индивидуализација казне, условни отпуст, рехабилитација

I. Уводне напомене

На седници Савета за националну безбедност 12. јануара 2019. године, према извештајима медија, објављена је иницијатива за измену кривичних одредби о кривичним санкцијама, па је Министарство правде обавезно да по убрзаном поступку формира радну групу за измену Кри-

вичног законика. Напоменуто је, да како је предлагач измена Влада, постоји могућност усвајања законских измена у убрзаној процедури. Предлог би требало да се односи на најтежа кривична дела и на посебне категорије жртава.

Поред тога, другачије би било санкционисано поступање оних који у поврату чине кривично дело са идејом да казна за поновљено извршење мора бити већа.

Посебно је, као можда најзначајније питање ове реформе, предвиђено увођење доживотне казне затвора за најтежа кривична дела.

Могућа промена прописа односила би се и на ефективне казне и начине извршења, да би се изменом прописа о извршењу кривичних санкција побољшали ефекти кажњавања и спречиле злоупотребе.

Закон о изменама и допунама Кривичног законика усвојен је на седници Скупштине Србије 21. маја 2019 године.¹

II. Појам, врсте и сврха кривичних санкција

Различите врсте кривичноправних мера које се примењују према извршиоцима кривичних дела представљају кривичне санкције. Изрицањем санкција по извршеном кривичном делу, остварује се дејство које се одражава на права и слободе извршиоца кривичног дела у мери која одговара природи и врсти санкције. У кривичном поступку главни предмет је кривична ствар која подразумева утврђивање постојања кривичног дела, кривичну одговорност за учињено и изрицање кривичне санкције.

Осуђеном лицу се гарантује поштовање личности и заштита његовог људског достојанства. Када правосуђе функционише на организован начин, санкцију изриче суд у поступку спроведеном према законским прописима.

Прописивање кривичних санкција као и њихово изрицање има сврху сузбијања кривичних дела којима се повређују или угрожавају вредности заштићене кривичним законодавством. Наше кривично право познаје четири врсте кривичних санкција – казне, мере упозорења, мере безбедности и васпитне мере. Општа сврха прописивања и изрицања кривичних санкција, према одредби чл. 4 ст.2 КЗ, је сузбијање дела којима се повређују или угрожавају вредности заштићене кривичним

¹ Закон о изменама и допунама Кривичног законика – Закон о изменама и допунама КЗ, *Службени гласник РС*, бр. 35/2019; Кривични законик – КЗ, *Службени гласник РС*, бр. 85/05, 88/05–исправка, 107/05–исправка, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16, 35/19.

законодавством, а према чл.42 КЗ сврха кажњавања је спречавање учиниоца да чини кривична дела и утицај на њега, али и на друге, да не чине кривична дела, затим, изражавање друштвене осуде за кривична дела, као и јачање морала и учвршћивање обавезе поштовања закона.

Казна затвора се може изрећи само као главна казна.

Извршење кривичних санкција регулисано је посебним прописима садржаним у Закону о извршењу кривичних санкција.²

Према одредби чл.45 КЗ казна затвора не може бити краћа од тридесет дана, нити дужа од двадесет година. Изриче се на пуне године и месеце, а до шест месеци и на дане. За најтежа кривична дела и најтеже облике кривичних дела, до промене, прописана је казна затвора од тридесет до четрдесет година, а одмерава се на пуне године.

Посебно је регулисано да осуђеном коме је изречена казна затвора до једне године суд може одредити да се ова казна изврши на тај начин што осуђени не сме напуштати просторије у којима станује, осим у случајевима регулисаним Законом о извршењу кривичних санкција. Овај савремени модалитет у извршењу казне омогућава да се нађе права мера затворског кажњавања и практично примени идеја о ванинституционалном спровођењу извршења.

Све до 1. јула 1977. године у нашем кривичном праву постојале су две казне лишења слободе и то строги затвор и затвор, које су тада спојене у казну затвора, елиминисањем начелних и практичних разлика у режиму извршења.

Последњом нормативном променом која је сада извршена Законом о изменама и допунама КЗ, код одређивања сврхе кажњавања предвиђено је остваривање праведности и сразмерности између учињеног кривичног дела и тежине кривичне санкције. У овој новодатој тачки 4 члана 42 КЗ, доминирају два принципа који би требало да одреде и прецизирају сврху кажњавања. То су праведност и сразмерност. Са општим комплексним принципом правичности у суђењу, који би иначе требало да карактерише цео кривични поступак и позицију окривљеног у том поступку, оваквим одређивањем сврхе није се много добило, јер се и раније код кажњавања истицало да казна мора одговарати тежини извршеног кривичног дела и степену кривице, односно одговорности учиниоца. У одредби се користи појам кривичне санкције, мада је предвиђена сврха кажњавања, што би требало да има ужи смисао, а појам кривичне санкције има шире значење и обухвата казне, мере упозорења, мере безбедности и васпитне мере.

² Закон о извршењу кривичних санкција, *Службени гласник РС*, бр. 55/2014, 35/2019.

Нарочито треба водити рачуна да је измена повезана са променом у систематизацији казни увођењем најтеже казне доживотног затвора, па ако се та казна има у виду, на особит начин долазе до изражаја мерила праведности и мерила сразмерности, уколико је уопште таква мерила могуће успоставити на објективан начин и код казне доживотног затвора.

III. Условни отпуст

Према одредби чл.46 ст. 1 КЗ, осуђеног који је издржао 2/3 казне затвора суд ће условно отпустити са издржавања казне, ако се у току издржавања казне тако поправио да се основано може очекивати да ће се на слободи добро владати, а нарочито да до истека времена на које је казна изречена неће учинити ново кривично дело.

Приликом одлучивања о томе да ли ће осуђени бити условно отпуштен узеће се у обзир владање за време издржавања казне, извршавање радних обавеза и друге околности које показују да је постигнута сврха кажњавања у случају тог осуђеног лица. Не може се условно отпустити онај осуђени који је за време издржавања казне два пута дисциплински кажњаван и коме су одузете додељене погодности.

Уз то, у ст.2 истог члана је прописано да суд може условно отпустити:

- осуђеног који издржава казну затвора од 30 до 40 година;
- осуђеног који је осуђен за кривична дела против човечности и других добара заштићених међународним правом, кривична дела против полне слободе, кривично дело насиља у породици, кривично дело неовлашћене производње и стављање у промет опојних дрога, кривична дела против уставног уређења и безбедности Републике Србије, кривично дело примања мита и кривично дело давања мита;
- осуђеног који је осуђен од стране надлежних судова, односно њихових посебних одељења у поступцима вођеним у складу са надлежношћу одређеном Законом о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, корупције и других тешких кривичних дела;³
- осуђеног који је више од три пута правоснажно осуђен на безусловну казну затвора, а није извршено брисање или не постоје услови за брисање неке од суда.

³ Закон о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, корупције и других тешких кривичних дела, *Службени гласник РС*, бр. 94/2016, 87/2018 – др. закон.

Ако условни отпуст не буде опозван, сматра се да је осуђени издржао казну.

Према одредби чл. 47 КЗ, суд ће опозвати условни отпуст ако осуђени док је на условном отпусту учини једно или више кривичних дела за која је изречена казна затвора преко једне године, а суд може опозвати условни отпуст уколико отпуштени учини једно или више кривичних дела за која је изречена казна затвора до једне године, односно не испуни неку од обавеза које му је суд одредио. Приликом оцене, суд ће нарочито узети у обзир сродност учињених кривичних дела, побуде из којих су учињена и друге околности које указују на оправданост опозивања условног отпуста. Иста правила ће се примењивати и када се условно отпуштеном суди за кривична дела која је учинио пре него што је условно отпуштен.

У случају опозивања условног отпуста суд ће изрећи казну применом одредаба о стицају кривичних дела, узимајући раније изречену казну као већ утврђену. Део казне коју је осуђени издржао по ранијој осуди урачунава се у нову казну, а време проведено на условном отпусту се не урачунава.

Кад условно отпуштени буде осуђен на казну затвора до једне године, а суд не опозове условни отпуст, продужава се условни отпуст за време које је осуђени провео на издржавању те казне затвора.

Ако се прихвати да је условни отпуст мера којом се превасходно дисциплинују осуђеници тако да се уздржавају од нарушавања реда, ова мера има свој криминалнополитички значај, па стимулативно утиче на осуђеника да би се спречило сувише дуго трајање казне које није у сразмери са правним ефектима. Код доживотних казни, ти корисни међуефекти се губе, па се због тежине кривичног дела калкулише и са забраном условног отпуста за такве осуђенике.

Специфичне проблеме могу створити одредбе новелираног текста које се односе на условни отпуст. Код временски јасно ограничене казне затвора, суд може условно отпустити осуђеног који је издржао две трећине казне, док онај који је осуђен на доживотни затвор, због неизвесног времена трајања ове казне, може бити условно отпуштен ако је издржао двадесет седам година, што пропорционално одговара условном отпусту по раније предвиђеној најстрожој казни затвора до четрдесет година.

Проблем са новим пропозицијама за условни отпуст био би лакше решив ако би се условни отпуст односио на могућност свих осуђених лица. Међутим, изменама се ситуација знатно мења пошто се предвиђа да суд не може условно отпустити осуђене за тешко убиство детета и

бремените жене, силовање, обљубу над немоћним лицем, обљубу над дететом и обљубу злоупотребом положаја, а све то ако је наступила смрт детета или лица према коме је кривично дело извршено. Осуђенима је ускраћена могућност условног отпуста, што указује на неједнак и неравноправан третман у односу на права која имају друга осуђена лица. Законом је могуће успостављати различите третмане осуђених лица, али никако на штету њихове једнакости и равноправности.

Кривична дела у овој категорији су тешка убиства, силовања и обљубе, дакле, по својим битним обележјима потпуно различита кривична дела. Разликују се радње и последице, као и извршиоци и жртве, па је тешко дати принципијелан одговор на питање са којим правно релевантним аргументима се установљава изузетак у третману осуђених. Ни по мерилу казне, то нису апсолутно најтежа кривична дела.

Општа мерила за слободе и права осуђених, садржана у међународним правним документима, као и пракса судова у поштовању одређених правних стандарда о људским правима и слободама, не оправдавају дискриминаторно ускраћивање истих могућности за све.

Није боље решење ни одредба по којој условни отпуст осуђеном на казну доживотног затвора траје петнаест година од дана када је условно отпуштен, што опет може довести до битних разлика у третману условно отпуштених када се узму у обзир све околности које је неопходно имати у виду код одлучивања о отпуштању и оцени понашања касније.

Са становишта праксе Европског суда за људска права, земље потписнице Европске конвенције су обавезне да предвиде механизам за испитивање оправданости условног отпуштања које се може остварити најкасније након двадесет пет година од почетка извршења казне доживотног затвора. То време је краће него у домаћем пропису, пошто закон сад предвиђа двадесет седам година. Нису са становишта европских мерила, оправдани изузеци за одређена кривична дела и учиниоце. Исто је и са минималним петнаестогодишњим трајањем условног отпуста после доживотне казне затвора, па би се према ефекту то могло третирати као нечовечно поступање и понижавајуће кажњавање. Плазни став је да се ни за једно лице не може унапред тврдити да ће заувек остати опасно за друштво. Уз све то, препорука је Комитета министара Савета Европе, да закон треба да омогући свима који су осуђени условно отпуштање после издржавања одређеног периода казне, па тако и у случају осуђених на казну доживотног затвора.

Статут Међународног кривичног суда обавезује на испитивање могућности за условни отпуст осуђених на казну доживотног затвора после издржаних двадесет пет година. Поред тога, обавезно је и перио-

дично испитивање услова и у ситуацији када је претходно донета негативна одлука о условном отпуштању.

IV. Кривична дела и нове законске одредбе

Припремним радњама за извршење кривичног дела сматрају се све оне радње којима се ради извршења кривичног дела стварају претходни услови за његово остварење. Радња извршења је делатност којом се остварује кривично дело како је одређено законом и води проузроковању последице, па се све то као јединствен чин приказује нормом без посебног подвајања. Међутим, могуће је да се у законској одредби општег типа не може издвојити свака делатност или пропуштање, па радњу представљају чињење или нечињење којим се последица може остварити.

Код покушаја, као умишљајног започињања радње извршења, та радња је започета чим је предузета прва од делатности које улазе у склоп извршења конкретног кривичног дела.

Уколико употреба одређеног средства или примена одређеног начина извршења није законско обележје кривичног дела, онда предузимање тих делатности може бити само припремна радња.

Припремање кривичног дела започиње предузимањем једне или евентуално више радњи којима се стварају ситуације или околности за извршење кривичног дела. Овај стадијум траје док не дође до покушаја кривичног дела који се манифестује као почетак радње извршења кривичног дела. Логично је да је учинилац у овој фази већ предузео нешто од делатности којима реализује одлуку о томе да изврши кривично дело.

Теоријски несклад настаје код формирања ставова о кажњавању за предузете припремне радње. Могућ је став о томе да не треба кажњавати – због тога што таквим чином заштићена добра или вредности нису повређени или угрожени, а делатности нису усмерене на објект кривичног дела. По алтернативном мишљењу – овај је стадијум могуће третирати као кажњив, јер је већ припремном радњом учинилац исказао своју намеру за извршење кривичног дела. Имајући све то у виду, начелан став у нашем кривичном праву је да се за припремне радње не кажњава. Међутим, код неких кривичних дела, и то пре свега тежих, а с обзиром на значај припремних радњи код тих кривичних дела, треба у закону прописати кажњавање за припремне радње.

Два су могућа начина. Најпре, одређене припремне радње се могу обликовати као да се ради о свршеном кривичном делу, код делатности које су својим карактером такве да се предузимају са сврхом извршења

кривичног дела. За разлику од тога, могуће је код већ формираног кривичног дела прописати да је припремање тог кривичног дела кажњиво, имајући у виду:

- набављање и оспособљавање средстава за извршење кривичног дела,
- отклањање препрека за извршење кривичног дела,
- договарање, планирање и организовање извршења кривичног дела,
- предузимање других радњи којима се стварају услови за непосредно извршење кривичног дела.

Прописана казна за припремне радње је, по правилу мања, него за свршено кривично дело.⁴

Новелираном одредбом чл. 114 КЗ предвиђено је да ће се учинилац кривичног дела тешког убиства казнити казном затвора од најмање десет година или казном доживотног затвора.

Одредба је допуњена ставом 2, па ће се казнити затвором од једне до пет година, учинилац који набавља или оспособљава средства за извршење кривичног дела из ст.1 овог члана, или отклања препреке за његово извршење или са другим договара, планира или организује његово извршење или предузме другу радњу којом се стварају услови за његово непосредно извршење.

Напад на адвоката представља ново кривично дело одређено чл. 336 в КЗ. Кривично дело, према ст. 1 овог члана, врши оно лице које нападне адвоката или члана његове породице. Прописана је казна затвора од три месеца до три године. У ставу 2 истог члана одређено је да се у случају извршења тежег облика овог кривичног дела, када је адвокату или члану његове породице нанесена лака телесна повреда, учинилац може казнити затвором од шест месеци до пет година, а у случају да је учинилац кривичног дела нанео адвокату или члану његове породице тешку телесну повреду, може се изрећи казна затвора од једне до осам година. Лакши облик кривичног дела, са запређеном новчаном казном или казном затвора до две године, постоји онда када извршилац уништи, оштети или учини неупотребљивом ствар у имовини адвоката или члана његове породице, као и проузроковање штете која прелази четиристо педесет хиљада динара, мора се учинити у вези са обављањем адвокатске службе.

Новом одредбом чл. 292 КЗ предвиђено је да кривично дело угрожавања безбедности ваздушног, поморског саобраћаја или непокретне платформе, врши онај ко насиљем према лицу или терету у ваздухоплову, на броду или на непокретној платформи у епиконтиненталном појасу, постави експлозивне или друге опасне направе или супстанце,

⁴ Мирослав Ђорђевић, Ђорђе Ђорђевић, *Кривично право и основе привредног преступног и прекршајног права*, Београд, 2014, 68.

као и онај ко уништењем, оштећењем или ометањем уређаја за навигацију или проузроковањем штете на други начин – доведе у питање безбедност ових средстава. Тежи облици су остварени ако је услед дела наступила тешка телесна повреда неког лица или проузрокована штета великих размера, или је наступила смрт неког лица.

Посебан облик договора за извршење кривичног дела постоји уколико се договор односи на извршење одређеног кривичног дела за које се може изрећи казна доживотног затвора (чл. 345 КЗ).

За кривично дело финансирања тероризма одговоран је онај ко непосредно или посредно обезбеђује или прикупља средства са циљем да се она користе у потпуности или делимично за финансирање вршења законом означених терористичких дела или финансирање организација које имају за циљ вршење тих дела. Средства су како материјална, тако и нематеријална, ствари су како покретне или непокретне, а све је намењено вршењу терористичке делатности (чл. 393 КЗ).

V. Европска правила о затварању

Европска правила о затварању са одређеним објашњењима, усвојена су од стране Комитета министара Европског савета 12. децембра 1987. године. Тиме је, укључујући Протокол бр. Р (87), указано на то да се установљавају заједничка начела у казненој политици земаља чланица Европског савета, а да у функционисању заводских система велики значај имају међународна правила.

У погледу Основних начела мора се нагласити да, када је у питању сврха поступања, треба да се код лица лишених слободе развије осећај одговорности и подстичу ставови и способности које ће им помоћи да се укључе у друштво са најбољим изгледима за самосталан живот после издржавања казне.

Овде се, сасвим јасно, затворска казна временски димензионира и приступа третману ради испуњавања оних циљева који ће олакшати каснији живот ван установе после извршења казне. Уз остварење свих корисних ефеката, приступ затварању је такав да се усмерава на услове будућег живота ван завода за извршење затворске казне.⁵

Треба напоменути да је одржавање контакта са спољним светом, поред осталог, противно потпуној изолацији, па се признаје право на контакт са члановима породице, дипломатским и конзуларним представницима стране земље, као и представником међународних организација из области које се тичу затвореникових интереса. Остварују се

⁵ Ђорђе Игњатовић, *Право извршења кривичних санкција*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010, 58.

по потреби и контакти са квалификованим представницима верских организација, а, уз све то, остаје и право на одсуство из завода, односно затворске установе.

Када је у питању третман, настоји се да се на најмању меру сведу негативне последице затварања. Идеја о повратку у друштво представља стимуланс у развијању вештина и способности неопходних за успешан повратак у друштвени живот по престанку казне. Све то јесте тековина остварена развојем новије светске пенолошке мисли, а затворске казне у доживотном трајању заснивају се на потпуно различитим идејама, одговарају различитим циљевима, а према томе се одређују и третмани затворених лица.

VI. Индивидуализација казног третмана

Индивидуализација третмана осуђених значи прилагођавање начина поступања индивидуалним карактеристикама личности и битним обележјима њиховог понашања, укључујући обележја догађаја који представља кривично дело због кога се изриче казна затвора. За постизање ефеката морају се узети у обзир смештајни услови у заводима и њиховим одељењима, што је у директној вези са битним елементима третмана и програма који ће се примењивати. Посебно се мора водити рачуна о безбедносним условима у установама извршења, имајући у виду њихове типске карактеристике.

Битан део процеса казнене рехабилитације је проучавање личности делинквента у вези са врстом, тежином и бројем кривичних дела и, евентуално, ранијом осуђиваношћу код повратног извршења. Активан однос између осуђених и службених лица у заводу доприноси јачању самопоуздања и развијању осећаја одговорности, јачању мотивације и жеље за успехом у третману при реализацији програма. Није занемарљив однос и сарадња са осталим осуђеним лицима. Потпуни ефекти рехабилитације и ресоцијализације могу се остварити ангажовањем социјалних служби локалне самоуправе, а по потреби и представника јавне власти.

Индивидуализација третмана значи, поред осталог, прилагођавање програма свим фазама боравка у установи–заводу, али уколико има услова, отвара се и могућност боравка ван установе, што према пенолошким искуствима представља својеврстан подстицај. Изолованост од друштвене заједнице, која следи са упућивањем на издржавање казне, може се наставити и у установи, због чега се траже начини за ублажавање таквог осећаја са укључивањем у активности које се заједнички спроводе

унутар установе. Дакле, ни издржавање казне, по начину спровођења, на подразумева изостанак социјалних контаката, па је јасно да ни сама казна, по својој врсти, не може оправдати интензивну пеналну реакцију са карактеристикама одмазде праћене изолацијом дугог трајања, посебно до краја живота.

VII. Садржина затворског третмана

Рад у затвору је један од суштинских позитивних елемената у третману, па се у периоду боравка у заводу може практиковати радна активност сходно физичким и душевним способностима осуђеног, као и припрема за период који следи после отпуста са издржавања затворске казне, и како би се стекла корисна знања и вештине. Организација рада, начин рада и услови обављања делатности у затворском режиму треба да одговарају оном што се чини у спољњем свету, ван заводских амбијената, како то савремено управљање и производња подразумевају.

Образовање затвореника је значајно, као и њихов рад. Представља део режима службеног поступања у оквиру индивидуалног третмана сваког затвореног лица, како би се остварио позитиван утицај на морал осуђеног, појачало осећање самопоштовања и преобликовало осуђениково понашање. Тако се олакшава и остваривање циљева у процедури ресоцијализације и касније реадапације.

Припрема за отпуст, када је временско трајање казне дуже, тражи деликатније приступање у стварању услова за отпуст, а некад и посебне мере за олакшавање повратка у друштвену заједницу, уз практични постпенални надзор и помоћ. Уобичајено се решавају питање смештаја и боравка на слободи, испуњења материјалних претпоставки за нормалан живот и обезбеђење извора прихода. Савремени концепт затворског третмана базира се на привременом боравку у установи и припремама за „нови живот” на слободи.

VIII. Доживотно затварање

Казне затвора изречене у кривичном поступку имају своје одређено временско трајање. Код казне затвора прописима су предвиђени општи минимум и максимум за ову врсту казне, као и посебни минимум и максимум за одређено кривично дело. Казне затвора су временски ограничене и нема казне затвора којој се не зна унапред временско трајање. Максимално трајање, одређено у правоснажној и извршној пресуди, касније може бити кориговано условним отпуштањем.

Ако се изриче казна затвора у доживотном трајању, она временски зависи од година живота извршиоца – затвореника, па тако није димензионирана на стандардан начин унапред ограниченим периодом њеног извршења. Она би се, по законској новели, изрицала за најтежа кривична дела, а која су дела у питању мора се решавати законском нормом. Нормативно је то могуће решити општим и посебним одредбама Кривичног законика, које се онда морају мењати због увођења нове казне у постојећи систем. Морале би се, поред тога, мењати и одредбе Законика о кривичном поступку⁶ и Закона о извршењу кривичних санкција⁷ које су у директној вези са претходним изменама.

Неопходно је променити и концепт кажњавања, а тиме би се вероватно у значајној мери одступило од садашњих европских стандарда код спровођења казне затвора.

Међу разлозима за увођење доживотне казне затвора истиче се да је она неопходна као казнена мера за најтежа кривична дела, посебно убиства. Истичу се и тешка дела са елементом насиља, као и она код којих се као жртве појављују малолетна лица или немоћне особе. У погледу посебних околности, ту би спадала тешка кривична дела при чијем извршењу је од стране учиниоца испољена нарочита одлучност, упорност и безобзирност, а још се истиче да овакав третман треба да имају и кривична дела у промету опасних материја смртоносног токсичног дејства. Тиме се број кривичних дела повећава, простор за репресивну реакцију се шири и долази се у позицију да једна екстремно тешка казна треба све више да се примењује, због уверења иницијатора промене да се само на репресиван начин може остварити сврха. Истицање да прописивање доживотне казне затвора има превентивни карактер, није потврђено у пенолошкој науци као увек исправно полазиште. Заоштравање казнене политике, тако спроведено, не би решило садашње тешке проблеме у политици кажњавања и у условима доста изражене неефикасности у процесуирању најтежих кривичних дела. У теорији кажњавања неретко се изражава став да ефикаснији, посебно краткотрајнији поступци и ефективне казне које су благовремено изречене, имају већи значај за спречавање и сузбијање криминалитета.

Доживотна казна затвора у основи није поправног карактера, па према томе требало би да се спроводи различито од начина који је моделиран сада важећим прописима. Правила се односе на временски

⁶ Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019.

⁷ Закон о извршењу кривичних санкција, *Службени гласник РС*, бр. 55/2014, 35/2019.

дефинисане казне затвора, које осим боравка затвореника у заводским условима, подразумевају и њихов каснији боравак на слободи. Према потребама „живота на слободи” прилагођен је затворски третман и програм рада. По свему, за позитиван исход третмана осуђени мора бити мотивисан, а добар резултат се може остварити уз одговарајућу моралну подршку. У сложеном процесу промене понашања, стицање радних навика и способност за друштвено користан живот, су темељне тачке. Доживотна казна затвора представља негацију таквих могућности и искључује смисао развијања одређених способности неопходних за ваљан живот у друштвеној заједници. За мотивацију је значајна жеља кажњеног лица да се успешно врати у друштво, док се у супротном губе замишљени ефекти.

Надзор над осуђеним лицима и контрола третмана, имају смисла са друштвеног становишта само ако се у пеналним условима осуђеник припрема за живот на слободи. Активна улога затвореника са позитивним ангажовањем у току спровођења предвиђеног третмана може се остварити у условима квалитетне сарадње са особљем установе – завода у спровођењу програма рада. Насупрот томе, доживотни затвор са дуготрајном изолацијом све то у основи мења.

Казна доживотног затвора се, према последњим изменама и допунама КЗ, може изрећи само као главна казна.

За најтежа кривична дела и најтеже облике тешких кривичних дела може се, уз казну затвора, изузетно прописати и казна доживотног затвора. Ограничења су предвиђена у том смислу да се казна затвора у доживотном трајању не може изрећи лицу које у време извршења кривичног дела није навршило двадесет једну годину живота, као и у случајевима када закон предвиђа да се казна може ублажити или када постоји неки од основа за ослобођење од казне.

Казна доживотног затвора се може изрећи за убиство представника највиших државних органа, као и тешка дела против уставног уређења и безбедности земље, што укључује смрт, тешко насиље и велика разарања.

Доживотни затвор се може изрећи за кривична дела геноцида, злочина против човечности, ратне злочине против цивилног становништва, ратне злочине против рањеника и болесника, ратне злочине против ратних заробљеника, употребу недозвољених средстава борбе, неправно убијање и рањавање непријатеља, агресивни рат и тероризам.

Казна доживотног затвора изриче се у случају тешког убиства оном ко лиши живота дете или бремениту жену; извршиоцу кривичног дела

силовања ако је услед дела наступила смрт лица према коме је кривично дело извршено или је дело учињено према детету; извршиоцу кривичног дела обљубе над немоћним лицем ако је услед дела наступила смрт лица према коме је дело извршено или је дело учињено према детету; извршиоцу кривичног дела обљубе над дететом ако је услед дела наступила смрт детета; извршиоцу кривичног дела обљубе злоупотребом положаја ако је услед дела наступила смрт детета.

IX. Модел извршења казне затвора за нарочито тешка кривична дела

Са доживотним затварањем одступа се од савремених тековина које одређују концепт извршења затворске казне. За спровођење извршења мора се предвидети формирање посебних одељења у казнено-поправном заводу затвореног типа са функционалним обезбеђењем и посебним надзором. Мора се радити на организацији здравствене заштите осуђеника, безбедности у заводским условима и према спољњем свету, свеукупном третману и обуци, обављању радних задатака осуђеника, усавршавању службених лица по посебним стручним профилима, и наравно, обезбеђењу планираних буџетских средстава која одговарају новом систему казни и посебностима одређених врста казни. Неопходно је уобличавање казних установа намењених спровођењу извршења по режиму најтежих казни дугог временског трајања. Све то није лако остварити, пошто врста казне и тежина кривичног дела не могу бити једина мерила. Уколико се третман код доживотне казне затвора уподобљава са казнама затвора најдужег временског трајања од тридесет до четрдесет година, остаје дилема – који се релевантни пенални ефекти остварују увођењем у систем и казне затвора у доживотном трајању.

Системи извршења казне затвора су различити начини спровођења појединих казни, а разликују се према врстама казни, према органима и установама јавне власти који их спроводе, према лицима која се подвргавају извршењу и према организационим режимима који се успостављају у току извршења.⁸

Класични систем карактерише строгост у режиму поступања. Код система ћелијског усамљења осуђеници су затворени у своје ћелије изоловани од других, а усамљенички начин живота се схвата као претпоставка моралног препорода, са уважавањем потребе поправљања понашања и осећајем гриже савести. Прогресивним системом је трет-

⁸ Срећко Косановић, *Криминологија*, Правни факултет Универзитета Унион, Београд, 2014, 157.

ман унапређен захваљујући идеји да је судбину затворених могуће учинити зависном од њиховог понашања и радног ангажовања. Тако осуђени остварују повластице у установама, па могу слободно да се крећу и траже условни отпуст, а касније се ретко враћају криминалној активности. Овај систем се спроводи фазно, по периодима, почевши од ћелијског усамљења, преко фазе заједничког затварања, до условног отпуштања. То су карактеристике „енглеске варијанте” третмана, док се „ирска варијанта” третмана разликује од претходне по увођењу боравка у одељењу са слободним режимом на простору који припада затвору, али без службеног надзора пре условног отпуста.

Савремени систем извршења казне затвора карактерише практично поступање усмерено на ресоцијализацију и реадаптацију осуђеног. Ресоцијализација подразумева различите форме поступања на осуђеним лицима како би се постигле промене у понашању сходно друштвеним потребама ради прилагођавања новој друштвеној реалности по изласку на слободу. Реадаптација се схвата као начин прилагођавања новим околностима у животу кажњеног по престанку затворске казне. Индивидуалним прилагођавањем третмана узимају се у обзир личне особине извршиоца, као и тежина и бројност извршених кривичних дела. На тај начин се могу остварити оптимални ефекти кажњавања, јер фактори лошег утицаја могу потицати и из друштвене средине, али и од личних карактеристика учиниоца. Хумано поступање карактерише савремено доба у извршењу кривичних санкција, што је у корелацији са поштовањем људских права и достојанства појединца. Извршење казне затвора не би смело повећавати патње које произлазе из самог лишења слободе, па се изолација сматра оправданом ако не траје дуго и уколико је неопходна због интереса кривичног поступка.

Припрема за „нови живот” почиње још у установи либерализацијом режима издржавања казне, мерама индивидуалне подршке и по могућности интензивирањем контаката са спољним светом.

Новији, „ванинституционални третмани” спровode се као форма интензивног рада са осуђеницима ван поправног завода, што не значи да се не примењује обавезни надзор, али се хуманизује корекциони третман, а кроз позитивне ефекте у промени понашања може се остварити и скраћење времена трајања. Корисни ефекти се не морају остваривати само после дуготрајног лишења слободе са подразумевајућом изолацијом.⁹

⁹ Милан Милутиновић, *Криминална политика*, Савремена администрација, Београд, 1984, 244, 245.

Код нарочито тешких кривичних дела са доживотним затварањем одступа се од свих савремених правила за друге временски одређене казне затвора, пошто се подразумева организовање посебних одељења, са функционалним мерама обезбеђења, посебним надзором и специфичним третманом осуђених.

Х. Измена временског распона прописаних казни затвора

Променом граница распона прописаних казни затвора које се могу изрећи за поједина кривична дела извршено је практично поштравање казног реаговања и смањена могућност изрицања условне осуде. Јер, условном осудом суд утврђује учиниоцу кривичног дела казну затвора и истовремено одређује да се неће извршити ако осуђени за време проверавања не учини ново кривично дело. Суд може одредити и да ће се казна извршити ако осуђени у одређеном року не врати имовинску корист прибављену кривичним делом, не накнади штету коју је проузроковао кривичним делом или не испуни друге обавезе за време проверавања.

Са изменом распона већ прописаних казни затвора за поједина кривична дела, утиче се на измену механизма условљавања, пошто се према чл. 66 КЗ условна осуда може изрећи када је учиниоцу утврђена казна затвора у трајању мањем од две године, а условна осуда се не може изрећи за кривична дела код којих је могуће изрицање казне затвора у трајању од десет година и преко десет година или тежа казна. Не може се изрећи условна осуда ако није протекло више од пет година од правоснажности осуде којом је учиниоцу изречена казна затвора за умишљајно кривично дело, а узима се у обзир личност учиниоца, ранији живот, понашање после извршеног кривичног дела, степен кривице и друге околности.

О опозивању условне осуде се може говорити у случају новог кривичног дела, раније учињеног кривичног дела или због неиспуњења одређених обавеза.

Променом распона казни које се као казне затвора у новом трајању прописују за поједина кривична дела смањује се могућност изрицања условне осуде као мере упозорења, а прелази на режим безусловних казни, што нема своје пуно криминалополитичко оправдање. Ефекти сузбијања криминалног понашања не могу се остварити само мерама појачане репресије. Стварају се услови за ново стање у казненој области будућих година, када ће уместо условне осуде бити доминантна ефек-

тивна безусловна казна затвора. За лакша кривична дела и за извршиоце који нису повратници у криминалу, поред либералног ванинституционалног третмана, адекватно казнено решење је условна осуда, а не ефективан затвор.

Законом о изменама и допунама КЗ, извршене су интервенције у погледу садржине чл. 66 КЗ, па је у ставу 2 измењено временско мерило трајања, тако што је казна затвора од десет година замењена граничном казном од осам година, па се сада за кривична дела за која се може изрећи ова нова казна или тежа казна, не може изрећи условна осуда, чиме се практично повећава обухват кривичних дела за која се елиминисе могућност условне осуде. Још се уз то предвиђа да се условна осуда не може изрећи ако није протекло више од пет година од правоснажне осуде којом је изречена казна затвора или условна осуда. И са становишта санкционисања, повећава се број случајева за које се по закону елиминисе могућност условљавања и шири простор за безусловно затворско кажњавање.

XI. Рецидивизам

Рецидивистима се сматрају лица која су поновила извршење кривичног дела.

Кривичноправни појам поврата подразумева поновљено вршење кривичног дела исте или друге врсте, тако да се у зависности од тога може говорити о специјалном или општем поврату. Више пута поновљена кривична дела дају слику вишеструког поврата, а подразумева се да се кривична дела врше у временском континуитету и да је учинилац за та кривична дела осуђен. Криминолошки појам поврата укључује више дела исте или друге врсте, али се не тражи осуђиваност за та кривична дела, нити издржане казне по тим пресудама, а није одлучујући ни временски континуитет у извршењу дела. Пенолошки појам поврата подразумева поновни долазак осуђеног у казнено – поправну установу ради извршења кривичне санкције по донетој пресуди.

Рецидивизам не подразумева посебну етиологију, већ се најчешће сматра да су друштвене околности и личне особине одлучујући фактор криминалног понашања. Код анализе рецидива сматра се да је опасност понављања најизраженија у прво време после извршеног кривичног дела, а да се касније, са протеклом дужег временског периода, та опасност смањује.

Проблем је код рецидива утолико компликованији што бројни извршиоци имају различита схватања у односу на важећа друштвена мерила и прихваћене друштвене вредности.¹⁰

Код иницијативе за измену прописа у овој области, узима се у обзир као посебна околност отежавајућег карактера – поновљено извршење кривичног дела, а по законском пропису морају се ценити све околности које се тичу кривичног дела и његовог учиниоца.

Код одређивања поврата, новелом се предвиђа да ће суд узети као отежавајућу околност ранију осуђиваност за умишљајно кривично дело, ако од раније осуде до издржане казне није протекло пет година. За случај ублажавања, законом се прописује ограничење, па суд не може изрећи казну испод границе прописане законом или блажу врсту казне, изузев ако закон предвиђа да се казна може ублажити или се учинилац може ослободити од казне, а суд га не ослободи од казне.

Ако се ради о вишеструком поврату, онда када је кривично дело извршено са умишљајем, а прописана казна затвора, суд ће изрећи казну изнад половине распона прописане казне ако је учинилац два или више пута осуђиван за умишљајна кривична дела на казну затвора од најмање годину дана, односно ако од отпуштања са издржавања изречене казне до извршења новог кривичног дела није протекло више од пет година.

Одмеравање казне је једна од најосетљивијих и најкомпликованијих судских активности, па зато треба настојати да се, као код принципијелно прихваћене слободе у оцени доказа, сачува што више слободе за суд у практичној делатности одмеравања казне, тако да се код нормирања не прибегава законским императивима и ограничењима, осим уколико је баш неопходно и служи једнообразној примени прописа.

ХII. Актуелне идеје о променама у казненој политици

Ако се имају у виду теоријске идеје у криминалнополитичкој научној области, посебно се истиче значај теорија генералне и специјалне превенције. Развој ове научне дисциплине показује да се, историјски посматрано, циљеви казне мењају. Раније је казна значила одмазду, па је учинилац морао испаштати због учињеног, а касније се све сводило на мере сузбијања криминалитета и заштиту друштва од криминалне делатности.¹¹ Апсолутне теорије о циљу казне – истицале су у први план одмазду, патњу и трпљење, па је учињено зло требало враћати новим

¹⁰ С. Косановић, 120.

¹¹ М. Милутиновић, 441, 442.

злом, због чега се заштитна функција казне у односу на друштвене вредности није истицала као посебан циљ. Касније, са релативним теоријама о циљу казне, у првом плану је заштита друштва од криминалитета. Развојем мешовитих теорија, као циљ се одређује и одмазда, али и превенција, како генерална, тако и специјална.

Специјалном превенцијом спречавају се извршиоци да не чине поново иста или слична кривична дела. Генералном превенцијом се утиче на грађане да не врше кривична дела изазивањем страха од казне за кривична дела прописана законом и строгим поступањем у казнено–правним установама. Прописивањем казне за одређена кривична дела, изрицањем казне и спровођење извршења, ствара се атмосфера општег упозорења за грађане који треба да се уздрже од криминалног чина. Прописивање, претња казном и њена примена доприносе остварењу антикриминалних циљева. На тој линији се формирају објашњења за законску иницијативу и промену прописа о казнама, а оправдава могуће увођење у наш казнени систем – затворске казне у доживотном трајању. Теорије о циљу казне заснивају се на концепту организоване социјалне реакције и на репресији која треба да има и превентивно дејство. Таквом превенцијом се не може успешно сузбијати криминалитет, па се практично потврђује да се, независно од строгог казног оквира, дешава да многа лица чине кривична дела, а да је позитивни ефекат „апсолутно непознат”.¹² Бројни фактори се супротстављају деловању законских прописа, а утицај репресије је много мањи него што се очекује тамо где је то нарочито потребно у односу на лица посвећена криминалној делатности. Јачи ефекат је код оних лица која су иначе осетљива на општу моралну осуду, па по правилу нису извршиоци најтежих кривичних дела.

Улога јавности не може се сводити на популаризацију кривичног законодавства, ни пасивно застрашивање наговештавањем мера и казни у кривичним прописима.

Није добро ни препуштање терета реакције искључиво правосудним органима. Друштвена активност се мора усмерити на услове и узроке настанка криминалитета као појаве и на криминалну активност као предмет бављења. Због тога, репресија много не доприноси квалитетном решењу, мада остаје значајан фактор борбе у комбинацији са широко програмираним социјално–превентивним акцијама и хуманизацијом односа међу људима у материјално богатијем друштву.

Битно је имати у виду да, када се жели ефикасна заштита друштва и појединача од различитих форми недозвољеног кажњивог понашања,

¹² М. Милутиновић, 442.

тој жељи морају одговарати кривично–правне мере, али и елементи практичне казнене политике, јер ради се о области деловања која је отпорна на утицаје прогресивних промена у друштвеним збивањима, па се често наводи да је област кривичног права најмање подобна за брзе и лаке измене.

ХИИ. Закључак

Реформски захвати у области казног права дотичу осетљиву област људских права и слобода, због чега захтевају нешто дужу припрему. Промене се не могу остварити изменама и допунама мањег броја прописа или преформулисањем само неких чланова закона. У оквиру истог закона, поједине одредбе морају бити усклађене са целином законског текста, а закони који регулишу различите области такође морају бити међусобно усклађени. Да би се остварила жељена хармонија, посебан значај имају Устав Републике Србије, као и одредбе међународних конвенција.

Парцијалним изменама и допунама ствара се реална опасност да постојећи и нови прописи не чине усклађен систем што ствара проблеме у практичној примени. Делимичне и брзе промене прописа у области кажњавања, без обзира на изражене потребе, нису адекватан начин за њихово прилагођавање новонасталој ситуацији израженој порастом броја тешких кривичних дела и повећаном опасношћу од њихових извршилаца.

Ова анализа представља само форму учешћа у јавној расправи о изменама и допунама Кривичног законика, са циљем да се дође до квалитетних законских одредби, без жеље да се оспори обавеза државе у предузимању адекватних мера кажњавања, посебно онда када извршењем кривичних дела деца постају жртве насилних извршилаца.

Srećko Kosanović, PhD

Professor at Faculty of Law of Union University

CURRENT AMENDMENTS TO CRIMINAL CODE

Summary

The article presents the newly promulgated amendments to the Serbian Criminal Code, whereby the punishment of life imprisonment for certain serious crimes is introduced into the criminal law system. The author examines the novelties in the

criminal law in the perspective of comparative analysis and positions of modern penology, and emphasizes the areas where Serbian solutions differ from the international standards. In conclusion, the author advocates for prudent, thoughtful intervention in the sensitive matters of the criminal law, and stresses the need of harmonization of new solutions with entirety of legal system.

Key words: criminal law, criminal code, criminal offence, criminal sanctions, penal treatment, punishment of life imprisonment, individualization of sanction, conditional release, rehabilitation

UDK 343.2.01:179.7
342.721

Слободан Газивога
дипл. правник¹

ЛЕГАЛИЗАЦИЈА ЕУТАНАЗИЈЕ – ПИТАЊА ЗА РАЗМИШЉАЊЕ

Сажетак

У чланку је објашњен појам еутаназије, приказује историјат настојања у свету да се еутаназија легализује, те излаже упоредни преглед решења легализације еутаназије у савременим законодавствима. Потом се анализира третирање еутаназије у позитивном законодавству Србије. Аутор, под утиском решења предложеног у Преднацрту Грађанског законика, које предвиђа легализацију еутаназије, износи низ правних, друштвених, моралних, етичких и других дилема које се морају отклонити пре коначног увођења института еутаназије у правни систем Србије; аутор се залаже за свеобухватан, промишљен и пажљив приступ приликом законодавне интервенције у овој осетљивој материји.

Кључне речи: људска права, право на живот, право на смрт, еутаназија, легализација еутаназије

І. Увод

Живот је најзначајнија вредност човека, а уједно основ и смисао свих осталих вредности човека, па је, с тога, право на живот највише и најзначајније међу свим људским правима. Као такво, право на живот је у савременом друштву уздигнуто на прво место међу свим правима грађана. Мада човеков живот никада није био без одређене заштите, право на живот тек у XIX и XX веку бива прокламовано и заштићено највишим правним актима држава грађанске демократије, без обзира на човекову класну припадност, расу, религију, националност, узраст, пол, или шта друго.

¹ Судија Врховног суда Србије у пензији

У нашој земљи право на живот прокламовано је у Уставу, а најјача кривично-правна заштита овог права обезбеђена је одговарајућим одредбама Кривичног законика.

Најновија достигнућа у области медицине омогућила су да људски век бива све више продужен. Пресађивање највиталнијих људских органа, попут срца и плућа, продужење живота тешко коматозних болесника, проналазак и примена медикамената изузетне важности, као и достигнућа у различитим доменима медицинске технологије и опреме, најбољи су показатељи прогресије медицинске науке и пратећих наука, па се све више заступа мишљење и о непостојању неизлечивих болести, односно њихово свођење на потпуни минимум. Пред лекарима су се појавили нови задаци, тако да међу припадницима те професије доминира професионална и етичка обавеза да, користећи се свим прихваћеним методама као и свим легално допуштеним средствима савремене медицинске технологије, болесника максимално одрже у животу; ово тражи одговор на питање до којих граница треба да иде лекар у настојању да ту своју хуману обавезу оствари, односно када престаје његова одговорност за живот болесника.

Тако се намеће разматрање једног посебног феномена, који поред своје медицинске димензије, несумњиво има и своју правну, етичку, социјалну, психолошку, теолошку, па и неку другу димензију. То је – феномен еутаназије.

У нашем друштву се ово питање еутаназије актуелизује решењима предложеним у Преднацрту Грађанског законика, што отвара не само простор за дискусију, већ пред друштво, а посебно и пред правничку професију, ставља велики број дилема на које ваља потражити одговоре.

II. Појам еутаназије

Реч „еутаназија” потиче од грчких речи „eu” (добро) и „thanatos” (смрт). Ову кованицу први је употребио енглески филозоф Франсис Бекон 1620. године у своме делу „Novum Organum”. Међутим, чињеница да је реч еутаназија тада била први пут употребљена не значи да је она, у свом практичном значењу, до тада била непозната људском роду.

Историјски подаци показују да су још примитивни Бретонци „посвећеним чекићима” разбијали лобање оних болесника који су предуго умирали. На сличан начин су, својевремено, нека примитивна племена, као на пример у Полинезији, лишавала живота немоћне особе, нарочито немоћне жене и децу.

Велики хеленски филозоф Платон (427–347 п.н.е.) у своме делу „Држава” је навео да лекар „не треба да ставља руку на тело које је потпуно болесно и тако болесном човеку не треба да омогући дуг и несрећан живот, јер од тога немају користи ни тај човек ни држава.” Код старих Римљана еутаназија је такође имала бројне присталице. Томе је сигурно допринео велики говорник и филозоф Цицерон (106–43 п.н.е.) постављајући питање: „Зашто да трпимо? Једна су нам врата отворена – смрт, вечно уточиште, где се више ништа не осећа.” Међутим, овим и другим ставовима, садржаним у историјским записима тога времена, одлучно се супротставио Хипократ (460 – 377 п.н.е.) у својој чувеној заклетви, која у једном свом делу гласи: „...И никоме нећу, макар ме за то молио, дати смртоносни отров, нити ћу му за њега дати савет.”

III. Настојања да се еутаназија легализује

1. Потреба уређивања права на смрт

Пошто је право на живот најзначајније међу свим људским правима, намеће се питање да ли се, као пандан праву на живот, може поставити право на смрт. Позитивно законодавство у разним земљама ово питање или не регулише или га регулише на различите начине. Из овог произилази суштинска потреба да се потпуно и прецизно уреди и питање овог права на смрт. Ово стога што је човек у свом досадашњем развоју достигао такав степен свести да може слободно одлучивати не само о томе како ће живети, већ и да ли ће живети. Према томе, сваки човек је у позицији да одлучује о судбини свог највећег и основног права, права на живот.

Самоубиство не само да није убиство, већ према позитивним законима није кажњиво, што значи да је прећутно дозвољено. Управо ту прећутну дозвољеност самоубиства користе поборници еутаназије као свој најјачи аргумент о непостојању суштинске разлике између ова два појма и права; заједничке карактеристике они виде у располагању животом по сопственој одлуци, с том незнатном разликом што код самоубиства човек по сопственој одлуци сам себи одузима живот, док код еутаназије, такође по својој одлуци, то треба да учини друго лице, јер је он у физичкој немогућности да то сам учини.

Поборници еутаназије истичу још један важан разлог у прилог њене потпуне легализације, а то је осећај правде и једнакости. Јер, ако здрав и физички способан човек има право на лишење сопственог живота,

зашто такво право не би требало дати душевно здравој особи која се на то сама одлучила, а која није у могућности да ту своју одлуку реализује. Тиме се апострофира властита воља (*animus*) као услов без које се еутаназији не може приступити (*conditio sine qua non*).

2. Историјски преглед легализације еутаназије

Први значајнији покушаји легализације еутаназије били су у Енглеској 1873. године када је Minel Tolmah предложио најважнијим институцијама да се прихвати еутаназија, а да се самом чину еутаназије приступи „пред угледним сведоцима.” У САД је 1906. године парламент државе Охајо покушао да озакони еутаназију за неизлечиве болеснике, али је конгрес у Вашингтону тај предлог одбио. И поред тог одбијања, основано је удружење за легализацију еутаназије које је наставило борбу за њену легализацију, па је, мада доста касније, у држави Калифорнија 1976. године усвојен Закон о праву на смрт. Према одредбама тога закона болесник је у писменој форми могао одлучити о прекиду сопствене терапије која је водила смртном исходу. Тиме је била искључена одговорност лекара који је по природи ствари требало да следи вољу и одлуку болесника. Један од новијих догађаја, који је узбудио светску јавност, која се са околностима случаја упознала путем многих медија (када је еутаназија извршена над болесницом која се двадесет година налазила у коми), указује на настојање поборника легализације еутаназије да у потпуности истрају на њеној дозвољености, и то без било каквих санкција.

У немачком Рајхстагу је 1913. године, у време важности Бизмарковог кривичног законика из 1876. године, био поднет предлог за легализацију еутаназије, али тај предлог није прихваћен. Међутим, Адолф Хитлер је 1939. године потписао одлуку по којој се може одобрити неизлечивим болесницима да буду „ослобођени од смрти”. У Нирнбершком процесу је утврђено да је, на бази те одлуке, лишено живота 275.000 људи, па се одлука доводи у директну везу са геноцидом.

Нашу пажњу привлачи Кривични законик старе Југославије из 1929. године, у коме је, у члану 186, било прописано кривично дело лишења живота „на изричит и озбиљан захтев или молбу”. За постојање тог кривичног дела тражило се да постоји „бедно стање лица које такав захтев или молбу улаже”, при чему се под тим стањем подразумевало да се ради о неизлечивом болеснику или о каквом другом тешком стању тешко повезаном са неублаживим физичким боловима, а за лице које је таквом захтеву удовољило било је предвиђено блаже кажњавање у односу на класично кривично дело убиства.

3. Третман еутаназије у савременим законодавствима

Како сада поједине државе третирају питање еутаназије ?

Неке државе, увођењем посебних одредаба у своје кривичне законе, еутаназију третирају као привилеговано убиство. Друге државе, као на пример Немачка, Швајцарска, Пољска, Норвешка, Данска, Финска, Грчка, Бразил, Уругвај и др, еутаназију третирају само приликом утврђивања степена кривице за кривично дело убиства, ценећи при томе конкретне околности при лишењу живота као посебно олакшавајуће околности. Неке друге државе, као на пример Велика Британија, Француска, Белгија и др., међутим, за еутаназију не предвиђају блаже кажњавање. И поред тога, у судској пракси ових земаља је било случајева доношења одлука о непостојању кривице лекара, те су у таквим случајевима доношене ослобађајуће пресуде.

Поред Кине и неких држава САД, од европских држава Холандија је прва која је озаконила еутаназију и то применом специфичног поступка. Према важећим прописима те земље, лекар који је одлучивао да ли ће прихватити жељу болесника био је у обавези да обави претходне консултације са тужиоцем. Ако се њихови ставови нису подударали, а лекар се противно ставу тужиоца одлучио за чин еутаназије, по правилу је долазило до тога да лекар буде оптужен. Али, исход оваквих судских поступака најчешће је био ослобађање лекара од оптужбе, јер је судска пракса најчешће заузимала став о искључењу кривице лекара, или став да је дело наступило услед више силе. После Холандије, са даљом експанзијом демократских промена и њиховог одраза на правну регулативу, велики број земаља је на један или други начин у своје кривичне законе уградио овај специфичан облик лишења живота.

Како се питање еутаназије третира у неким земљама у нашем ближем окружењу?

У Хрватској је у чл. 112 ст. 3 Казненог закона прописано кривично дело „усмрћење на захтјев”, по коме ће се казном затвора од једне до осам година казнити ко другог усмрти на његов озбиљан захтев.

У Словенији је у чл. 118 Казненог законика прописано да ће се учинилац убиства које је извршено под посебно олакшавајућим околностима казнити затвором од шест месеци до пет година.

4. Садашња ситуација у законодавству Србије

Кривично законодавство СР Југославије није третирало убиство из милосрђа као посебно кривично дело, већ као кривично дело убиства (чл. 47 КЗ Републике Србије и чл. 39 КЗ Републике Црне Горе), па је

тако убиство из милосрђа цењено од стране судова у склопу осталих околности, најчешће третирајући еутаназију као особито олакшавајућу околност и, следствено томе, извршиоцима дела су изрицане казне испод законског минимума за кривично дело убиства, а до доње границе општег минимума казне затвора.

У склопу насталих промена на овим просторима, Црна Гора је при реформи свог кривичног законодавства, у чл. 147 КЗ, већ увелико важећег, предвидела кривично дело лишења живота из самилости, по коме ће се онај ко лиши живота пунолетно лице из самилости због тешког здравственог стања у коме се то лице налази, а на његов озбиљан и изричит захтев, казнити затвором од шест месеци до пет година.

Република Србија је једно време задржала стари приступ третирања еутаназије, дакле као кривично дело убиства, да би потом у Кривични законик, који је и сада на снази, увела кривично дело лишења живота из самилости. Тако је у чл. 117 КЗ одређено да ће се онај ко лиши живота пунолетно лице из самилости због тешког здравственог стања у којем се то лице налази, а на његов озбиљан и изричит захтев, казнити казном затвора од шест месеци до пет година.²

Овакав став законодавца препустио је суду да у сваком конкретном случају утврди све битне чињенице које би указивале на постојање или непостојање тешког здравственог стања, а што је у пракси било у приличној мери отежано. Ово с тога што не само да не постоји нека медицинска дефиниција или други оквири за постојање тешког здравственог стања, већ не постоји ни сагласан став експерата из ове области по том питању.

Намеће се стога и даље потребе добијања адекватног одговора на питање да ли ће се под тешким здравственим стањем сматрати само оно стање када се применом најсавременијих медицинских средстава и третмана такво стање не може превазићи и избећи опасност по живот болесника, или ће се под тешким здравственим стањем подразумевати и оно стање које само по себи не води скоријем смртном исходу, али је и поред тога изричито тешко, као на пример потпуна и трајна физичка одузетост, немогућност говора, изостанак чулних осећаја, као и др. У вези са овим последњим, нужен је одговор и на питање како ће код ових болесника бити могуће утврдити њихов озбиљан и изричит захтев.

У разлозима који су навођени односно који су претходили доношењу сада важећих норми из наведеног члана КЗ, изостала је додатна

² Кривични законик – КЗ, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016, 35/2019.

аргументација, пре свега у погледу могућности да и друга лица, најближи сродници, могу дати сагласност за спровођење поступка изазивања „благe смрти”, а изостала је аргументација и за друга могућа решења.

IV. Решења предложена у Преднацрту Грађанског законика

Сва та питања морала би добити свој потпуни, прецизни и пре свега стручни одговор пре усвајања новог Грађанског законика, чији Преднацрт садржи и одредбе о легализацији еутаназије;³ то би био основ искључења одговорности извршиоца еутаназије у кривично-правном смислу те речи.

Према овом Преднацрту, осим тешко болесног лица, сагласност за примену еутаназије могу дати и његови сродници. Уколико се прихвати овакво решење, у пракси могу настати бројни проблеми због могућих злоупотреба, првенствено по питању наслеђа, животног осигурања, трговине људским органима и др.

Преднацрт законског текста услове за еутаназију поставља високо и са многобројним ограничењима. Међутим, као ни раније, тако ни понуђена решења у овом Нацрту не даје одговоре на бројна питања, која би морала бити решена пре коначног усвајања, јер би само декларативно проглашење Грађанског законика, у овоме делу, без одговора на многобројна питања и дилеме, могло створити тешко решиве проблеме у поступку реализације еутаназије.

Тешко је набројати сва питања која унапред траже одговоре, али на озбиљност проблема указују само нека од њих. Како поступити у ситуацији ако је тешки болесник сагласност за примену „благe смрти” дао у некој заблуди, или ако је накнадно одлучио да одустане од претходно дате сагласности, али да то више није у могућности да учини због

³ У Преднацрту Грађанског законика, који је Комисија Владе Србије за израду Грађанског законика усвојила у мају 2019. године, одредба о еутаназији садржана је у чл. 86, са наднасловом „Право на достојанствену смрт (еутаназију)”; одредба у целини гласи: „Право на еутаназију, као право физичког лица на сагласни, добровољни и достојанствени прекид живота, може се изузетно остварити, ако се испуне прописани хумани, психосоцијални и медицински услови. // Услов и поступак за остваривање права на еутаназију прописују се посебним законом.” Уз ову одредбу, додата је и следећа напомена: „Због комплексности остваривања права на еутаназију, које има, поред правних и медицинске, психолошке и социјалне аспекте, Комисија ће се накнадно дефинитивно изјаснити на основу аргумената стручњака из различитих области и професионалних делатности, имајући у виду и предлог текста посебног закона који је припремљен након јавне расправе о Преднацрту. Евентуалним усвајањем предлога, извршила би се одговарајућа промена у Кривичном законнику”.

неких новонасталих околности (трајне непокретности, губитка моћи говора или др.)? Ко ће у пракси донети одлуку о испуњености услова за приступање овоме чину, појединац или стручни тим? Да ли ће бити предвиђено преиспитивање донете одлуке од стране више инстанце? Да ли ће се у пракси применити само директни поступци који воде наступању „благе смрти” или изазивање смрти нечињењем, односно обустављањем мера које би тешко болесном лицу само за извесно време продужиле живот? Да ли се под појмом еутаназије има сматрати и предузимање мера које би неиздрживе болове чиниле подношљивијим, али би истовремено такве мере водиле скраћењу живота?

Ко ће конкретно спровести чин еутаназије? Има најава да би томе приступили „стручни извршитељи”. Ко су они? Ако су то лекари, што би морало бити, да ли би они поступали по принципу добровољности, или би то била њихова професионална и радна обавеза? С тим у вези је и питање како ће се третирати лекар који, позивајући се на Хипократову заклетву, одбије да учествује у таквом поступку?...

V. Закључак

Одговор на сва спорна питања мора уследити тек после консултовања експерата из бројних области. Ваљало би детаљно проучити и искустава других земаља и њихових решења поводом наведених, али и других, питања и дилема. И наизглед уско одређен институционални оквир еутаназије довео је, у пракси земаља које су ову меру законски регулисале, до бројних проблема и дилема.

После свега изнетог, намеће се као неизбежан закључак да ће феномен еутаназије и даље представљати изазов хуманистима, па и захтевати стално преиспитивање ставова оних који еутаназију приказују као нужност савременог доба; налазимо се пред још једном пробом човека, у околностима апострофиране моралности, у време када се преплићу идеје добра и зла, правде и неправде, када се сурово решење, какво је еутаназија, може сматрати и супротним животу и хуманости.

Slobodan Gazivodalawyer⁴

LEGALIZATION OF EUTHANASIA – ISSUES TO BE CONSIDERED

Summary

In the article, the notion of euthanasia is explained, and the history of the attempts in the world aimed to legalization of euthanasia is presented; also, the review of comparative solutions of legalization of euthanasia in contemporary legislations is offered. Further, the treatment of euthanasia in current Serbian legislation is examined. The author, inspired by the solution proposed in the Draft Civil Code, introducing legalization of euthanasia, advocates for the comprehensive, thoughtful and cautious approach in the legislative intervention in this sensitive matter.

Key words: human rights, right to life, right to death, euthanasia, legalization of euthanasia

⁴ Judge of Supreme Court of Serbia, retired

UDK 336.717.061(497.11)
347.455

Александар Самуиловић

адвокат из Београда

КРЕДИТИ У ШВАЈЦАРСКИМ ФРАНЦИМА

Сажетак

У коментару се анализира ситуација која је довела до доношења Закона о конверзији стамбених кредита изражених у швајцарским францима. Аутор је изнео да су банке, противно начелима Закона о облигационим односима, стекле неосновану добит применом швајцарског франка као корективне валуте у валутним клаузулама садржаним у уговорима о стамбеним кредитима. Своју тезу аутор је поткрепио анализом примера из праксе. Констатовао је да, и после доношења Закона, није отклоњена могућност да банке, наметањем одређених решења кроз уговоре о конверзији са корисницима кредита индексираним у швајцарским францима, и даље стичу знатну корист.

Кључне речи: стамбени кредит, валутна клаузула, обрачунска валута, швајцарски франак, конверзија стамбених кредита, план отплате кредита, почетно стање дуга

І. Увод

Ступањем на снагу Закона о конверзији стамбених кредита индексираних у швајцарским францима¹ законодавац је покушао, делимично и успео, да поправи ситуацију у којој се нашло око 16.000 домаћинстава у Републици Србији која су, у претходних петнаестак година, закључила уговоре о стамбеним кредитима у „швајцарцима”. Иако је Закон о конверзији у сваком случају позитиван корак за кориснике кредита који ће, можда, сада бити у ситуацији да не морају да напусте станове које

¹ Закон о конверзији стамбених кредита индексираних у швајцарским францима – Закон о конверзији, *Службени гласник РС*, бр. 31/2019.

су купили, коначни ефекти ће зависити од начина његове примене, а нарочито од начина на који ће банке долазити до почетног параметра за обрачун конверзије (најчешће под називом: „почетно стање дуга”).

Међутим, још у поступку предлагања самог Закона о конверзији, појавили су се различити коментари и тумачења фактичких и правних ситуација у којима ће се наћи, односно у којима су се сада нашли корисници *CHF* кредита: од тезе „да су знали шта потписују, па шта сада хоће...”, па до тога да се „трошак тих кредита *прелива* на све пореске обвезнике”. У овом тексту се предочавају неке чињенице и осветљава положај корисника кредита у „швајцарцима”; наводе се и одређени прописи који би се могли применити на предметну материју. Из излагања ће можда бити јасније на чијој страни је дошло до умањења имовине, а ко је имао користи и из *уговора у швајцарцима*.

II. Швајцарски франак – нико га није ни видео

Цене станова (некретнина) се у Србији најчешће изражавају у еврима. Вероватно никада није одређена и плаћена цена било које некретнине у Србији у швајцарским францима.

Погледајмо стварни пример: током 2007. године грађанин проналази стан који одговара његовој породици и који кошта *EUR* 80.000. Грађанин нема довољно средстава, одлази у банку и подноси захтев за одобрење кредита. Утврђујући његову кредитну способност, банка предлаже кориснику да закључи уговор индексиран у швајцарским францима, што је, у том тренутку, најповољнија опција за корисника кредита.²

Банка кориснику предочава услове и предаје план отплате кредита из кога корисник може да закључи да ће, током наредних 25 година и 300 рата, на износ од *EUR* 80.000 (главница) потребних за куповину стана морати да плати банци и камату још *EUR* 28.306,02. Све то банка исказује у валути швајцарски франак, а на плану отплате стоји да је у питању *CHF* 131.728,11 (главница) и *CHF* 46.574,69 (камате) или укупно: *CHF* 178.302,80.

Да је кредит кориснику исплаћен у валути швајцарски франак, да је корисник стан платио у швајцарским францима, да је корисник ану-

² Разлози из којих су банке током 2006–2008 године нудиле кредите у „швајцарцима”, а нарочито зашто су грађани прихватили баш такве кредите, посебо су занимљиви, али је то засебна, озбиљна тема која се не обрађује у овом раду.

итете враћао у швајцарским францима – дилеме не би било: корисник кредита, због промене вредности валуте не би могао да се позива, на пример, на битно промењене околности и на драстичан скок курса; међутим, токови новца код свих „кредита у швајцарцима”, па и у примеру који се разматра, су се кретали другачије:

– прво, банка би одмах кориснику кредита исплатила динаре – *RSD* 6.481.220,60 као еквивалент купопродајне цене непокретности (*EUR* 80.000),

– друго, банка би кориснику уплаћени износ од *RSD* 6.481.220,60 конвертовала у *EUR* 80.000, што је износ потребан за исплату купопродајне цене за стан (вршећи фактички мењачки посао) и износ у еврима пренела на рачун продавца стана (јер продавац тражи исплату у еврима),

– треће, тај динарски износ би затим банка индексирала у *CHF* по курсу на дан исплате (*CHF* 131.728,11),

– четврто, у наредној декади корисник банци сваког месеца плаћа рату кредита у динарима, које банка онда индексира у швајцарским францима.

Све у свему, швајцарски франак се у овом послу нигде није појавио: сва плаћања су вршена у динарима, а „швајцарац” је коришћен за индексирање – дакле, само као категорија за обрачун.³

III. План отплате кредита и шта тај план показује

Уз сваки уговор о кредиту банке су корисницима кредита предавале и план отплате кредита. Тај план се, захваљујући времену објављивању промене *LIBOR*-а, мењао сваких шест месеци, на половини и на крају године. Оно што је, међутим, правило у сваком у плану – то је однос процената главнице и камате у сваком ануитету (рати кредита).

Ако се погледа било који план отплате кредита, јасно се види да банке сваку рату коју корисник плати деле на два дела – део за отплату главнице и део за плаћање камате, при чему је тај однос, на почетку уговорног односа, такав да од сваке рате банка књижи 20% на отплату кредита, а чак 80% на плаћање камате, док се, при крају кредитног

³ Занимљиво је да су неке банке у својим уговорима индексираним у „швајцарцима”, уредно своју провизију обрачунавале у еврима. Такође, у највећем броју случајева, уговор о купопродаји непокретности (у коме је цена одређена у еврима) чинио је саставни део уговора о кредиту индексираним у „швајцарцима” – тако да су све стране у послу знале да је швајцарски франак само обрачунска категорија.

односа, пропорција обрне – корисник кредита пред крај уговора плаћа кроз сваку рату 80% главнице, а 20% камате!⁴

Зашто банке праве овакву пропорцију? Зар није логично да је корисник кредита на пример на половини трајања кредита исплатио 50% главнице и 50% камате? Из угла банке ово није логично, чак је и штетно (за банку, наравно). Наиме, важећи прописи, а и дугогодишња судска пракса, не дозвољавају кредитору да наплати такозвану казнену камату код превремене отплате кредита (по логици: плаћаш пре уговореног рока – платићеш ми, на пример, 2,5% од суме коју исплаћујеш пре рока). У таквим околностима, банке кроз план отплате кредита кориснику који жели да раније отплати кредит (или његов део) јасно стављају до знања да на половини трајања уговорног односа није исплатио половину главнице.

Како ово изгледа на примеру који разматрамо? Уговорени период кредита је 25 година или 300 рата, па би требало да је на 120-ој рати кредита корисник кредита исплатио 40% целог дуга, и главнице и камате. Међутим, није тако – јер евидентирање рата и распоред на главницу и камату показује следеће:

По плану отплате кредита (на главницу од *CHF* 131.728,11 и камату од *CHF* 46.574,69), који је уговорен на 300 рата, пресек на 120 рата или 40% трајања уговорног односа показује да је кориснику евидентиран износ од *CHF* 38.052,70 –или **чак 81,7% уговорене камате, при чему је, у истом тренутку, корисник отплатио само 30,76% главнице!**

Из овог разлога је нарочито битно, код примене Закона о конверзији, да се обрати пажња на следеће: шта је садржано у цифри коју банке означавају као „тренутно стање дуга у *CHF*” (на дан конверзије)? А ако се погледа план отплате сада конвертованог кредита, опет се јасно уочава иста тенденција: банке ануитет у почетку деле на главницу од 68% и камату од 32% (рочност 8 година) да би код последњих рата проценат који отпада на камату био мањи од 1%.

Све наведено поприма драстичне размере ако се и главница и камата и рате третирају онако како су плаћани – у динарима. На примеру приказаном у овом тексту, ако се погледају плаћања и распоред плаћених износа у динарима (у тренутку уговарања: *RSD* 6.481.220,60 главница + *RSD* 2.291.544,61 камата), произилази да је корисник кредита, када се

⁴ Ова пропорција је узета само као пример поступања банака. У плановима отплате неких банака постоје и драстичније пропорције – од главница 12% : камата 88% на почетку уговора до предвидивог односа главница 99% : камата 1% у последњих 6 месеци предвиђеног трајања уговора.

саберу све уплате прокњижене на камату у динарима, на 40% времена трајања уговора, исплатио на име камате RSD 2.816.933,80 или чак 122,93% камате уговорене у тренутку потписивања уговора о кредиту!

Но, како динар није увек био стабилан, у сваком уговору о дугорочном кредиту налази се и валутна клаузула.

IV. Валутна клаузула – шта се штити и да ли се на њој зарађује?

Валутна клаузула штити кредитора од пада вредности домицилне валуте. С обзиром да је у Србији званична валута динар, уговарањем валутне клаузуле банке штите свој новац тако што сваки промет извршен у динарима изражавају у страниој валути; дакле, кључна реч је заштита (вредности капитала), и ту зараде нема или бар не би требало да је буде.

И дугорочни стамбени кредити индексирани у еврима садрже валутну клаузулу (све се изражава у еврима), али код тих уговора није могуће уочити било какво додатно приходовање банке. Са кредитима израженим у „швајцарцима” чињенице су, међутим, битно другачије.

И ова ће се констатација приказати на стварном примеру. У табели која следи дати су номинални износи кредита индексираног у CHF, према уговору закљученом 30. јуна 2006. године, када је курс CHF за динар био 54,2262, а курс EUR за динар износио 84,9995 (у табели су износи главнице и камате у CHF преузети из плана отплате кредита предатог кориснику од стране банке.

Уговор о кредиту у CHF „претворено” у EUR на дан закључења

Датум закључења	30.06.2006.			
Број рата	252			
Износ главнице CHF	202.500,00		Износ главнице EUR	129.186,71
Камата CHF	85.352,17		Камата EUR	54.451,19
Укупно уговорено Г+К	287.852,17		Укупно Г+ К	183.637,90

Пропорција односа (главница : камата) остаје иста, и у CHF и у EUR, и износи 57,85 : 42,15% (од укупног износа који корисник треба да плати након 252 рате, на главницу одлази 57,85%, а на камату 42,15%). Овакав однос је сасвим у реду, јер у тренутку закључења уговора (2006. година)

корисник кредита сасвим јасно види да стан који купује и који плаћа око *EUR* 130.000,00 (доплатио је продавцу разлику од *EUR* 814) због узетог кредита треба да га кошта још додатних *EUR* 54.500 на име камате банци. Имајући у виду период од чак 21 године, то је сасвим коректан пословни однос.

Но, у овом примеру, банка је свој капитал заштитила валутном клаузулом израженом у швајцарским францима, па вреди погледати како изгледа стање тог кредита на почетку јуна 2019. године, дакле, у време када уговарачи приступају закључењу уговора о конверзији.

Датум закључења	30. 06. 2006.	Пресек мај 2019.		Проценти од укупно уговореног
Уговорени број рата	252	Број плаћених рата	155	61,51%
Главница <i>CHF</i>	202.500,00	Плаћено главнице у <i>CHF</i> *	111.330,76	54,98%
Камата <i>CHF</i>	85.352,17	Плаћено камате у <i>CHF</i>	76.803,97	89,98%
Укупно Г + К	287.852,17	Укупно плаћено ануитета	188.135,03	61,51%

Из табеле се очигледно види да је након 2/3 времена трајања кредита, због пажљиво, смишљено припремљеног плана отплате кредита, банка остварила *cca* 90% своје планиране зараде по кредиту закљученом на период од 21 године, а да корисник кредита није „добацио”, са све превременом отплатом, ни до 55% главнице.

И поставља се питање: Шта ће се сада десити са обрачунима код конверзије кредита у евре? Одговор је следећи: Банка ће једноставно рећи да „тренутно стање дуга у *CHF*” износи *CHF* 99.717,14 (што представља разлику између збира главнице и камате у тренутку уговарања, умањену за вредност плаћених ануитета (287.852,17 – 183.637,90), а затим ће тај износ умањити за Законом о конверзији предвиђених 38%; тако ће се доћи до „новог стања дуга у *EUR*” од *EUR* 50.700. Корисник ће добити и нови план отплате у коме ће стајати да на тих *EUR* 50.700 треба да плати још и *EUR* 6.735 на име камате (у наредних 8 година).

* Код плаћене главнице придодат је и износ од *CHF* 9.978 који је 2014. године књижен као превремена отплата кредита, због банчине погрешне примене променљиве каматне стопе.

Дакле, до ове ситуације је довела валутна клаузула у *CHF*. Треба погледати сада следеће: Како би све изгледало да је, од почетка, уговорног односа, обрачун рађен применом валутне клаузуле у еврима?

Датум закључења	30.06.2006.	Пресек мај 2019.		Проценти од укупно уговореног
Уговорени број рата	252	Број плаћених рата	155	61,51%
Главница <i>EUR</i>	129.186,71	Плаћено главнице у <i>EUR</i>	90.520,51	49,29%
Камата <i>EUR</i>	54.451,19	Плаћено камате у <i>EUR</i>	56.421,33	103,62%
Укупно Г + К	183.637,90	Укупно плаћено ануитета	146.942,11	80,02%

Валутна клаузула везана за *EUR* доводи до тога да је, након протеча 61% времена уговорног односа, применом распореда (главница : камата) из плана отплате кредита, корисник кредита на „дан конверзије” банци већ платио, и мало више, сву камату (зараду банке) која је била предвиђена у тренутку уговарања. Ако се зна да валутна клаузула у *CHF* треба да штити вредност капитала кредитора, извесно је да, примена те клаузуле, комбиноване са књиговодственим распоредом евидентирања из сваког плаћеног ануитета, доводи до на страни банке до већих износа од оних који је требало само да (за)штите кредитора од валутних промена.

V. Постојећи прописи и њихова примена на ситуацију са индексираним кредитима

Ако се упореди прва рата кредита са 155-ом плаћеном ратом, али и када се све рате током, на пример, 13 година, ставе у однос са курсом динара и евра према курсу *CHF*, произилази да је настала врло велика разлика која није у корелацији са пропорцијом промене курса динара у односу на друге валуте, нарочито у односу на евро (као уобичајену валуту у којој се у Србији све обрачунава). Ова разлика између ануитета са почетка уговорног односа и каснијих динарских ануитета, а све изражено у еврима, представља практично зараду банке на валутној клаузули израженој у *CHF* коју је банка сама предложила и уговорила са корисником кредита. Та разлика је, у претходних 10 година, креирала додатни, неуговорени приход банке која је дала кредит индексираним у *CHF*.

Закон о облигационим односима предвиђа само камату као приход од издатог кредита (кроз прописивање обавезе корисника кредита да

врати примљени новац и плати уговорену камату), а не и „ванредни приход од промене курса обрачунске валуте”. Иако су, извесно, све банке уочиле ситуацију, није познато да се, макар и једна банка, поступајући са повећаном пажњом, према правилима струке и добрим обичајима (пажња доброг стручњака), уздржала од поступака којима би се олакшао положај друге стране односно извршење њених обавеза. Дакле, до ступања Закона о конверзији на снагу ни једна банка није предложила измене уговора о кредиту индексираног у *CHF*, а ради анулирања поменутог ванредног прихода и олакшавања плаћања рата кредита; напротив, банке су истрајавале на таквим, сада извитопереним, уговорима, све до реализације хипотека и деложације корисника кредита.

Непредвидива и неочекивана колебања курса обрачунске валуте у којој је кредит индексиран, не могу довести до несразмерног обогаћења или осиромашења било које стране из уговора о кредиту, а опште је позната чињеница да енормно повећање вредности швајцарског франка у односу на динар или евро има за последицу да се корисници кредита доводе у стање објективне немогућности да врате примљени динарски износ обрачунат у противвредности *CHF* као валориметра.

Закон о облигационим односима, даље, прописује да, у заснивању двостраних уговора, стране полазе од начела једнаких вредности узајамних давања. Ако је за корисника кредита преузета обавеза враћања кредита постала превелика, а у тој обавези враћања ануитета већи део чини курсна разлика коју банка приходује изван оквира договореног (преко уговорене камате), то све чини приход кредитора несразмерно великом. Таква ситуација сигурно противречи начелима Закона о облигационим односима.

У јавности се, како је наведено, помиње и некаква „кривица” на страни корисника кредита зато што се гради став да су корисници кредита били дужни да, у време закључења уговора, узму у обзир и непредвиђени скок курса *CHF*. Но, применом баш основних начела Закона о облигационим односима, биће да су банке, у којима седе добри стручњаци, биле „свесније” те могућности од лаика који потписује, суштински, уговор по приступу. Банкама је посао да одобравају кредите, уз претходну законску обавезу процене кредитне способности клијента – па ако се прихвати да банке нису могле предвидети такав поремећај и скок валуте *CHF*, то сигурно није могао знати корисник кредита, те такву околност узети у обзир и применити је код адхезионог уговора сачињеног од стране банке.

VI. Закључак

Може се закључити да Закон о конверзији није донет да би се могло корисницима кредита индексираних у *CHF* који су се, ето, „заиграли” приликом избора модела стамбеног кредита, већ је донет да се исправи суштински неправедан однос између кредитора и корисника кредита индексираних у „швајцарцима”. Наиме, анализа свих новчаних токова показује да код оваквих кредита нико ван уговорног односа (банка – корисник *CHF* кредита), није претрпео баш никакву штету; тим Законом је само ограничена, на разумну меру, зарада кредитора. Међутим, кредиторима је, кроз утврђивање планова отплате кредита и износа „тренутног стања дуга” у тренутку конверзије, поново остављена могућност да солидно, и додатно, зараде.

Aleksandar Samuilović
attorney at law in Belgrade

CONVERSION OF HOUSING LOANS WITH CURRENCY CLAUSE RELATED TO SWISS FRANC

Summary

In the commentary the situation leading to promulgation of the Law on Conversion of Housing Loans connected with Swiss Franc is analyzed. The author suggests that banks, contrary to the principles established by the Law on Obligations, obtained unjustified gain by application of Swiss Franc as the corrective currency envisaged in the value protective clauses contained in the contracts regulating housing loans. The author substantiates his opinion by examining of the examples of bank practice. He maintains that, even after the promulgation of the Law on Conversion of Housing Loans, the possibility still exists that the banks, imposing certain stipulations to their partners in the contracts on conversion of the housing loans connected to the Swiss Franc, continue to earn significant benefits.

Key words: housing loan, currency clause, corrective currency, Swiss Franc, conversion of housing loans, plan of repayment of loan, initial status of debt

UDK 347.77:930.253(497.11)
347.956

Јован П. Појовић – Цуца

адвокат из Београда¹

УЛОГА АДВОКАТА У КОРИШЋЕЊУ И ЗАШТИТИ АРХИВСКЕ ГРАЂЕ

Сажетак

У чланку се обрађује проблематика заштите архивске грађе и организације и функционисања архива, као институција од посебног значаја за културу народа. Аутор наводи да је данас све веће интересовање јавности за архиве, те да је већи број истраживача који траже од архива да им се омогући слободан приступ документима и што једноставнија процедура добијања грађе на коришћење. При том, подвлачи да проблематика чувања и обрада архивске грађе добија посебне димензије у компјутерској ери. Аутор посебно обрађује проблематику архивске грађе ауторског карактера, а нарочито истиче вишеструку улогу адвоката у области архивистике, те у чувању архивске грађе.

Кључне речи: архив, архивска делатност, архивска грађа, културно благо, ауторска и сродна права, слободан приступ документима, адвокатура

I. Уводне напомене о архивима и улози адвоката у очувању архивске грађе

Данас је све веће интересовање јавности за архиве и све је већи број истраживача који захтевају да им се омогући слободан приступ архивираним документима и што једноставнија процедура добијања грађе на коришћење. Код коришћења архивске грађе има и злоупотреба од стране истраживача, присвајања или уништења докумената, објављивања архивске грађе пре рокова и без добијања сагласности за то, чиме се вређају права и интереси физичких или правних лица на која се та грађа

¹ Публициста, ранији директор Архива Југославије

односи. Међутим, злоупотребе, непоштовање прописа, пропусти и превиђања дешавају се, али ређе, и у самим архивима као институцијама.

Посебан аспект разматрања улоге и рада односно коришћења архива налази се у ситуацијама када архивска грађа представља ауторско дело; питање заштите овакве грађе поставља се у посебном облику. Ни једна књига није написана, ни једно уметничко дело није насликано нити извајано, ни једна машина нити апарат није конструисан, ни једна летилица није полетела, а да негде није забележено ко је аутор, односно конструктор. Ауторским делима сматрају се творевине људског духа из одређених облика стваралаштва, која се морају изразити јавности. Писана дела (књиге, брошуре, чланци, преводи), рачунарски програми, говорна, драмска, музичка и филмска дела, дела ликовне уметности, архитектуре, картографска дела, планови, скице и др. сматрају се ауторским делима.

Ко тражи истину, и хоће је, мора да буде упоран! Истина се налази у архиву. Архивски докуменат је не само верификовани сведок истине, већ и најјачи доказ у судским, управним и свим другим поступцима, а са историјско-правног аспекта неоторива чињеница. Генијалци су увидели вредност архива и архивске грађе.²

² а) Цицерон, велики римски државник, беседник и писац, у другом веку пре нове ере записао је и проповедао: „Нека твоја Еминенција за сваку провинцију одреди да се у градовима уреде јавне зграде у којима би градски чиновници могли сместити писане споменике, уједно нека изаберу неког ко ће списе чувати, да се не би оштетили и да би они који их буду тражили могли брзо да их пронађу. Дакле, градски чиновници морају основати архив и што је до сада у том погледу било пропуштено нека се исправи”.

б) Његош, писац, филозоф и државник и један од најпознатијих личности на пољу филозофије и поезије, средином деветнаестог века је записао: „Венеција ме сасвим одушевила, приредили су ми почасту у Венецији као Телемаху у Фокиди, тако је уживала душа ненавикнута на уживање, но и како не би у друштву анђела у откровењу Јелисејских дражи. Трг светог Марка створен је за уживање, канал Гранде за дивљење, а остала Венеција једино за филозофе. Но, архиви, архиви, богати записи давних прошлих вјекова, они су за мене недостижан идол, који магично очараваш”.

в) Иво Андрић, нобеловац: „Ја исувише лепих часова и скромних али и радосних открића дугујем архивима и архивским радницима, да не бих, кад год ми се за то укаже прилика, рекао о њима реч истине, и реч похвале, као о потребним и корисним, важним и неопходним друштвеним чиниоцима. У архивским просторијама, међу ормарима и полицама пуних тих често подцењиваних хартија, врши се стална служба истини, нашој, људској, релативној истини, која се тешко уочава и осветљава а лако замрачује и губи, али којој ипак морамо верно и истарајно да служимо, ако желимо да наш живот буде на чврстим основама а наша друштвена атмосфера чиста и здрава. Само неуки и неразумни људи могу да сматрају да је прошлост мртва и непрелазним зидом заувек одвојена од садашњости. Истина је, напротив, да је оно што је човек некада мислио и осећао и радио, нераскидиво уткано у оно што ми данас мислимо, радимо и осећамо. Уносити

Пошто су архиви институције које оснива држава, односно територијални органи власти, и финансирају се из буџета, па су и део јавне управе, са управним, надзорним, инспекцијским, културним и другим функцијама, поставља се питање правне заштите ауторских дела у остваривању ових функција.

У активностима архива налази се широк простор а тиме и добродошлица за деловање адвоката; адвокати, лица широке културе и образовања, поштујући кодекс професионалне етике и у границама закона, могу помоћи странкама у односима са архивима, али, још више, допринети самим архивима, као саветодавци, консултанци и заступници у сложеним предметима који се често појављују у пракси ових институција.

У најтежим случајевима, адвокат и његова стручна и искуствена помоћ је драгоцену у поступцима код кривичног дела *уништења, присвајања, оштећења и изношења ван земље архивске грађе, без дозволе надлежної оріана*. Поред тога што, као бранилац, штитећи клијента кога брани, доприноси да се расветле све околности случаја и дође до истине, адвокат може да пружи помоћ и архиву као оштећеној страни у пуној заштити интереса друштва у целини да очува своје културно благо.

Дакле, адвокатура као интелектуално и образовно најјача служба сваког друштва и државе, па и наше, мора имати, и има, свој удео и присутност у архивима – да буде заштитник права архива, односно за послених у архивима, или да штити права истраживача-корисника архивске грађе, као и права творца дела која се чувају у архивима.

Поред тога, и у досијеима адвоката налази се огромна архивска грађа од значаја за разумевање историје и културе народа; адвокатске канцеларије права су ризница грађе која се мора чувати, обрађивати и, под одређеним условима, и презентовати јавности, јер представља израз друштвених односа у појединим раздобљима и одређеним друштвеним околностима, и посебну духовну вредност. Улога и задатак адвоката је да се, са посебном пажњом, односе и према грађи која, по природи њиховог професионалног делања, долази у њихове руке; ово је један аспект друштвене улоге адвоката који није довољно присутан у њиховом свакодневном раду, а који чини друштвену улогу адвоката још значајнијом.³

светлост научне истине у догађаје прошлости, значи служити садашњости. Стога архивска документа нису мртва, сива и узалудна као што површним или неупућеним може понекад да изгледа. То су драгоцени сведоци без којих би нам остале непотпуно разумљиве многе појаве у садашњости, без којих не бисмо могли назрети ништа од будућности”.

³ „Дајте човеку све духовне способности, дајте му све врлине карактера, учините да је све видео, све научио и запамтио, да је без одмора радио за тридесет година свог

II. Веза прошлости и садашњости у архивима

1. Документи из далеке прошлости

По неком правилу, сви приморски градови са простора бивше Југославије доносили су своје статуте (Котор, Будва, Дубровник, Задар, Сплит, Копар, Горица...). Многи од тих статута су сачувани и још се могу користити у историјске, истраживачке и научне сврхе. Ти статуту најчешће су настајали у периоду X до XV века. И у континенталним деловима бивше Југославије постоје сачувани писани споменици-документи из периода XII до XV века (*Мирослављево јеванђеље*, *Окшоих*, наредбе или декрети отоманског и других царстава која су владала у разним временима на балканским просторима).

Постоји у свету и доста очуване архивске грађа која потиче и из периода пре Нове ере, без обира на чему су и чиме су документи писани.

У сваком случају, документи су била чудесни, малобројни, уметнички писани, неизбрисивог текста и скоро неуништиви – дакле, лепота је избијала и из онога на чему је писано. За један део такве архивске грађе сазнајемо чак и ко је био њен творац. Савремени човек се пита како је та архивска грађа, па и она из ближих временских периода, сачувана, када је технологија коришћена у настајању тих докумената, гледајући са данашњег аспекта, била примитивна? Како је та грађа остала вековима да живи и да остане очувана? Где је та грађа била смештена? Каква је техничко-технолошка заштита примењивана на тој грађи? Ко се и како старао о хемијско-биолошкој заштити? Ко је обезбеђивао физчко-безбедоносну заштиту? Можда је боље, и лакше, о тим питањима размишљати тако што ћемо се дивити стручности старих мајстора и дуговечности њихових решења, него што ћемо давати непроверене одговоре; нека то и за нас данашње генерација буде, а и јесте, непознаница. Међутим, дешава се да се за један део архивске грађе скоријих датума не зна или се претпоставља односно нагађа ко је њен аутор.⁴

живота, да је уједно књижевник, критик и моралиста, да има искуство старца, живост и вагру младића, непогрешиво памћење детета, па ћете можда уз све то имати савреног адвоката.” (адвокат *Paillet*).

⁴ а) У непосредним разговорима, расправама, па чак и у штампи, било је, на пример, пуно дилема о томе које аутор дела „Смрт Смаил аге Ченгића” – да ли познати хрватски песник Иван Мажуранић, који је и објавио наведено дело, или владика црногорски Петар Петровић Његош, духовник, филозоф, државник, познат пре свега по својим генијалим делима? И дан данас се о томе, без потребе, воде расправе, иако, по стилу писања, приказивању догађаја и времену настајања, дело може припадати и Његошу и Мажуранићу.

2. Архивска грађа у компјутерској ери

Време у коме данас живимо је време поплаве односно хиперпродукције информација. Информатичка технологија достигла је највеће домете. Информатика је ушла у све поре друштва, у политику, економију, културу, науку, управу па и у саме архиве и њихов рад. Сматра се да је преко 90% цивилизованог света прешло на електронске облике комуникације, док се 10% служи класичним (физичким) обликом комуницирања. Тај рапидни прогрес тражи многа решења у погледу архивске грађе у електронском облику. Једно од њих је како организовати инфраструктуру, заштиту и смештај електронске архивске грађе. У тражењу одговора на ово питање увек се мора имати на уму да валоризација, стандардизација, дигитализација и сазнајност морају бити постамент и у поступању са новим облицима записа.

Компјутерска ера, дакле, већ увелико мења све аспекте нашег живота. Нови облици докумената масовно потискују класични папирни докуменат, али исто тако је чињеница да то истовремено прате, и даље, још увек два нерешена питања: прво, трајност „нових” докумената исказаних на новим медијима, и, друго, могућност читљивости њиховог садржаја у будућности.⁵

III. Појам архива и правни оквири обављања архивске делатности

1. Дефиниција архива

И ако би то требало да је опште познато, у јавности се још увек наилази на неразумевање појма архив.

Архив је наменска зграда односно објекат посебних услова и квалитета у којој је похрањена и трајно се чува архивска грађа више стваралаца, обављају се на њој стручни архивистички послови и даје се архив-

б) Нека од Теслиних генијалних дела су, како се поуздано зна, други присвајали, било када је Тесла зашао у дубоку старост, било када је био у најбољем стваралачком добу, а није имао средстава да своје идеје реализује. Тесла није хтео да његови генијални изуми остану тајна, па их је показивао својим колегама, који су те изуме, идеје и планове поздрављали и хвалили, наравно и аутора, али неке од њих проглашавали и својим ауторством. И дан данас се о ауторству воде жестоке расправе.

⁵ Миле Бакић: „Валоризација архивске грађе” Државни архив Црне Горе – Цетиње, Цетиње, 2014, 6.

ска грађа за коришћење за индивидуалне и шире друштвене потребе.⁶ Ова се дефиниција проширује и на следећи начин: архив је „збир сѝиса и друћих докумената који су израсли код физичких и ѝравних лица из њихове ѝословне или ѝравне делатности и одређени су да буду ѝрајно чувани на једном месту као извори и докази ѝрошлости“.⁷

Према томе, појам „архиве“ чине: архивска зграда, архивска грађа похрањена у архивима, стручни радници за поступање са архивском грађом, техничка и материјална средства за рад архива. У архивима се обавља највећи број функција свеукупне архивске делатности и у њима се чува непроцењиво културно благо – архивска грађа. Не треба посебно напомињати да су послови који се обављају у архивима врло сложени, стручни, осетљиви и одговорни.

2. Прописи о архивима и архивској делатности

Све делатности у друштву, па и архивска, уоквирене су прописима.

Архивско законодавство је скуп закона и осталих прописа односно правна регулатива која управља очувањем, коришћењем и заштитом архивске грађе и организацијом архива у држави. Овај систем је врло сложен и обиман и обухвата прописе из најразличитијих области – од културе и уметности до науке и привреде, те заштите одређених слобода и права човека.

Комплексност овог правног оквира архивске делатности може се приказати и на примеру Србије.

У Републици Србији још није донет закон о архивској грађи и архивској делатности који би на савремени начин регулисао све облике архивске делатности.⁸ Но, и поред тога, Архив Србије, Архив Југославије и сви архиви у Србији обављају стручно и савесно пуну заштиту регистратурског материјала и архивске грађе.

Иако у Србији, дакле, не постоји закон који директно, као основни пропис, свеобухватно уређује заштиту архивске грађе, као изузетно важан сегмент културног наслеђа и организацију и функционисање архивске делатности, читав низ других закона регулише питања од кључног

⁶ Миле Бакић: *Архивистика*, Историјски институт Црне Горе, Подгорица, 2007, 27.

⁷ Стјепан Антољак, *Помоћне историјске науке*, Краљево, 1971, 145.

⁸ Нацрт Закона о архивској грађи и архивској делатности налазио се на јавној расправи 2014. године. Њиме је требало да детаљно буду уређена питања од значаја за очување архивске грађе и организацију и функционисање архива. Овај Закон је требало да замени Закон о архивској грађи СР Југославије (*Службени лист СРЈ*, бр. 12/98, 13/98), као и одређене чланове Закона о културним добрима Србије, *Службени гласник РС*, 71/94.

значаја за архиве.⁹ Ову листу употпуњује и подугачак списак подзаконских аката који, непосредно или посредно, уређују материју архивског пословања.¹⁰

Значајан извор права за област архивистике налази се и у општим актима архивских институција, као и професионалних асоцијација и других правних лица.¹¹

Србија је, иначе, још од XIX века имала прописе о заштити архивске грађе и организацији архива.¹²

IV. Коришћење архивске грађе

Међу многобројним тешкоћама са којима се суочавају архиви, налази се, као један од најактуелнијих, и проблем начина и услова за коришћење архивске грађе.

⁹ У ове законе, примера ради, спадају Закон о култури, *Службени гласник РС*, 72/2009, 13/2016, 30/2016–испр.; Закон о културним добрима, *Службени гласник РС*, 71/94, 52/2011–др. закон, 99/2011–др. закон; Закон о старој и реткој библиотечној грађи, *Службени гласник РС*, бр. 52/2011; Закон о електронској управи, *Службени гласник РС*, бр. 27/2018; Закон о заштити података о личности, *Службени гласник РС*, бр. 97/2009, 104/09–др. закон, 68/2012 – одлука УС, 107/2012; Закон о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању, *Службени гласник РС*, бр. 94/2017; Закон о враћању имовине (реституцији) црквама и верским заједницама, *Службени гласник РС*, бр. 46/2006. Закон о класификацији делатности, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009; Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја, *Службени гласник РС*, бр. 120/2004, 54/2007, 104/2009, 36/2010; и др.

¹⁰ Као пример, могу се навести Правилник о ближим условима за дигитализацију културног наслеђа, *Службени гласник РС*, бр. 76/2018; Уредба о пословању органа државне управе, *Службени гласник РС*, бр. 45/2016, 98/2016; Уредба о електронском канцеларијском пословању државне управе, *Службени гласник РС*, бр. 40/2010, 42/2017; Уредба о категоријама регистарског материјала с роковима чувања, *Службени гласник РС*, бр. 44/93; те низ других уредби, као и одлука, правилника, упутстава и смерница.

¹¹ Адвокатска комора Србије, на пример, има Правилник о канцеларијском и архивском пословању у Адвокатској комори Србије и адвокатским коморама у њеном саставу, адвокатским канцеларијама, заједничким адвокатским канцеларијама и адвокатским ортачким друштвима од 16. септембра 2014. године.

¹² Треба напоменути да је Србија имала Закон о државној архиви још од 1898. године, те Закон о државним архивима НР Србије (од 1951. године), Закон о архивској грађи и архивској служби (од 1976. године), Закон о заштити културних добара (од 1977. и 1981. године), Закон о културним добрима (од 1990. године), као и низ подзаконских аката који су се директно или посредно односили и на архивистику (на пример, Правилник о заштити архивске и филмске грађе у архивима Србије од 1982. године, Одлука о утврђивању архивске грађе од изузетног значаја која се чува у архивима, *Службени гласник РС*, бр. 42/1998. итд.).

У савременом животу све је веће интересовање јавности (научних и других радника) за архиве и све је већи број истраживача – корисника савремене архивске грађе, који, како је наведено, траже од архива да им омогуће слободан приступ фондовима и документима и једноставну процедуру приликом добијања грађе на коришћење.

Обавеза и жеља архива је да свим својим богатством докумената служе науци, али се такође мора знати да је та обавеза и жеља везана за одговарајуће прописе, који регулишу услове и начин коришћења архивске грађе. Зато се коришћење архивске грађе не може посматрати само са архивистичког становишта, него у склопу и у складу са одговарајућим ограничењима које намећу системски и материјални прописи.

Кориснике архивске грађе не интересује само архивска грађа новијих датума, већ и архивска грађа из много ранијих периода, под условом да је сачувана и подобна за коришћење. Код коришћења архивске грађе прописани су рокови доступности: а) за *ојеративне* потребе државе архивска грађа је увек доступна за коришћење; б) за *остваривање личних и других права грађана* (радни односи и др.) нема рокова, већ се одмах излази у сусрет грађанима; в) код *поклона, завештања, ошкунџа, дейозитџа* архивске грађе рокови доступности за коришћење утврђују се уговорима и могу бити дужи од законских; и г) за *научно-истраживачке, стручне и друге потребе* архивска грађа је доступна у државама са простора бивше СФРЈ по истеку рока који не може бити дужи од 30, односно, у посебним случајевима 50 година, од њеног настанка.¹³

У ситуацији када постоји велики број захтева и у поступању по њима код коришћења архивске грађе наилази се на пропусте и неразумевања, како од стране корисника, тако и од стране запослених у архивима. Код коришћења архивске грађе резултат истраживања, а тиме и право корисника, мора бити легитимно у свом извору, а у исто време и легално у примени-употреби. Најчешћи пропусти од стране архива могу да буду у непотпуном познавању или непримењивању законских и подзаконских прописа који регулишу архивску делатност (нестручност), олако претраживање и поступање, а тиме и одлучивање по захтевима корисника (шта да им се дозволи или ускрати за коришћење), непоштовање утврђених начела поступања са архивском грађом и одлучивања о захтевима, некада због самовоље, а понекад и ради злоупотребе. Отуда, као

¹³ Јован П. Поповић: „Regulations in Force in the Republic of Serbia on Access to and Preservation of Archives, Law on Free Access to Public Information, Law on Personal Data Protection and Draft Law on Confidential Data”, *Atlanti* (часопис Међународног института архивских наука), Трст, 2009, 375–376.

посебан захтев пред сваког архивисту поставља се питање стручности, примене архивског законодавства, те поштовање етичких начела, а посебно код оних који раде са корисницима-истраживачима архивске грађе.

Истраживачи, нарочито када је користе у научно-истраживачке сврхе, архивску грађу такође могу оштетити, присвојити, употребити односно злоупотребити у нехумане или неморалне сврхе. За пример може се узети противправно објављивање имена логораша који су у Другом светском рату најстрашније мучени и злостављани тако што су на њима вршени наводни медицински експерименти. Такве случајева, на жалост, познаје архивска струка и у таквим случајевима морају да реагују органи гоњења, прекршајни и редовни судови, и адвокати.

V. Ауторска дела у архивима

Ауторским делима сматрају се творевине људског духа из одређених облика стваралаштва која се морају изразити јавности. Писана дела (књиге, брошуре, чланци, преводи), рачунарски програми, говорна, драмска, музичка и филмска дела, дела ликовне уметности, архитектуре, картографска дела, планови, скице и др. се такође сматрају ауторским делима.¹⁴

Аутор дела ужива заштиту у погледу свог ауторског рада од момента настанка дела. Ауторско право тренутком настанка ауторског дела, које мора да има одређену форму, кроз коју је изражено, постаје предмет ауторско-правне заштите, а аутор стиче ауторска морална права и ауторска имовинска права.¹⁵ Ауторско право има више аспеката, тако што штити ауторову личност, економски подстиче на стваралаштво, охрабрује учење и промовише напредак науке.¹⁶

Та ауторска, објављена или необјављена, дела аутори или чланови њихових породица најчешће чувају у својим домовима, а институције-предузећа тамо где су аутори односно конструктори радили и стварали дела у писарницама или архивима. Међутим, многа од ауторских дела похрањена су у депоима архива као посебних институција. Наиме, у депоима архива налази се знатна архивска грађа ауторског карактера, у форми класичних до електронских облика записа. Та архивска грађа

¹⁴ Ова материја је у Србији уређена Законом о ауторским и сродним правима, *Службени гласник РС*, бр. 104/09, 99/11, 119/12.

¹⁵ Димитрије Милић: „Предмет заштите ауторског права”, *Правни животић*, бр. 11/2006, Београд, 2006.

¹⁶ Татијана Брзуловић-Станисављевић: *Ауторско право и библиотеке*; Универзитетска библиотека Светозар Марковић, Београд, 2010.

стигла је у архиве по разним основама: преузимањем од регистратура, откупом, поклоном, легатом и слично, где се чува као фондови, збирке, досијеи, предмети, документа.

Основ за заштиту ауторских права су закони за заштиту ауторских и других сродних права као и материјални прописи који регулишу заштиту и коришћење архивске грађе.¹⁷

Запосленима у архивима који раде на давању архивске грађе на коришћење институт „ауторско право“, којим се штити архивска грађа у архивима, био је, често, непознат. Међутим, у интерним општим актима појединих архива у Србији, који регулишу материју коришћења архивске грађе, прописано је „*да су корисници архивске грађе дужни да њошћују ауторско-правне односе који моју насћаши из коришћења и објављивања архивске грађе, ше да ће исћраживач сносиши све материјалне и друће послидице до којих евенћуално дође, након шћо архивску грађу коју је користио у архиву објави.*“¹⁸ Но, треба рећи да ни овим интерним прописима није довољно уређен овај вид заштите ауторског права, нити је разрађена методологија коришћења и овакве архивске грађе.¹⁹

¹⁷ Ј угославијаје први закон из ове области донела 26. децембра 1929. године под називом: „Закон о заштити ауторског права“, чије су одредбе преузете из Бернске конвенције о заштити књижевних и уметничких дела, која је више пута мењана или допуњавана. Од тада у континуитету, како на нивоу Југославије тако и на нивоу Србије, пратећи европске трендове, законски је уређивана заштита ауторског и других сродних права. Ти прописи су штитили ауторска дела свих облика иноваторства односно стваралаштва, са предвиђеним роковима доступности за коришћење (Димитрије Милић: *Коментар Закона о о ауторском и сродним правима*, ННК-Интернационал, Београд 2005.)

¹⁸ Правилник о условима, начину и поступку коришћења архивске грађе, Историјски архив Београда, Београд, 2005.

¹⁹ У овом погледу, као својеврсно упутство може се користити приручник „Теорија и пракса службе СССР“ из 1962. године, у коме се наводи: „Међу најважније критеријуме вредности архивске грађе убрајају се ауторство документа. Аутор документа може бити правно и физичко лице. Овај критеријум вредности најшире се примењује при обради грађе личних архива, издавачких предузећа, редакција листова и часописа, стваралачких колектива, позоришта, музеја и сл. Значај појединих личности у научном, политичком, друштвеном и културном животу, битно утиче на вредности документације коју они стварају. Историјски значај одређених установа такође предодређује вредност њених докумената. Архивска грађа која има, по садржини, велике вредности преузима се на трајно чување. То се односи на грађу која се тиче и правних и физичких лица (на пример, на грађу установа које су одиграле неку историјску улогу или истакнутих јавних радника, државника, познатих научника, књижевника, уметника и др.). Архивску грађу која је припадала заслужном и признатом лицу треба чувати као извор за биографију. Често међу материјалима личних архива има доста потписаних, исправљених рукописа којима се мора посветити изузетна пажња јер се ‘аутограф’ државника, научника, уметника и др. чувају трајно”.

Ауторски уговори настају у вези са стварањем и преносом ауторско правних овлашћења. Ауторским уговорима се ауторска права уступају или делимично преносе на друга лица. Та овлашћења могу бити пренета и на архиве, јер рукопис или други оригинални примерак ауторског дела који је предат архиву, не постаје његова својина.

И односи између архива, који преузимају архивску грађу ауторског карактера, и самог аутора, по правилу, се регулишу уговорима. Архиви код којих се налази архивска грађа, која се може подвести под ауторско дело, морају примењивати све одредбе важећих закона који регулишу заштиту ауторских и других сродних права, одредбе материјалних закона који регулише заштиту и коришћење архивске грађе, и строго поштовати уговоре са ауторима. Након истека прописаних или уговорених рокова, ауторско дело, после одређеног периода искључивог присвајања од стране његовог аутора односно ауторовог правног следбеника, постаје опште добро, саставни део културне баштине коју свако слободно може користити.

VI. Закључне напомене

На основу изнетог, консултовања бројне литературе и личних искустава из материје која се бави врло битним видом делатности у заштити архивске грађе, а посебно ауторских дела, може се закључити:

- да се у најважније критеријуме вредности архивске грађе убраја и ауторство документа;
- да архиви код којих се налази архивска грађа која се може подвести под ауторско дело морају стриктно примењивати важеће законске прописе који регулишу заштиту ауторских и других сродних права, као и одредбе материјалних закона који регулише заштиту и коришћење архивске грађе;
- да је ауторско право, као право интелектуалне својине, област која није сасвим уређена законским прописима, што даје већи круг овлашћења архивским радницима, а тиме и одговорност, код одлучивања о заштити и коришћењу архивске грађе ауторског карактера;
- да је све већа потреба за присуством адвокатури у заштити архивске грађе, архива и архивиста, као и правних и физичких лица код остваривања њихових личних стања и права из архивске грађе похрањене у архивима;
- да адвокатура, као служба са посебном улогом и стручним ауторитетом, мора да предњачи у размишљањима и сазнањима, те у вишеструким активностима на заштити архивске грађе.

Jovan P. Popović-Cuca

attorney at law in Belgrade,

publicist, former director of Archives of Yugoslavia

ROLE OF ATTORNEYS AT LAW IN PROTECTION OF ARCHIVAL MATERIAL

Summary

The article examines certain issues related to protection of archival material and organization and functioning of archives as the institutions of crucial importance for the culture of the nation. The author confers that today the interest of public for the archives is growing, and that researchers require from archives the free access to the documents and simplified procedure for obtaining the archival material. The specific problems of protection and examination of the archival material in computer era are underlined in the commentary. The author also argues that particular attention should be devoted, in the functioning of the archives, to the use of material protected by copyrights. The view of the author is that attorneys at law have significant tasks and obligations, and specific role, in the field of organization and functioning of archives and protection of archival documents and records.

Key words: archives, archival institutions, archival material, archival activities, cultural treasures, copyrights and related rights, free access to documents, advocacy

UDK 339.56

Љубица Томић

адвокат у Београду

ПРИМЕНА КОНВЕНЦИЈЕ УН О УГОВОРИМА О МЕЃУНАРОДНОЈ ПРОДАЈИ РОБЕ

Сажетак

Предмет рада је разматрање области примене Конвенције Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе, као и неких од института ове Конвенције на које правници континенталних правних система треба да обратe нарочиту пажњу, као што су понуда и прихват понуде, појам битне повреде уговора и појам несаобразности робе. Значај ове Конвенције лежи у њеној из-балансираниости у погледу права и обавеза купца и продавца, у њеној безмало 40-годишњој практичној примени широм света и у растућем броју држава уговорница, којих је на данашњи дан 89, а на чијим територијама су седишта већине економски релевантних партнера Србије. Приступ добро уређеним збиркама судске и арбитражне праксе у дугогодишњој практичној примени Конвенције још је један од аргумената за тврдњу да она обезбеђује правну сигурност у међународној продаји робе.

Кључне речи: Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе, Бечка конвенција, међународна продаја робе, унификација права, понуда, прихват понуде, битна повреда уговора, несаобразност робе, правна сигурност

І. Увод

Конвенција Уједињених Нација о уговорима о међународној продаји робе ускоро слави свој 40-ти рођендан. Потписана је 11. априла 1980. године у Бечу,¹ као производ дугогодишњег рада на унификацији права о међународној продаји робе, а на основу одлуке о таквој унификацији коју је донела још давне 1968. године Комисија Уједињених нација за међународно трговинско право (*UNCITRAL*).²

¹ По имену града у којем је потписана, ова Конвенција познатија под називом „Бечка конвенција о продаји робе” или „Бечка конвенција”. У иностраној литератури Конвенција је познатија је под скраћеницом „*CISG*” – од енглеског *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*.

² The United Nations Commission on International Trade Law – *UNCITRAL*.

Није једино дуговечност Конвенције задивљујућа, већ и број земаља који је ратификовао. До 1. јула 2019. године то је учинило чак 89 земаља света.³ У Европи су Конвенцију прихватиле готово све државе – тек неке од економски значајнијих земаља (још) нису ратификовале Бечку конвенцију (Велика Британија, Ирска, Португал), на америчком тлу Конвенција је ратификована како у САД, тако и у већини осталих држава (са изузетком дела средњеамеричких држава). Последње су на америчком тлу ратификовале Конвенцију Костарика (тек од 2017. године) и Бразил (тек од 2013. године). Међу азијским економски значајним државама уговорницама су Кина, Сингапур, Јужна Кореја, Јапан (тек од 2008. године). Пети континент је у целости покривен Конвенцијом (Аустралија и Нови Зеланд), док једино афрички континент има доста Конвенцијом непокривеног подручја.

Ова шаренолика мапа света, која обухвата државе различитог економског, политичког и друштвеног уређења, јасно указује на то да је овако унификовано право међународне продаје робе – право Бечке конвенције – прихватљиво и прихваћено широм света. Ову сврху и приступ Конвенција је предвидела у посебној одредби.⁴

СФРЈ је Конвенцију ратификовала још 24. децембра 1984,⁵ а ступила је на снагу 8. јануара 1985. године, и у континуитету се примењује у Републици Србији од датума ступања на снагу до данас.

II. Област примене Конвенције

Бечка конвенција се примењује, а да није потребно да постоји било каква изјава воље уговорних страна у погледу њене примене, уколико: – се ради о уговору о продаји робе или уговору о испоруци робе која треба да се изради или произведе,⁶ а да такви уговори нису предвиђени Конвенцијом као изузеци,⁷

³ Листа земаља које су ратификовале Бечку конвенцију доступна је на сајту UNCITRAL-а http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html.

⁴ Члан 7.1 Конвенције гласи: „У тумачењу Конвенције треба водити рачуна о њеном међународном карактеру и потреби промоције једнообразности у њеној примени и поштовању добре вере у међународној трговини”.

⁵ Закон о ратификацији, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 10/1984.

⁶ Уговорима о продаји сматрају се и уговори о испоруци робе која треба да се изради или произведе, изузев ако је страна која је робу наручила преузела обавезу да испоручи битан део материјала потребних за ту израду или производњу. Конвенција се не примењује на уговоре у којима се претежни део обавеза стране која испоручује робу састоји у извршењу неког рада или пружању услуга (члан 3 Конвенције).

⁷ Конвенција се не примењује: (а) на продају робе купљене за личну или породичну

- купац и продавац имају своја седишта на територијама држава уговорница Конвенције,⁸ или, уколико то није случај, њихова седишта јесу на територијама различитих држава, а при томе правила међународног приватног права упућују на примену права једне од држава уговорница Конвенције,⁹
- да је предлог за закључење уговора односно закључење уговора било на дан који омогућава примену Конвенције у конкретном случају,¹⁰ и
- уколико уговорне стране нису ни изричито ни имплицитно искључиле примену Конвенције.¹¹

Када се испуне наведени услови, Бечка конвенција се примењује – без потребе за експлицитним или имплицитним уговарањем, „аутоматски“, на све уговорне односе страна у међународној продаји робе. Конвенција је, дакле, базирана на такозваном *opting-out* принципу, па уколико уговорне стране желе да се на њихов правни однос не примењује Конвенција, оне то морају да *експлицитно или прећушно* изразе тако што ће искључити примену Конвенције, било у целости или делимично.

Уговорне стране могу изјавом воље *изричито искључити* примену Конвенције користећи изричито назив Конвенције или синониме за исту¹² (на пример, формулацијом: „На овај уговор се не примењују правила Бечке конвенције“). За пуноважно искључење примене Конвенције није неопходно истовремено уговарање меродавног права; одређивање тог права може се препустити правилима међународног приватног права.

Нарочито опрезно треба приступити случајевима искључења Конвенције у *оквиру оштих услова њословања* једне уговорне стране.

употребу или за потребе домаћинства, изузев ако продавац у било које време пре или у тренутку закључења уговора није знао нити је морао знати да се роба купује за такву употребу; (б) на продају робе на јавној дражби; (в) у случају заплене или неког другог поступка од стране судских власти; (г) на продају хартија од вредности и новаца; (д) на продају бродова, глисера на ваздушни јастук и бродова; (ђ) на продају електричне енергије (члан 2 Конвенције).

⁸ Чињеница да стране имају своја седишта у разним државама неће се узети у обзир кад год то не проистиче из уговора или ранијег пословања између страна или из обавештења које су оне дале у било које време пре или за време закључења уговора (члан 1.1.а; члан 1.2 Конвенције).

⁹ Конвенција, члан 1.1.б.

¹⁰ Конвенција, члан 100.

¹¹ Члан 6 Конвенције предвиђа како искључење примене целе Конвенције на један уговорни однос, тако и њено делимично искључење тј. одступање од било којих њених одредби (под резервом члана 12 Конвенције) или измену њеног дејства.

¹² Видети фусноту 1.

Овакво искључење јесте могуће, али само под условом да сами општи услови пословања јесу такви да, према критеријумима саме Конвенције, представљају обавезујући договор за обе уговорне стране. Другим речима, искључење Бечке конвенције у општим условима пословања не искључује примену правила Бечке конвенције у погледу оцене обавезности самих тих општих услова пословања у конкретном случају.¹³ Закључак који се намеће јесте да је изричито искључење Конвенције општим условима пословања, а што је у пракси честа појава, заправо веома ризичан начин искључења и да му треба веома пажљиво приступати.

С друге стране, могуће је и *прећутно искључити* примену Конвенције. Међутим, како би се избегло широко прихватање прећутног искључења Конвенције, сам члан 6 Конвенције није посебно формулисао правила за прећутно искључење, већ је ту материју препустио правној доктрини и судској пракси.

Тако, уколико у конкретном случају нису обе уговорне стране са седиштима у државама уговорницама Конвенције (на пример, продавац из Немачке и купац из Велике Британије), и уколико оне уговоре примену меродавног права оне уговорне стране која има седиште у држави уговорници (на пример, немачко право) – на конкретан случај примењиваће се правила Бечке конвенције¹⁴ и не може се сматрати да је иста прећутно искључена.

Са друге стране, уколико би се у горе наведеном случају уговорило меродавно право Велике Британије, такав избор би се сматрао прећутним искључењем Бечке конвенције (јер Велика Британија није прихватила Конвенцију).

Уколико обе уговорне стране имају седишта у државама уговорницама и ако уговоре меродавно право једне уговорне стране (на пример, продавац из Србије и купац из Немачке уговоре српско меродавно право), не може се сматрати да је Бечка конвенција прећутно искључена, јер је ратификована Конвенција део унутрашњег права Србије. На конкретан уговорни однос ће се, дакле, применити правила Бечке конвенције, док ће уговорено (српско) меродавно право бити од значаја као супсидијарно право које се примењује на она питања која нису регулисана у оквиру Бечке конвенције.¹⁵

¹³ Piltz, *Internationales Kaufrecht, das UN Kaufrecht in praxisorientierter Darstellung*, 2. Auflage, Verlag C.H. Beck Минхен, 2008, 2–113, 61.

¹⁴ Конвенција, члан 1.1.б.

¹⁵ Конвенција се не односи на: а) пуноважност уговора, било коју од његових одредаба или обичаја, б) дејство које би уговор могао имати на својину продате робе

Бечка конвенција изричито предвиђа да се готово све њене одредбе могу модификовати,¹⁶ тако да уговорне стране могу, без искључивања њене примене, да Конвенцију прилагоде својим потребама и да скроје правни оквир који је примерен њиховом спољнотрговинском односу, а да при томе остану на линији са модерним, широм света прихваћеним правилима Конвенције.¹⁷ Стога се не може сматрати да су уговорне стране прећутно искључиле примену Конвенције када су уговориле нека правила која *садржински* не искључују примену правила Конвенције (нпр. уговарањем *INCOTERMS-a* и сл.).

III. Осврт на нека конкретна решења из Конвенције

1. Структура Конвенције

Конвенција је подељена на четири дела. Први део се односи на област примене Конвенције, тумачење, примену и значај обичаја и пословне праксе, као и на формалне захтеве за постојање уговора о продаји робе. Други део регулише закључење уговора. Трећи део је садржи срж Конвенције и односи се на права и обвезе продавца и купца из уговора о продаји. Четврти део обухвата завршне одредбе у погледу примене саме Конвенције, могућност стављања резерви, однос са другим конвенцијама и временско важење Конвенције.

Конвенција је плод компромиса у прихватању института *common law* система и континенталног права. За српског правника ће многи институти Конвенције бити блиски, док ће нека решења Конвенције (а то су она која су усвојена под утицајем *common law-a*) захтевати посебну пажњу у примени. У даљем тексту се приказују нека од тих решења.

2. Форма уговора о продаји

Уговор о продаји не мора да се закључи нити потврди у писаној форми нити је подвргнут било којим другим захтевима у погледу форме. Он се може доказивати на било који начин, укључујући и сведоке.¹⁸ Државе уговорнице могу ставити резерву на ову одредбу Конвенције и

(члан 4. Конвенције), и не примењује се на одговорност продавца за смрт или телесне повреде које би роба проузроковала било ком лицу (члан 5. Конвенције). Такође, питања као што су висине затезне камате, застарелост такође нису регулисана Конвенцијом.

¹⁶ Конвенција, члан 6.

¹⁷ Piltz, 66.

¹⁸ Конвенција, члан 11.

остати на захтеву писане форме за уговор о међународној продаји робе. Такву резерву су, примера ради, ставиле Русија, Украјина, Белорусија, Јерменија, Чиле, Аргентина, Парагвај и Вијетнам.

3. Понуда и прихват понуде

Сама понуда („предлог за закључење уговора“) сматра се довољно одређеном: (а) ако указује на намеру понудиоца да се обавезе у случају прихватања, б) ако означава робу и изричито или прећутно количину и цену или садржи елементе за њихово утврђивање.¹⁹

Правило је да понуда производи правно дејство од тренутка када стигне понуђеноме (*теорија пријема*); у овом погледу Конвенција је усвојила решење из континенталног правног наслеђа.

Понуда, чак и кад је неопозива, може да се повуче ако је повлачење стигло понуђеноме пре или у исто време кад и понуда. Правило за опозив понуде је у овом делу једнако правилима српског Закона о облигационим односима.²⁰

Међутим, правила Конвенције у погледу опозива понуде иду даље и дају већу слободу и дуже време понудиоцу за опозив своје понуде, него што то чини ЗОО. Према ЗОО, понудилац је начелно *везан својом понудом до истека рока понуде* или, ако таквог рока нема, за време које је редовно потребно да понуда стигне понуђеноме, да је овај размотри, о њој одлучи и да одговор о прихватању понудиоцу.

За разлику од тога, у погледу опозива понуде, решења Конвенције су постављена на постулате *common law* правних система. Понуда се може опозвати све док се уговор не закључи, ако *опозив стигне понуђеноме пре него што је он ошлослао свој прихват*, осим ако је понуда неопозива или ако је понуђени разумно веровао да је понуда неопозива и понашао се сагласно томе.²¹

Приликом оцене прихвата понуде, српски правници треба да обрате пажњу да је решење Конвенције различито од правила ЗОО и већине европских правних система. Наиме, одговор на понуду који указује на прихватање, али који садржи *дојунске и различите услове који суштин-*

¹⁹ Конвенција, члан 14.

²⁰ Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89–одлука УСЈ, 57/89; *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93; *Службени лист СЦГ*, 1/2003 – Уставна повеља.

²¹ Према Конвенцији, понуда једино не може да се опозове: (а) ако је у њој назначено, било тиме што је одређен рок за прихватање или на други начин, да је неопозива, и (б) ако је понуђени разумно веровао да је понуда неопозива и понашао се сагласно томе (члан 16 Конвенције).

ски не мењају услове понуде представља прихватање, осим ако понудилац без неоправданог одлагања стави усмено приговор на разлике или пошаље обавештење у том смислу. Ако он тако не поступи, уговор је закључен према садржини понуде са изменама које се налазе у прихватању²² (чл. 19.2. Конвенције). Ова формулација је ушла у Конвенцију на инсистирање америчке делегације и стога је удаљена од концепта континенталног права, према којем додаци или измене у прихвату понуде по правилу значе нову понуду.²³

Ово решење из Конвенције отвара питање који су то услови који суштински мењају понуду односно уз које измене у понуди уговор ипак настаје? Конвенција је понудила *exempli causa* услове који се сматрају суштинским – то су услови који се односе на цену, плаћање, квалитет и количину робе, место и време испоруке, обим одговорности једне уговорне стране у односу на другу или на решавање спорова.²⁴ Но, могуће је, са једне стране, да се у пракси још неки услов сматра суштинским. Са друге стране, могуће је и да неки од побројаних услова у конкретной правној ситуацији не буде тумачен као суштински услов и да може, следствено томе, да се модификује у одговору на понуду. Треба разумети да је, заправо, кључно питање у пракси у тумачењу модификованог услова следеће – да ли се може рачунати на прихватање те модификације од стране понудиоца?²⁵ Тако, на пример, чак и уколико се модификација купца у одговору на понуду односи на старост брода или на плаћање превоза, а уговорени су услови продаје на паритету *Incoterm FOB*, сматраће се да те измене нису суштинске – јер је према уговореном паритету свакако купац одговара за транспорт.²⁶

Имајући у виду правила Конвенције о понуди и прихвату понуде, практичан савет странкама је да се активно понашају и старају о разјашњењу неусаглашених услова у понуди и прихвату понуде.

4. Битна повреда уговора

Конвенција у члану 25 уводи, под утицајем правника из *commonlaw* система, појам „битне повреде уговора”. Битне повреде уговора дају по-

²² Конвенција, члан 19.2.

²³ Тако према ЗОО, ако понуђени изјави да прихвата понуду и истовремено предложи да се она у нечему измени или допуни, сматра се да је понуду одбио и да је са своје стране учинио другу понуду своје ранијем понудиоцу (члан 41).

²⁴ Члан 19.3. Конвенције

²⁵ Види ближе и Piltz, 132–136.

²⁶ China International Economic & Trade Arbitration Commission, од 10. 06. 2002, CISG-Pace <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020610c1.html>,

веројачу, по правилу, право на раскид уговора или на захтев за испоруку друге робе, док су му за небитне повреде уговора ове санкције тек у неким случајевима на располагању и то када је неуспешно протекло додатни рок који је остављен другој страни.²⁷

Повреда уговора коју учини једна страна сматраће се *битном* ако се њоме проузрокује таква штета другој страни да је суштински лишава оног што је оправдано очекивала од уговора, изузев ако такву последицу није предвидела страна која чини повреду нити би је предвидело разумно лице истих својстава у истим околностима.²⁸ У оцени тога да ли је повреда битна полази се, дакле, од објективног критеријума у погледу остварења сврхе уговора за повериоца. Постојање кривице на страни дужника уопште није услов за постојање битне повреде уговора, већ је кључна тежина дејства повреде на уговорни интерес повериоца, а терет доказивања је у случају спора на самом повериоцу.²⁹ Ипак, неће постојати *битна* повреда уговора, уколико дужник докаже да у време закључења уговора није предвидео повреду нити би је предвидело разумно лице истих својстава у истим конкретним околностима (*предвидљивости повреде*).

Правницима континенталних правних система институт „битне повреде уговора” није близак, нити је препознат у нашем ЗОО, који је заснован на концепту неиспуњења уговорних обавеза као општем основу за раскид уговора, с једне стране,³⁰ те на институтима материјалних и правних недостатака као посебном основу за раскид уговора, са друге стране.³¹

Практичан савет у циљу избегавања спора по питању правне квалификације шта се има сматрати „битном повредом уговора” јесте да се приликом формулисања уговора експлицитно, детаљно и јасно укаже на значај појединих обавеза за уговорну страну (повериоца у конкретном случају).

²⁷ Конвенција, члан 49.1, члан 49.2 и члан 64.1. О систему санкција за повреду уговора према Бечкој конвенцији, видети ближе Јелена Вилус, *Конвенција Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе – Бечка конвенција*, Београд, 21–27; као и Piltz, 237–241.

²⁸ Конвенција, члан 25.

²⁹ Piltz, 5–10, 240.

³⁰ ЗОО, чланови 124–132.

³¹ ЗОО, чланови 478–515. Видети ближе Јелена Перовић, Љубица Томић, „Примена међународних стандарда у српском уговорном праву”, *Економика праву*, 2015, 418.

5. Саобразност робе

За разлику од континенталних правних система, Конвенција уводи појам (не)саобразности робе, који је шири од концепта материјалних недостатака робе који познаје ЗОО, јер се не односи једино на одступања у квалитету, већ и на одступања у квантитету, врсти, па и у паковању робе.³²

Сматра се да роба није саобразна уговору уколико: (а) није подобна за сврхе за које се роба исте врсте уобичајено користи; (б) није подобна за нарочиту сврху која је продавцу изричито или прећутно стављена до знања у време закључења уговора, изузев кад околности указују да се купац није ослонио нити је било разумно да се ослони на стручност и просуђивање продавца; (в) не поседује квалитете које је продавац купцу предложио у виду узорка или модела; (г) је пакована или заштићена на начин уобичајен за такву робу или, ако такав начин не постоји, на начин који је одговарајући да сачува и заштити робу.

Како би очувао своја права која проистичу из несаобразности робе, купац мора обавестити продавца детаљно о несаобразности која постоји у конкретном случају. Он то мора учинити у разумном року од тренутка кад је открио или морао открити несаобразност³³ (*субјективан рок*), а најкасније две године од дана стварне предаје робе купцу (*објективан рок*), изузев ако је уговорен дужи рок гаранције.

Обавештење може бити послато у писаној форми,³⁴ али може бити дато и усмено. Са практичне стране, у прилог доказном поступку у случају спора говори писано слање обавештења о несаобразности робе.

Након истека рока од две године купац губи право да истиче несаобразност, осим уколико има разумно оправдање што није послао тражено обавештење у том року. Уколико такво разумно оправдање постоји, тада купац ипак од продавца може тражити снижење цене или захтевати накнаду штете (изузев за изгубљену добит).³⁵

Треба скренути пажњу да наведени рок од две године није рок застарелости самог права купца. Рокови застарелости нису одређени

³² Конвенција, члан 35, члан 51.1.

³³ Приликом рачунања субјективног рока за обавештење треба имати у виду да овај рок заправо мора да се рачуна од дана прегледа робе, те са тим у вези треба обратити пажњу на обавезу прегледа робе од стране купца. Купац је дужан прегледати робу или је дати на преглед у што је могуће краћем року, зависно од околности (видети детаљније члан 38. Конвенције).

³⁴ Под писаном формом се подразумева слање писмом, „мејлом“, „смс“-ом или на други сличан, језички разумљив начин.

³⁵ Конвенција, члан 44, члан 50.

Конвенцијом и биће у сваком конкретном случају одређивани у складу са супсидијарним меродавним правом. Напред наведени рок од две године је објективни рок за слање обавештења о несаобразности робе, те, стога, ток овог рока не може имати ни прекида ни застоја у корист повериоца.

IV. Закључна напомена

У области прекограничног промета од великог је значаја унификација права, која омогућава уговорним странама из различитих држава, па чак и из различитих правних система, да се разумеју и да се унапред упознају са правилима за предвиђене трансакције.

У садржинском смислу, Конвенција се сматра избалансираним извором права, са правилима како у корист купца, тако и у корист продавца. Правну сигурност појачава и дугогодишња примена Конвенције од стране националних судова и арбитражних трибунала, као и доступност судске и арбитражне праксе на добро уређеним „сајтовима”.³⁶ На овај начин се, а у сврху презентовања случаја пред националним (српском) судом, могу користити ставови о истом извору права (ставови о појединим члановима Конвенције) формирану у примени Конвенције од стране судија и арбитра широм света на конкретне случајеве међународне продаје робе. Имајући у виду покривеност светске мапе државама уговорницама Конвенције, а нарочито да је већина економски релевантних партнера са својим седиштима управо на тим територијама уговорница Конвенције, намеће се закључак да је у интересу српске странке да се детаљно упозна са правилима Конвенције и да исту не искључује из примене без ваљаног разлога. Поред тога, ваља познавати правила садржана у Конвенцији, јер она аутоматски чини правни оквир трансакцију међународне продаје робе када норме међународног приватног права доводе до њене примене.

³⁶ Видети UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (2016), http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG_Digest_2016.pdfhttp://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html, као и базу случајева коју ставља на располагање *Pace University, Institute of International Commercial Law* <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/caselit.html>

Ljubica Tomić

attorney at law in Belgrade

APPLICATION OF CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE
INTERNATIONAL SALE OF GOODS

Summary

The subject of this paper is analyzing the sphere of application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, as well as the application of some of the institutes of this Convention, to which legal practitioners of the continental legal systems should pay particular attention, such as the offer and acceptance of the offer, fundamental breach of contract and non-conformity of goods. The significance of this Convention lies in its balance regarding the rights and obligations of the buyer and seller, in nearly 40 years of its practical application worldwide, in the growing number of contracting countries (which is 89 as of July 2019), and in the fact that places of business of majority of economically relevant partners are located on territories of contracting countries. Also, accessibility to the well-organized databases of court and arbitration caselaw during the long-standing practical application of the Convention is another argument supporting legal certainty of the application of the Convention.

Key words: Convention on Contracts for the International Sale of Goods, CISG, Vienna Convention, international sale of goods, unification of law, offer, acceptance of offer, fundamental breach of contract, non-conformity of goods, legal certainty

UDK 347.918

Милош Смајић

адвокатски приправник у Новом Саду

УТИЦАЈ НЕИСПУЊЕЊА ПРЕТХОДНИХ ФАЗА У РЕШАВАЊУ СПОРА НА АРБИТРАЖНИ ПОСТУПАК – НЕНАДЛЕЖНОСТ АРБИТРАЖНОГ ВЕЋА ИЛИ НЕДОПУШТЕНОСТ ТУЖБЕ

Сажетак

У арбитражној пракси све је чешће уговарање клаузула о решавању спорова које предвиђају једну или више фаза које претходе арбитражи. Њихов циљ је свакако позитиван, али веома значајна питања се јављају у случају неиспуњења неке од тих фаза. Једно од њих је питање утицаја неиспуњења – да ли оно утиче на надлежност арбитражног суда или на допуштеност тужбеног захтева. Када се утврди неиспуњење процесног корака за решење спора или рока у којем је потребно покренути арбитражу, уз претпоставку њиховог обавезујућег дејства, последица може бити ненадлежност арбитражног суда или недопуштеност тужбеног захтева. Сходно томе, санкција може бити оглашавање ненадлежним или одбацивање тужбе. Евентуално, у неким случајевима, одређује се застој или прекид поступка.

У овом раду разматра се значај дистинкције између ова два појма, последице заузимања једног или другог става, а затим се, кроз анализу случајева, приказује како су арбитражни и државни судови приступали проблему и њихови начини квалификације, уз коментар и сугестије аутора рада.

Кључне речи: допуштеност, надлежност, процесни услови, покретање арбитражног поступка, поништај арбитражне одлуке

І. Увод

Анализирајући различите клаузуле о решавању спорова, може се наићи на изузетно широк спектар захтева који треба да буду испуњени

пре покретања арбитражног поступка. То може да буде најједноставнија ситуација у којој арбитражна клаузула странкама просто намеће рок у којем не смеју или током којег морају да покрену поступак, или пак врло сложени процес који од странака захтева да пре подношења арбитражне тужбе заједнички прођу кроз неколико фаза решавања спора које могу, а не морају бити ограничене роковима.¹ Дакле, постоји мноштво различитих могућности, што је последица, наравно, широког степена страначке аутономије као владајућег начела у арбитражном поступку.²

Проблеми се јављају у случају неиспуњења овако постављених захтева из арбитражне клаузуле. Једно од значајних питања које се тиче услова и рокова за покретање арбитражног поступка је да ли непоштовање претходних фаза прописаних уговором утиче на надлежност арбитражног суда или само на допуштено тужбе? Другим речима, да ли се надлежност арбитражног суда доводи у питање? Или надлежност дефинитивно постоји, а тужба је неблагоприятна, превремена или недопуштена?

II. Значај разликовања два концепта

Као што је речено, у арбитражним поступцима у којима настане спор око тога да ли су предуслови (или рокови) за покретање арбитраже испуњени, најчешће се отвара и питање њиховог утицаја на даљи ток поступка. Према једном становишту, неиспуњење претходних захтева не дозвољава заснивање надлежности арбитражног суда на који упућује арбитражни споразум. Овај став заснован је на теорији да су предуслови за покретање арбитраже заправо одложни услови или рокови за ступање на снагу арбитражног споразума. Сходно томе, у случају када тужилац није испунио претходни услов, арбитражна клаузула још увек не производи правно дејство, па арбитражни суд нема могућност да заснује надлежност.³ Слично наведеној теорији, постоје и ставови да су претходни захтеви прописани арбитражном клаузулом заправо услови за сагласност воља уговорних страна.⁴ Консенсуална природа арбитраже захтева сагласност воља странака у спору. Ако је та сагласност орочена, спор не може да буде поверен арбитрама на решавање док рок не протекне или се услов не испуни.

¹ Маја Станивуковић, *Међународна арбитража*, Службени гласник, Београд, 2013, 48–49.

² М. Станивуковић, 194.

³ Gary Born, Marija Šćekić, „Pre-Arbitration Procedural requirements – A Dismal Swamp”, *Practicing Virtue: Inside International Arbitration* (eds. David Caron, Stephan Schill, Abby Cohen Smutny, Epaminontas Triantafyllou), New York, 2015, 243.

⁴ G. Born, M. Šćekić, 243.

Са друге стране имамо другачије виђење ствари, а то је да неиспуњење предарбитражних услова и непоштовање рокова не дира у надлежност арбитражног суда. Арбитражни споразум постоји, сагласност воља уговорних страна није условљена. Предуслови и рокови за подношење захтева за арбитражу спречавају приступ меритуму спора, не дозвољавају супстанцијално решавање. У том случају тужба је недопуштена (енгл. *inadmissible*).⁵

Врло је важно правити разлику између ова два концепта.⁶ Практичне последице заузимања једног или другог става су различите, тако да није у питању само теоријско, већ и практично питање. Међутим, препознавање разлике није увек лак задатак.⁷ Питање допуштености се односи на разматрање да ли је тужбу дозвољено поверити на решавање арбитрама у одређеном моменту.⁸ Да би арбитраи уопште могли да расправљају о допуштености тужбеног захтева, најпре је потребно да постоји њихова надлежност за решавање спора. Први и основни корак ка решењу спора путем арбитраже јесте установљavanje надлежности арбитражног суда. Кад би се арбитражно веће огласило ненадлежним за решење одређеног спора, сва остала питања, допуштеност, питања процесног карактера или сам меритум спора постали би ирелевантни за тај поступак. Арбитражни суд их не би ни разматрао.

Поред наведеног, постоји још један важан разлог због којег је потребно обратити пажњу на ову дистинкцију. Наиме, одлуке арбитражних судова које излазе ван оквира њихове надлежности могу бити предмет евентуалног поништаја од стране надлежних органа (редовних државних судова). Као што је познато, арбитражни судови сами решавају о својој надлежности, у складу са начелом *competence – competence*. Притом, одлука о надлежности може бити садржана у коначној арбитражној одлуци о меритуму или у делимичној одлуци о надлежности. У сваком случају, одлука арбитражног суда о надлежности је подложна судској контроли.

⁵ Питање допуштености тужбеног захтева тиче се много ширег круга питања него је што су то услови и рокови за подношење тужбе. На пример, литиспенденција или пресуђена ствар су само неки од случајева који би довели до одбацивања. Ипак, имајући у виду тему рада, питања осталих разлога недопуштености тужбених захтева неће бити расправљана.

⁶ Jan Paulsson, „Jurisdiction and admissibility”, *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, ICC Publishing, Publishing 693, 2005, 601; Michael Waibel, „Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility”, *Legal Studies Research Paper Studies*, University of Cambridge, 2014, 1–80, 2.

⁷ M. Waibel, 2.

⁸ M. Waibel, 2.

Опште је прихваћено у већини правних система, ако не и у свим, да одлука о надлежности арбитражног суда иницијално пада на арбитра, док је редовни државни суд тај који коначно решава о томе.⁹

Тако је и у праву Републике Србије. Закон о арбитражи предвиђа да арбитражни суд може да одлучује о сопственој надлежности.¹⁰ Тужена страна у спору има право на приговор ненадлежности. Арбитражни суд о том приговору може да одлучи као о претходном питању или у коначној одлуци.¹¹ Уколико је о надлежности одлучено као о претходном питању, незадовољна странка има право да се обрати редовном суду ради одлучивања о том питању.¹² Са друге стране, ако је одлука арбитражног суда о сопственој надлежности донета у оквиру коначне одлуке о суштини спора, незадовољна страна има право да државном суду поднесе тужбу за поништај арбитражне одлуке, будући да ненадлежност арбитражног суда свакако представља један од разлога за поништај.¹³

С друге стране, одлука арбитражног суда о допуштености тужбеног захтева (*admissibility*) не може да буде предмет каснијег преиспитивања од стране државних судова. У таквом случају, постојање надлежности арбитражног суда је неспорно. Оно што је спорно јесте да ли је захтев за арбитражу зрео за решавање, а то је одлука која зависи искључиво од одлуке арбитра који су чланови већа.

Према томе, погрешно квалификовање питања допуштености и надлежности може да доведе до неоправданог проширења обима за преиспитивање арбитражне одлуке. Такође, аутономија воље странака да њихов спор буде коначно решен путем арбитраже може бити занемарена.¹⁴

III. Квалификација утицаја претходне фазе на допуштеност тужбе или надлежност арбитражног суда

Проналажење и повлачење граничне тачке у сваком конкретном случају између ова два појма није нимало једноставно. Томе додатно одмаже околност да су државни судови мање упознати са важношћу

⁹ Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby, Constantine Partasides, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4th Edition, 2004, 393.

¹⁰ Закон о арбитражи, *Службени гласник РС*, бр. 46/2006, чл. 28.

¹¹ Закон о арбитражи, чл. 30 ст. 1.

¹² Закон о арбитражи, чл. 30, ст. 2.

¹³ Закон о арбитражи, чл. 58.

¹⁴ J. Paulsson, 601.

прављења разлике. Разлог за такво стање би могао да буде тај што, без обзира на то да ли се првостепени суд огласи ненадлежним или одбаци тужбу као недопуштену, странке имају право на правни лек. Дакле, у сваком случају постоји друга инстанца, за разлику од случаја у арбитражи.¹⁵ Пракса је показала, више пута, да арбитрари и судови често не деле мишљења у погледу ове квалификације.¹⁶

У неким предметима ни арбитражни судови нису обрађали довољну пажњу на важност ове квалификације. На пример, у једном предмету инвестиционе арбитраже који се водио по правилима Међународног центра за решавање инвестиционих спорова (у даљем тексту: ИКСИД или Центар), арбитражно веће је одбацило тужбу због недопуштености (*inadmissibility*), док је у образложењу расправљало због чега не постоји надлежност Центра.¹⁷ Процесни услов о чијем испуњењу (неиспуњењу) се расправљало био је тзв. „период хлађења (*cooling-off period*).¹⁸ У другом предмету пред истом институцијом имамо другачију одлуку – арбитражни суд је сматрао да период хлађења представља захтев јурисдикционе природе, те да као такав спречава заснивање надлежности у случају неиспуњења.¹⁹

1. Ставови упоредне праксе

а) Понишљај арбитражне одлуке

Као пример несагласности о томе да ли неиспуњење процесних предуслова чини арбитражни суд ненадлежним или само доводи до недопуштености тужбе, навешћемо и један случај међународне трговинске арбитраже, са седиштем у Швајцарској, која се водила према правилима Међународне трговинске коморе (у даљем тексту: МТК). Реч је о пред-

¹⁵ J. Paulsson, 603.

¹⁶ Sandra Synková, „Courts' Inquiry into Arbitral Jurisdiction at the Pre-Award Stage”, *A Comparative Analysis of the English, German and Swiss Legal Order*, Springer International Publishing Switzerland, 2013, 39.

¹⁷ Burlington Resources Inc. v Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on jurisdiction, 2010, доступно на <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0106.pdf>

¹⁸ О овом услову више у Петар Ђундић, „Одредбе о одложном року за покретање арбитраже у међународним уговорима о заштити улагања и њихов утицај на надлежност арбитражних судова”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, број 2/2012, Правни факултет у Новом Саду, 2012, 355–374

¹⁹ Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P v The Argentine Republic, ICSID CASE No. ARB/01/3, Decision on jurisdiction, Вашингтон, 2004, доступно на <https://www.italaw.com/sites/default/files/casedocuments/ita0291.pdf>.

мету Маран против Векоме (*Maran v Vekoma*).²⁰ Спор је проистекао из уговора о испоруци угља. Уговор је у арбитражној клаузули предвидео преклузивни рок у којем је тужба морала бити поднета. Наиме, арбитражна клаузула је захтевала да се спор повери на решавање арбитражном суду „у року од *шридесет* дана након што је утврђено да се *размимоилажење односно спор не може решити путем преговора*“.²¹ Реч је о специфичној, не тако честој арбитражној клаузули која предвиђа рок у којем тужба мора бити поднета.²² Уколико тужилац пропусти да тужбу поднесе у прописаном (уговореном) року, неће моћи да оствари своја права у арбитражном поступку који је уговорен.

Међу супротстављеним странама било је спорно да ли је тужилац поднео тужбу благовремено, односно у року који је прописивала клаузула о решавању спорова. Утврдивши чињенично стање које је претходило подношењу тужбе, арбитражни суд је одбио приговоре туженог и донео одлуку да је тужба благовремена. По одбијању приговора, арбитражни суд је наставио поступак и усвојио тужбени захтев. Незадовољна одлуком, тужена страна је пред швајцарским судом покренула поступак за поништај арбитражне одлуке.

Швајцарски суд је имао другачије мишљење од арбитражног суда у погледу момента од којег је рок за подношење тужбе почео да тече. Суд је био на страни туженог у погледу чињеница, па је због тога поништио арбитражну одлуку.

Најзначајнија критика судској пресуди о поништају је погрешан третман који је суд дао одлуци арбитражног суда о одбацивању тужбеног захтева. Наиме, предмет одлучивања била је жалба против арбитражне одлуке.²³ У Закону о међународном приватном праву Швајцарске, у оквиру жалбених разлога, прописано је да се жалба може поднети, између осталог, и против одлуке трибунала који је „*појрешно држао да има или нема надлежност*“.²⁴ Другим речима, жалбу незадовољна странка може да поднесе против одлуке о надлежности.

²⁰ *Maran Coal Corporation v Transport en Handelsmaatschappij „Vekoma” B.v.*, поменуто у J. Paulsson.

²¹ Tibor Várady, „Control of Arbitral Awards and the Relevance of Newly Discovered Facts”, *Zbornik PFZ*, 62, (1–2), 2012, 457–474, 458.

²² Професор Варади је назива идиосинкратичном, T. Várady, 459.

²³ Према Закон о међународном приватном праву Швајцарске, правни лек против арбитражне одлуке је жалба Савезном суду. За разлику од Швајцарске, у нашем праву једино правно средство јесте тужба за поништај арбитражне одлуке, која се подноси редовно месно надлежном суду.

²⁴ Закон о међународном приватном праву Швајцарске, чл. 190, ст. 2, тач. б.

Међутим, у предмету Векома, арбитражни суд није одлучивао о својој надлежности, нити је то питање изнето пред њега. Предмет расправљања била је благовременост тужбеног захтева. Дакле, арбитражни суд је одлучивао о допуштености тужбеног захтева. Сходно томе, фундаментална грешка швајцарског суда била је у занемаривању природе арбитражне одлуке против које је поднета жалба. Одлука о надлежности (или ненадлежности) није била донета. Да то јесте био случај, не би било сумње да је суд овлашћен да такву одлуку преиспитује у жалбеном поступку.²⁵ У овом развоју околности, где је арбитражни суд донео одлуку о допуштености тужбеног захтева у оквиру својих надлежности, државни суд једноставно није имао овлашћења да разматра поништај такве одлуке.²⁶

b) Застој у поступку

Образлажући то практичним разлозима, арбитражни судови су у извесном броју предмета давали накнадну шансу тужиоцима за испуњење услова из клаузуле о решавању спорова. У једној међународној арбитражи са седиштем у Швајцарској, швајцарски национални суд је одредио застој арбитражног поступка у ситуацији када тужилац није поступио према обавези из арбитражне клаузуле која је захтевала претходно вођење поступка мирнења.²⁷ Спор је проистекао из једног од четири закључена уговора између странака. Клаузула о решавању спорова била је идентична у сва четири уговора и предвиђала је да ће се сви спорови који проистекну из уговора покушати решити споразумно, у складу са АДР Правилима МТК.^{28,29} Текст овог првог дела клаузуле био је императивног карактера, уз употребу речи „*shall*”.

Тек уколико спор не буде био решен мирним путем, као последња инстанца била је прописана арбитража, и то у складу са *UNCITRAL*-овим арбитражним правилима. Као место арбитраже одређена је Женева.

²⁵ J. Paulsson, 602.

²⁶ J. Paulsson, 602.

²⁷ First Civil Law Court, Case No. 4A_628/2015, Judgment of March 16, 2016. Одлука доступна на <http://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/16%20mars%202016%204A%20628%202015.pdf> (18.09.2018. године) Имена странака, државе порекла, меродавно материјално право и подаци чије објављивање није дозвољено нису приказани у јавно доступном примерку одлуке. Сходно томе, у тексту одлуке који је јавно доступан, тужилац је означен као странка „Y”, а тужени као „X”.

²⁸ АДР – Алтернативно решавање спорова (*Alternative Dispute Resolution*).

²⁹ Реч је о Правилима о АДР-у из 2001. године, која су замењена Правилима о медијацији из 2014. године.

Након што је спор настао, тужилац је послао захтев за алтернативно решење спора у складу са Правилима МТК о АДР-у 15. септембра 2014. године. Тужени је дао своју сагласност за решавање спора у складу са овим Правилима,³⁰ па је АДР Центар МТК именовано неутралну личност, помиритеља за вођење поступка мирења, у складу са Правилима. Помиритељ је заказао први састанак, и то телефонску конференцију за 17. децембар 2014. године. Заступници тужиоца су, непосредно пред одржавање конференције, предложили одређено техничко решење који би представљало лакшу могућност за учешће у конференцији од стране представника њиховог клијента. Адвокати туженог су томе приговорили јер су сматрали да у конференцији треба да учествују само пуномоћници једне и друге стране, а не и представници странака, па су тражили одлагање. Телефонска конференција је, уз сагласност тужиоца, одложена.

Тужилац је после тога, без одржавања икаквих накнадних састанака покренуо арбитражу у складу са *UNCITRAL*-овим правилима. Помиритељ га је обавестио да он не може да сматра да је поступак мирења окончан, кад није обављен ниједан састанак у складу са АДР Правилима, те је и обавестио странке да сматра да се тужилац повукао из поступка мирног решења спора. Међутим, упркос томе, став тужиоца је био да је претходни услов испуњен.

Обе стране су именовале свог арбитра, уз иницијалну напомену туженог да има намеру да истакне приговор ненадлежности арбитражног суда.

Одлучујући о приговору ненадлежности туженог, арбитражни суд је донео одлуку да јесте надлежан да реши спор, те да је тужбачева тужба допуштена. Наиме, његов став је био да је, без обзира што спор није решен мирним путем и што није дошло до заједничког састанка, претходни услов био испуњен. Разлог за то била је чињеница да је заиста дошло до писане комуникације између странака и помиритеља, те да је то довољно да би се сматрало да је дошло до покушаја мирног решења спора.³¹

Незадовољна одлуком о надлежности, тужена страна се обратила редовном државном суду ради поништаја ове одлуке.³² Захтев туженог

³⁰ Правила МТК о медијацији су ступила на снагу 1. јануара 2014. године, заменивши тако Правила о АДР-у. Међутим, странке су се сагласиле да се на њихов поступак мирења примењују Правила о АДР-у уместо Правила о медијацији.

³¹ First Civil Law Court, Judgment of March 16, 2016, 2.1.1.

³² У складу са чланом 190 Швајцарског Закона о међународном приватном праву, делимичне одлуке трибунала у међународној арбитражи могу бити поништене у случају

заснивао се на тврдњи да је арбитражни суд требало да се огласи ненадлежним из разлога недостатка надлежности *ratione temporis*, због тога што претходни услов за покретање арбитраже, вођење поступка мирења, није испуњен.

Приликом анализе арбитражне клаузуле, швајцарски Савезни суд је закључио да је обавеза вођења поступка мирења била обавезна, и то уз задовољење поступка прописаног у Правилима МТК о АДР-у.³³ Након тога, суд је прешао на анализу испуњености услова, односно поступка прописаног наведеним Правилима. Детаљним тумачењем наведених Правила, поготово члана 5, става (1),³⁴ суд је дошао до закључка да није дошло до адекватног покушаја мирења, на начин како то прописују Правила о АДР-у.

Преостало је само да се одреди санкција за непоступање по Правилима. Избор је био следећи: да ли одбацили тужбу као недопуштену или одредити застој поступка све док тужилац не испуни претходни услов за покретање арбитраже?³⁵

Из разлога процесне економије, уштеде трошкова итд., суд је одлучио да одреди застој арбитражног поступка све док тужилац не испуни обавезу покушаја мирног решења спора у складу са Правилима МТК о АДР-у. Наравно, предуслов за овакву одлуку био је (формални) поништај арбитражне одлуке. Наиме, суд је сматрао да трибунал заиста има надлежност и да је тужба допуштена, али да формални разлози захтевају да одлука трибунала о надлежности буде поништена.³⁶

Иако можда оправдана са становишта економичности, постоје разлози на основу којих би се оваквој одлуци могли упутити одређене при-

да се трибунал погрешно огласио надлежним или ненадлежним или да трибунал није на прописан начин конституисан. Слично, у нашем Закону о арбитражи, став 2 члана 30 предвиђа да, у случају када арбитражни суд одлучи о сопственој надлежности као о претходном питању, незадољна странка може да тражи да суд одлучи о том питању у року од 30 дана.

³³ First Civil Law Court, Judgment of March 16, 2016, 2.4.1.

³⁴ Члан 5(1) АДР Правила МТК прописивао је начин на који странке могу да ступе у контакт ради покушаја мирења. Поред састанка уживо, дозвољена је била и видео и телефонска конференција, као и сваки други адекватан начин. У сваком случају, из те одредбе произлазила је стварна обавеза одржавања састанка.

³⁵ Притом, суд није водио превише рачуна о терминологији. Наиме, разматрао да ли је потребно да се тужба одбаци као недопуштена (енгл. *inadmissible*). Није правио разлику између питања надлежности и допуштености. Уз то, аргументовао је и бавио се питањем одбацивања, иако је било реч о поступку који се води ради поништаја делимичне арбитражне одлуке о надлежности. Према швајцарском Закону о међународном приватном праву, суд је овлашћен само да решава о питању надлежности.

³⁶ First Civil Law Court, Judgment of March 16, 2016, 21.

медбе. Наиме, суд је решавао по захтеву туженог за поништај одлуке арбитражног суда о надлежности. Поставља се питање да ли је суд прекорачио своја овлашћења у овом поступку, будући да је одредио застој у поступку у којем би његова овлашћења требала бити ограничена на питање надлежности. Да ли је суд превише ушао у надлежност арбитражног већа јер је донео процесно решење у том поступку? Чини се да је суд на одређени начин условио заснивање надлежности арбитражног трибунала. Тек по коначном испуњењу претходног услова, он може да донесе одлуку у којој ће се огласити надлежним за решавање спора. Тако је суд, практично приступајући проблему, нашао да је застој поступка најбоље решење у конкретном случају. Разлог је био тај што би нецелесходно било поништити одлуку о надлежности не одређујући застој, што би само навело тужиоца да, након испуњења предуслова, поднесе нову тужбу. То би проузроковало нове трошкове, додатни утрошак времена, а постојао би и ризик протекла рока застарелости.³⁷

Аутори који бране сличне одлуке арбитражних судова управо на таквим, прагматичним основама заснивају своју аргументацију. При томе, тешко би било поверовати да је наступање грубих последица до којих доводи одбацивање тужбе заиста била намера странака приликом уговарања услова.³⁸ Поново покретање арбитражног поступка, уз ново именовање арбитра, а затим и престанак дејства литиспенденције могу да створе потешкоће и туженом, а не само тужиоцу. Због тога, није вероватно да су интереси странака заиста били усмерени ка томе у моменту уговарања.³⁹ Произлази да би арбитражи можда ипак требало да пружи шансу решењу које предвиђа застој поступка, иако за то често не постоји формално овлашћење. Наравно, застој поступка мора да буде одређен уз детаљно прописивање услова под којим поступак може да се настави.⁴⁰

2. Став домаће праксе

Арбитражна и судска пракса у српском праву се није детаљно бавила овим питањима. Међутим, постоји један предмет који се, на неки начин, осврнуо и на ову проблематику. У питању је парнични поступак за поништај арбитражне одлуке донете у међународној *ad hoc* арбитражи

³⁷ Hansjörg Stutzer Bösch, Michael Simon, M. Hohler, „Don't jump the gun! Lack of jurisdiction in case of failure to comply with pre-arbitration dispute resolution provisions”, *Arbitration Newsletter Switzerland*, Zürich, 2016.

³⁸ A. Jolles, 337.

³⁹ A. Jolles, 337.

⁴⁰ A. Jolles, 337.

са седиштем у Београду, која се водила према правилима *UNCITRAL*-а из 1976.

Спор је настао поводом права и обавеза из Уговора о јавној набавци софтверске апликације за један државни орган од стране конзорцијума из иностранства. У клаузули о решавању спорова било је предвиђено да ће се спорна питања решавати међусобним консултацијама у периоду од 14 дана од дана када једна страна обавести другу о постојању спора или несугласице. За следећи корак у решавању спора било је договорено да се покуша да се спор реши уз обавезујућу одлуку адјудикатора.⁴¹ Он је требало да у року од 28 дана од пријема обавештења о спору саопшти своју одлуку уговорним странама у писаној форми. У случају смрти или повлачења адјудикатора, уговорне стране су могле да именују новог, или да се обрате органу именована (који је дефинисан у клаузули о решавању спорова) ради именована. Уколико адјудикатор не донесе одлуку у року од 28 дана од дана када му се поднесе захтев за решавање спора или је једна од уговорних страна незадовољна одлуком, уговорне стране су биле овлашћене да у року од 56 дана од дана поверавања спора адјудикатору обавесте другу уговорну страну да намеравају да започну *ad hoc* арбитражу у складу са правилима *UNCITRAL*-а. Тужиоци су после рока предвиђеног за преговоре, покренули поступак решавања спора обраћањем одабраном адјудикатору по захтеву од 15. априла 2011. године, али он није донео одлуку о поднетом захтеву. Након тога је захтев поднет другом адјудикатору, именованом од стране органа именована дана 8. маја. 2012. године. Он је по истеку рока од 28 дана донео своју одлуку, по којој је тужени одбио да поступи. Због тога су тужиоци поднели захтев за арбитражу 1. октобра 2012. године.

У току арбитражног поступка тужени је истицао да је арбитражна тужба недопуштена из четири разлога, од којих се последњи односио на неиспуњење претходног услова, тј. непоступање у складу са поступком предвиђеним у клаузули о решавању спорова. Приговор ненадлежности арбитраже није постојао. Наиме, према тврдњама туженог, први адјудикатор није донео одлуку у прописаном року, док именоване и доношење одлуке другог адјудикатора није било у складу са уговором који је садржао клаузулу о решавању спорова. Сем тога, ни други адјудикатор није донео одлуку у року од 28 дана. Према мишљењу туженог, то је било довољно да се тужба одбаци као недозвољена. Поред

⁴¹ Адјудикација подразумева један од начина алтернативног решавања спорова који се окончава одлуком лица изабраног од стране странака – адјудикатора. Његова одлука је обавезујућа, али не може да стекне својство извршне исправе.

тога, алтернативни аргумент туженог је био тај да пропуштање тужиоца да арбитражни поступак покрене у прописаном року од 56 дана од дана поверавања спора на решавање адјудикатору такође доводи до недопуштености тужбеног захтева.

Након спроведене детаљне анализе, арбитражно веће је закључило да је други по реду адјудикатор именован у потпуности у складу са поступком који је предвиђала клаузула о решавању спорова. Он је именован од стране органа именовања који је наведен у клаузули, тако да сагласност туженог у погледу његове личности није била неопходна. Пошто су ово утврдили, арбитражи су прешли на анализу рокова за довршетак корака из клаузуле. Јасно је било да први адјудикатор своју одлуку није донео уопште. Међутим, арбитражи су утврдили да је тужени учествовао у поступку мирног решења спора и са првим адјудикатором, и то после истека рока од 28 дана. Штавише, први састанак странака и неутралног трећег лица догодио се пошто је предвиђени рок од момента његовог именовања протекао. На састанку није било приговора у том погледу од стране туженог. Слично се догодило и у поступку са другим адјудикатором. Тужени је учествовао у покушајима мирног решења и по истеку рока од 28 дана. Примењујући правила о тумачењу спорних одредаба из Закона о облигационим односима, арбитражи су закључили да, у оваквом развоју ситуације, период за који је пробијен рок за доношење одлуке не сме да скрати рок за доношење одлуке о покретању арбитражног поступка, односно за слање обавештења о намери покретања.

Даље, арбитражи су сматрали да је рок од 56 дана за обавештење о намери покретања арбитраже непримењив. Такав закључак донет је опет применом правила о тумачењу спорних одредаба. Наиме, у самом уговору је било прописано да, уколико адјудикатор не донесе одлуку у року од 28 дана, странке имају додатни рок исте дужине током којег могу да именују новог или да затраже од органа именовања да именује другог адјудикатора. Дакле, последњи рок за обраћање органу именовања и слања намере о покретању арбитражног поступка би се у том случају поклопили. То би странке довело у бесмислену ситуацију, јер, у случају када не би могле да се договоре око новог адјудикатора до последњег дана рока, арбитража не би могла да буде покренута, јер је преклузивни рок истекао. Сем тога, арбитражно веће је свој став поткрепило чињеницом да арбитражни споразум, односно арбитражна клаузула која прописује рок од 56 дана за обавештење о намери покретања арбитраже садржала глагол „моћи”, што указује на необавезујућу природу тог рока.

Имајући у виду наведено, арбитри су одбили аргументе туженог, и тужбу су сматрали допуштеном. У меритуму, тужбени захтев је усвојен.

Незадовољан, тужени (из арбитражне) је Привредном суду у Београду поднео тужбу за поништај арбитражне одлуке. Тужбени захтев је одбијен пресудом од 25. новембра 2015. године.⁴² Између осталог, један од разлога за поништај арбитражне одлуке била је тврдња туженог да тужилац није поступио у складу са претходним обавезама из клаузуле о решавању спорова па да због тога арбитражни споразум није био пуноважан.⁴³ Првостепени суд је своју одлуку засновао на ставу да околности у вези са поступком пре подношења тужбе арбитражном суду не представљају разлоге за наступање последица непуноважности арбитражног споразума странака.⁴⁴ Арбитражни споразум је испуњавао све формалне услове пуноважности – био је закључен у писаној форми од стране субјеката који су за то били способни, без утицаја принуде, претње, преваре или заблуде, а односио се на спор који је арбитрабилан. Дакле, првостепени суд је пуноважност арбитражног споразума ограничио на непостојање разлога за ништавост споразума прописаних у члану 10 Закона о арбитражи. То је за првостепени суд било довољно. Није било изјашњења у погледу квалификовања претходних услова као проблема надлежности или допуштености. Првостепени суд је чак на једном месту и ушао у расправљање и тумачење клаузуле о решавању спорова, али то није било од утицаја на одлуку. Поред тога, ни остали разлози на којима је тужени темељио тужбу за поништај арбитражне одлуке нису били основани према становишту суда, тако да је тужба за поништај одбијена.

Против ове пресуде тужени је поднео жалбу Привредном апелационом суду, која је одбијена, а првостепена пресуда потврђена.⁴⁵ Образложењем ове пресуде поткрепљен је став првостепеног суда да претходне обавезе из клаузуле о решавању спорова нису представљале одложни услов за пуноважност арбитражног споразума. Поновљена је теза првостепеног суда да арбитражни споразум јесте пуноважан зато што не постоје узроци за његову ништавост. О питању да ли су претходне фазе одложни услов за подношење тужбе и да ли је тај услов испуњен

⁴² Пресуда Привредног суда у Београду број П 2081/2015 од 25. новембра 2015. године.

⁴³ Остали разлози за поништај су били везани за проблематику јавног поретка, тако да нису релевантни за тему овог рада.

⁴⁴ Пресуда Привредног суда у Београду број П 2081/2015, 5.

⁴⁵ Пресуда Привредног Апелационог суда број Пж 648/16 од 23. фебруара 2017. године.

суд није расправљао. Основ за то био је члан 7 Закона о арбитражи, односно одредба према којој је државни суд у вези са арбитражом може да предузима само оне радње које су Законом изричито одређене.

Против другостепене пресуде тужени (из арбитражног поступка) поднео је ревизију Врховном касационом суду. Ревизија је одбијена као неоснована.⁴⁶ Правни ставови нижих судова су потврђени, па је одлука заснована на истој правној норми као и другостепена одлука, а то је члан 7 Закона о арбитражи. Према ставу суда, овлашћење да испитује испуњеност претходних услова припада искључиво арбитражном већу.

Као што је видљиво, мишљење судова свих инстанци и арбитражног већа у овом предмету се слагало – суд није овлашћен да утврђује испуњеност претходних фаза решавања спорова. Притом, став суда да ли испуњење претходних услова отвара питање надлежности или допуштености није јасно видљив. Међутим, закључак о томе бисмо могли да извучемо из следеће чињенице. Наиме, један од разлога за поништај арбитражне одлуке је и ненадлежност или прекорачење надлежности арбитраже. Државни суд је без сумње овлашћен да у парничном поступку за поништај арбитражне одлуке испитује да ли је постојала надлежност арбитражног суда или није. Да је Врховни касациони суд сматрао да неиспуњење претходног услова за који је тужилац тврдио да није испуњен утиче на надлежност арбитражног суда (односно ненадлежност), он би пресуде нижих судова укинуо и предмет вратио на поновно решавање, са упутством да се утврди да ли је заиста дошло до непоступања по клаузули о решавању спорова. Овако, будући да је сматрао да је посреди питање допуштености тужбеног захтева као таквог, суд се није ни бавио утврђивањем те чињенице. Наравно, овако изнета конструкција остаје само на нивоу претпоставке, будући да у анализираним судским одлукама немамо јасно изнету позицију судова.

Осим тога, стиче се утисак да је суд проблем могао да реши на много једноставнији начин. Наиме, као што је већ наведено, приговор ненадлежност у арбитражном поступку није постојао. Ако се тужени упустио у расправљање без истицања приговора ненадлежности арбитражног суда уз одговор на тужбу, губи право да такав приговор истиче у каснијим фазама поступка. То правило постоји како у Закону о арбитражи,⁴⁷ тако и у Арбитражним правилима *UNCITRAL*-а, која су се примењивала у

⁴⁶ Пресуда Врховног касационог суда број Прев 256/2017 од 23. новембра 2017. године.

⁴⁷ Закон о арбитражи, чл. 29, ст. 1.

овом арбитражном поступку.⁴⁸ На основу овог аргумента, одлука суда о одбијању тужбе за поништај арбитражне одлуке била би утемељенија.

Са друге стране, будући да приговор ненадлежности арбитражног суда није постојао, арбитражи о томе нису ни одлучивали. Једино на два места у образложењу постоји референца да је арбитражни суд надлежан да реши спор. Диспозитив одлуке се односи на допуштеност тужбеног захтева. Да је било другачије, можда би арбитражно веће на другачији начин тумачило одредбе о роковима за покретање поступка. Наиме, последице ненадлежности арбитражног суда су блаже од оних до којих доводи одбацивање тужбе због неблаговремености, јер остаје могућност обраћања редовним судовима, па би сходно томе, можда и виђење арбитрара у погледу неиспуњења обавеза било другачије.

IV. Закључак

У овом раду обрађена је једна од последица неиспуњења претходних услова из арбитражних клаузула, односно специфично питање које такво неиспуњење отвара – да ли арбитражно веће у таквом случају не може да заснује своју надлежност, или пак арбитражна тужба није допуштена. Након указивања на проблем и анализе последица једног или другог става, аутор је настојао да анализом случајева из међународне и домаће арбитражне и судске праксе прикаже ширину проблема и да пронађе пут којим би требало ићи приликом решавања овог проблема. Генерална смерница је да претходно питање треба оценити према намерама странака; ако су оне уговарањем услова или рокова условиле надлежност, тј. своју сагласност да спор буде решен арбитражним путем, не може да дође до одбацивања тужбе због недопуштености. Међутим, не постоји стандард или унапред утврђен начин на који би то требало урадити, тако да се одлуке арбитражних судова и даље разликују. Будући да овакви предмети готово по правилу завршавају пред редовним државним судовима у поступцима за поништај одлуке, рад се осврнуо и на судску праксу и неке од проблема у заузетим ставовима. Што се домаће праксе тиче, она није превише богата (аутор је приликом истраживања наишао само на један релевантан предмет), тако да не можемо да говоримо о формираним ставовима.

⁴⁸ Арбитражна правила *UNCITRAL*-а из 1976 године, чл. 21, ст. 3.

Miloš Smajić

apprentice at law in Novi Sad

THE EFFECTS OF NON-COMPLIANCE WITH PRE-ARBITRATION DISPUTE RESOLUTION STAGES – A QUESTION OF JURISDICTION OF ARBITRAL TRIBUNAL OR A QUESTION OF ADMISSIBILITY OF THE CLAIM

Summary

Dispute resolution clauses that prescribe one or more stages before the initiation of arbitration are frequent in modern arbitration practice. Their purpose is certainly justified, but important questions are raised in case of failure to fulfill one of those stages. Among them, there is a question of effects of such failure – whether it impacts the jurisdiction of the arbitration tribunal or the admissibility of the claim. Once the failure to comply with a procedural requirement or to initiate arbitration within a proposed time limit is established, with the assumption that they were mandatory, the consequences that arise may lead to dismissal of the claim or the decision on lack of jurisdiction. Eventually, in some cases, a stay of proceedings is ordered.

In this article, the significance of the distinction of the two concepts and the consequences of adoption of both the positions are explained. After that, the author presents some case-law which shows how the arbitrators and judges approached the problem and their ways of qualification, with comments and suggestions.

Key words: admissibility, jurisdiction, procedural requirements, initiation of arbitration proceedings, annulment of arbitration award

UDK 347.965

Тања Арсић

адвокат у Новом Саду

АДВОКАТУРА И МЕДИЈАЦИЈА

Сажетак

Питање односа адвокатури и медијације постало је сложеније од дана када је почео рад на изради измена Закона о посредовању у решавању спорова. Држава је донела одлуку да измени пропис који није донео очекиване резултате. Тиме су актуелизована различита спорна питања о којима се адвокатура до сада веома ретко изјашњавала. Адвокатура, са једне стране, нужно мора да прихвати постојање актуелног, позитивног прописа, а, са друге стране, критички однос према постојећем пропису не би смео да буде препрека да се у измењеном Закону о посредовању у решавању спорова не нађу одредбе које би адвокатура могла или требало да прихвати. Овај рад се бави дилемама у вези са медијацијом пред које је стављена адвокатура Србије.

Кључне речи: посредовање, медијација, адвокатура, предмет пружања правне помоћи, јавно бележништво, медијатор

І. Увод

У последњих десет година, уколико се пође од реформе правосуђа 2009. године, адвокатура је прошла трновит пут. Након реформе која је била у приличној мери неуспешна, уследило је доношење целог низа прописа који су нису нашли на одобравање адвокатури. Све усвојене измене биле су такве да су задрале не само у делокруг послова судова, већ су у великој мери, без сагласности адвокатури, довеле до преузимања низа послова који традиционално спадају у делокруг адвокатури односно представљају пружање правне помоћи. Ово пружање правне помоћи без сагласности адвокатури додељено је другим, новим правосудним

професијама. Иако је адвокатура могла да реагује и 2011. године када је усвојен Закон о јавном бележништву,¹ катастрофалне последице доношења овог закона су наступиле након измена Закона о промету непокретности од 1. септембра 2014. године,² када је сачињавање приватних исправа прешло у искључиву надлежност јавних бележника; у том тренутку, приватне исправе су престале да постоје. Адвокатура се против оваквих решења борила протестом који је окончан изменом пет закона у јануару 2015. године (Закон о јавном бележништву, Закон о промету непокретности, Закон о ванпарничном поступку,³ Закон о наслеђивању⁴ и Породични закон⁵).

Заузимањем позиције у оквиру израде измена Закона о посредовању у решавању спорова,⁶ адвокатура има прилику да на време заштити своје интересе кроз активно учешће у раду радне групе која припрема ове измене.

Адвокати су склони да доводе у питање, и то не без разлога, све измене које могу имати утицај на пружање правне помоћи. Међутим, у тој забринутости може се догодити да се и измене које би могле ићи на руку адвокатској професији, олако прогласе као непожељне. Зато је у сваком поједином случају потребно добро одмерити шта је у интересу адвокатуре.

II. Рад на изменама прописа о медијацији

1. Разлози за измене

У садашњем тренутку постоји став државе да многобројни судски спорови у већој мери отежавају функционисање судова, те да се стање може превазићи тиме да се поспешује мирно решавање спорова; оцењује се, наиме, да постоји значајан број спорова који могу да се реше мирним путем.

¹ Закон о јавном бележништву, *Службени гласник РС*, бр.31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 – др. закон, 121/2014, 6/2015 и 106/2015.

² Закон о промету непокретности, *Службени гласник РС*, бр.93/2014, 121/2014 и 6/2015.

³ Закон о ванпарничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 25/82, 48/88, *Службени гласник РС*, 46/95 – др. закон, 18/2005 – др. закон, 85/2012, 45/2013 – др. закон, 55/2014, 6/2015, 106/2015 – др. закон.

⁴ Закон о наслеђивању, *Службени гласник РС*, бр.46/95, 101/2003 – одлука УСРС и 6/2015.

⁵ Породични закон, *Службени гласник РС*, бр.18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015.

⁶ Закон о посредовању у решавању спорова, *Службени гласник РС*, бр.55/2014.

Садашњи позитивни пропис о медијацији, као ни претходни из 2005. године, није, у погледу мирног решавања спорова, дао задовољавајуће резултате. То је био основни разлог да држава иницира измену Закона посредовању у решавању спорова.

2. Полазне основе за рад на изменама Закона

Приликом припреме за рад радне групе која ради на изменама Закона о посредовању у решавању спорова, пошло се од упоредно-правних решења и посебно решења у земљама у којима је систем медијације у пуној мери заживео.

У овом погледу анализиран је модел који постоји у Италији. Ова земља није случајно изабрана да послужи као добар модел за измену Закона о посредовању, јер у току године у Италији број поступака медијације достиже 150.000 предмета.

Као смерница у раду радне групе служе и документи Европске комисије за ефикасност правосуђа Савета Европе⁷ односно Приручник ове Комисије за медијацију.⁸

3. Упоредно-правна решења и ставови адвокатуре

Како је наведено, за нашу праксу је упутно размотрити поступак уређивања медијације у Италији и ставове које су италијански адвокати заузимали у овом процесу.

Треба истаћи да су италијански адвокати са подозрењем пратили измене закона о медијацији, те да су њихове примедбе биле сличне примедбама које износе српски адвокати на законодавна решења из ове области. Међутим, у каснијој примени закона показало се да су колеге из Италије пронашле свој интерес у медијацији. Ако је то пошло за руком италијанском колегама, да ли је могуће да се оствари и код нас?

У Италији адвокатура има повлашћени положај у медијацији у односу на друге учеснике у поступку медијације. Као прво, потпуно је слободно формирање центара за медијацију при адвокатским коморама. Друго, адвокати немају обавезу да пролазе обуку за медијаторе, иако су касније добили препоруку да је потребно да се едукују и из области медијације.

⁷ Council of Europe European Commission for the Efficiency of Justice – CEPEJ.

⁸ *Mediation Development Toolkit*, доступан на <https://rm.coe.int/cepej-2019-9-en-handbook/1680951928>. Овај приручник је сачињен за примену *CEPEJ Guidelines in Mediation*, докумената који су сачињени за помоћ државама–чланицама Савета Европе у промоцији медијације, као и за спровођење конкретних поступка медијације.

Иначе, како је наведено, и у припреми и доношењу италијанског прописа, покретана су иста питања која се данас разматрају и у Србији. Тако су адвокати имали став да је медијација поступак који по свој природи представља оно што адвокати свакако раде. Ово је и за Србију потпуно тачно с обзиром да Закон о адвокатури⁹ ближе одређује да посредовање, у циљу закључења правног посла или мирног решавања спорова и спорних односа, представља пружање правне помоћи.

У Италији медијатор може бити особа из било које професије (ви-сока стручна спрема). Ово је у Италији један од камена спотицања у погледу медијације, као што је то случај и у Србији; наиме, овакво решење постоји и код нас од 2005. године када је ступио на снагу Закон о посредовању-медијацији.¹⁰ У Србији има 1.024 лиценцираних медијатора.¹¹ Није реално очекивати да се укину лиценце онима који су је стекли. Тако и у Италији и даље сви који имају лиценцу раде као медијатори, с тим што се готово сви налазе на листама центара за медијацију. Чак и у центрима за медијацију који нису при адвокатским коморама, већину медијатора чине адвокати (и то у високом проценту – и до 80%).

4. „Судски повезана” медијација

У Италији је медијација заживела, али и из једног посебног разлога. Наиме, италијански Закон о медијацији је предвидео обавезни *први* састанак са медијатором (ово би могло да се назове „судски повезаном медијацијом”); одржавање овог првог састанка представља процесну претпоставку за вођење судског поступка.

Уколико се одржавање оваквог првог састанка лимитира и реализује у временском оквиру од три месеца, не сматра се да је повређено право на ефикасну судску заштиту. Наведено решење је успешно прошло тест Европског суда правде у Луксембургу; овај Суд је у два случаја решавао по овом питању и у оба случаја је одлучио да се не ради о значајном одлагању које утиче на дужину судског поступка у мери да би се стране могле позивати на повреду принципа ефикасности судске заштите и принципа еквивалентности.¹²

⁹ Закон о адвокатури, *Службени гласник РС*, бр.31/2011 и 24/2012 – одлука УС, чл. 3 тач. 5.

¹⁰ Закон о посредовању-медијацији, *Службени гласник РС*, бр. 18/2005.

¹¹ Податак о броју лиценцираних медијатора на дан 28. јуни 2019. године.

¹² Случајеви: *Judgement of 18 March 2010, C-317/08to C-320/08 Allassini and Others*; *Judgement of 14 June 2017, C-75/16 Menini and Rampaneli v. Banco Popolare Societa Cooperativa*.

Улога адвоката је посебно важна управо приликом првог обавезног састанка са медијатором. Треба у овом контексту истаћи да адвокати, као пуномоћници својих странака који учествују на првом састанку, раде управо свој посао – пружају правну помоћ и саветују своје странке да ли је у њиховом најбољем интересу да закључе споразум о мирном решењу спора. Практично, према решењу италијанског закона, адвокати се потенцијално појављују у две улоге – као медијатори и као пуномоћници својих странака. Није потребно изводити компликоване математичке операције да се дође до закључка колико такав приступ отвара потенцијалних послова за адвокатуру.

Уколико адвокат-пуномоћник странке сматра да је за његову странку целисходније да води спор, он ће од медијатора добити потврду да је странка приступила првом састанку и на тај начин је испуњена процесна претпоставка за вођење спора.

Министарство правде предлаже, у вези са овим решењем италијанског права уколико буде примењено у Србији, да обавезан први састанак у почетку буде нормиран за две врсте спорова. Која ће то врста спорова бити, определиће статистика коју има Врховни касациони суд као и предлози чланова радне групе. Уколико законодавац одлучи да уведе први обавезни састанак са медијатором, у интересу адвокатуре би било да једна од те две врсте спорова буду спорови у вези са накнадом штете, јер би на тај начин адвокатура могла да прати број и учесталост заступања у овим поступцима. Последњих петнаест до двадесет година драстично се повећао број агенција које се баве надриписарством и, у спрези са појединим институцијама, потпуно су преузеле заступање у овим предметима, а који неспорно спадају у домен адвокатуре.

5. Заступање странака на обавезном првом састанку

Оно што би у нашем случају свакако требало решити је питање обавезности заступања страна при првом обавезном састанку. У Италији постоји одредба, која је јединствена по свом решењу у односу на остала национална законодавства земаља чланица у Европске уније, да је у поступку медијације *обавезно* заступање од стране адвоката. Ово би било пожељно и из угла наше адвокатуре, али за такво решење постоји препрека, јер је из актуелног Закона о парничном поступку брисана, одлуком Уставног суда, одредба члана 85, која је говорила о обавезном заступању од стране адвоката. Разлог за овакву одлуку Уставног суда било је становиште да се на тај начин странке доводе у неравноправан

положај, јер у то време није било важећег Закон о бесплатној правној помоћи. Како је Закон о бесплатној правној помоћи усвојен 2018. године (а примена је одложена за октобар 2019. године),¹³ испуњени су сви услови да се ова одредба врати у Закон о парничном поступку.¹⁴ Међутим, чак и да дође до измена која адвокатура сасвим оправдано тражи, није извесно да ће предлагач измена Закона о посредовању унети овакво решење у нацрт текста.¹⁵

6. Форма споразума о мирном решењу спора као извршна исправа

Ако стране ипак дођу до споразума, улога адвоката у медијацији у Италији добија и једну нову димензију. Под условом да обе стране имају адвоката-пуномоћника, а желе да њихов споразум има снагу извршне исправе, поред постојања клаузуле извршности у самом споразуму, адвокати (обе стране) стављају печат на споразум чиме он добија снагу извршне исправе. Ово је нова форма правног посла – споразума уведена у италијанско право. Увођење оваквог облика споразума о мирном решењу спора, уколико би се слично решење применило и у нас, могао би се оценити као значајно за адвокатуру; после низа година одузимања правних послова из руку адвокатури, ово је разумно и оправдано решење које би, преузето из италијанске праксе, могло да заживи и у Србији.

Према садашњем позитивном пропису, споразум из поступка медијације може добити снагу извршне исправе искључиво ако је оверен од стране јавног бележника (при том, пракса није уједначена у погледу тога да ли је потребна обична легализација потписа или солемнизација – ово друго решење је свакако нужно ако је у питању непокретност). Наравно, нема никаквог оправдања за садашње законско решење да потписи адвоката, који су учествовали у постизању споразумног решења спора, нису довољни да споразуму обезбеде снагу извршне исправе.

7. Врсте медијације

Према предложеним изменама о којима се расправља у радној групи за измену Закона о посредовању искристалисале су се две врсте

¹³ Закон о бесплатној правној помоћи, *Службени гласник РС*, бр.87/2018.

¹⁴ Закон о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр.72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС, 55/2014 и 87/2018. Предлог у овом смислу је већ раније упутила Адвокатска комора Србије надлежном Министарству правде а сада је овај захтев поновљен у току рада радне групе на измени Закона о посредовању.

¹⁵ Овакав предлог је већ упућен од стране адвокатури радној групи која ради на изменама Закона о посредовању, али није наишао на добар пријем.

поступака медијације – редовна медијација и судски повезана медијација. Поред ове главне поделе, постоји и подела на судску медијацију (насталу у току судског поступка), те на уговорну медијацију. Прва подела је из угла адвокатуре свакако актуелнија. Сматрам да се те две врсте медијације (редовна медијација и судски повезана медијација) суштински разликују те да је неопходно посебно нормирање односно различито нормирање за сваку од њих.

Судски повезана медијација подразумева висок степен правничког знања и пожељно је да медијатори, као и пуномоћници страна, на првом обавезном састанку буду адвокати; обзиром да је први обавезни састанак процесна претпоставка за вођење судског поступка, потпуно је разумљиво решење да овај поступак воде стручњаци – адвокати.

Упоредно-правно посматрано, постоје различита решења у погледу начина регулисања обе врсте медијације. У сваком случају, могуће је нормирање ове материје у оквиру једног закона, док је друго решење да се иде на два посебна прописа, где би судски повезана медијација била потпуно издвојена од осталих случајева медијације (што по мом мишљењу било најисправније с обзиром на природу и форму судске медијације).

8. Подстицај адвокатима да се залажу за медијацију

На радној групи која ради на измени Закона о посредовању у решавању спорова изнет је предлог који се тиче Тарифе о наградама и накнадама трошкова за рад адвоката¹⁶ – конкретно је разматрано питање награде за рад адвоката приликом првог обавезног састанка. На основу чињенице да у Адвокатској тарифи постоји могућност уговарања процентуалног износа у односу на успех у спору, те да многи адвокати неће препознати интерес да саветују своје клијенте да приступе закључењу споразума у медијацији, предложено је да се адвокатима призна више-струко увећање награде за радњу заступања на првом обавезном састанку, као стимулативна мера како би медијација у Србији заживела. Наравно, овакво решење би изискивало и промену саме Тарифе.

Можда је излишно, али у овом контексту се мора напоменути да нико не може бити приморан да постигне споразум о мирном решењу спора приликом првог обавезног састанка. На адвокатима је да процене да ли су услови споразума у најбољем интересу њихових странака.

¹⁶ Тарифе о наградама и накнадама трошкова за рад адвоката, *Службени гласник РС*, бр.121/2012.

9. Медијатори као посебна професија?

За адвокатуру је спорна намера Министарства правде да медијатори постану посебна професија. Наиме, на радној групи за измену Закона о посредовању изнет је предлог да се медијаторима дозволи да се региструју, као предузетници, у Агенцији за привредне регистре. Иако постоји интенција да сви медијатори буду на листама центара за медијацију, ово је проширивање списка новостворених правосудних професија. То отвара и питање израде печата медијатора, јер по важећем пропису тако нешто није дозвољено. Уколико овакво решење нађе место у измењеном Закону о посредовању, јасно је да ће се и одредба о постојању печата мењати.

III. Закључне напомене

У већем делу предлози који су изнети у раду радне групе за измену Закона о посредовању иду на руку адвокатури. Међутим, има и таквих који ће несумњиво отворити дискусију о оправданости.

Не може се са сигурношћу рећи да ли ће све оно што је изнето у раду радне групе заиста и наћи своје место у коначном предлогу текста измена Закона о посредовању. Сви предлози који су изнети на састанцима радне групе за измену Закона о посредовању јесу начелни. До овог тренутка није предложен текст измена Закона. Очекује се да ће се први текст појавити најраније у септембру када радна група треба да настави рад

Управни одбор Адвокатске коморе Србије прати рад радне групе кроз поднете извештаје представника адвокатури на самим седницама Управног одбора, као и кроз материјал који је достављен о раду радне групе.

Од велике је важности да се у јавну расправу о нацрту Закона о посредовању укључи што више адвоката, како би коначна решења добила на квалитету. Ово би, без сумње, довело и до побољшања положаја адвоката у поступцима посредовања, јер је њихова улога у овој области не само предодређена дефиницијом пружања правне помоћи, него и суштински неопходна и незамењива.

Tanja Arsić

attorney at law in Novi Sad

ADVOCACY AND MEDIATION

Summary

Author discusses the issues of particular interests for the attorneys, open during the work of working group preparing the amendments to the Law on Mediation in Settlement of Disputes. The article presents the solutions of different matters related to the mediation, found in comparative law and international legal sources, serving as the models for the preparatory analysis of the working group, and examines their applicability in Serbian practice. The author encourages participation of the attorneys at law in the public debate related to the amendments to the Law on Mediation in Settlement of Disputes, thus contributing to the quality of the new solutions of great importance for the role and position of the members of the profession.

Key words: conciliaiton, mediation, advocacy, scope of attorneys' services, public notaries, mediator

UDK 347.513:332.264.4(497.11)
349.42(497.11)

Милисав А. Аџић

дипломирани инжењер, судски вештак из Лазаревца

УТВРЂИВАЊЕ ПРАВИЧНЕ НАКНАДЕ ЗА ЕКСПРОПРИСАНО ПОЉОПРИВРЕДНО ЗЕМЉИШТЕ

Сажетак

У раду се анализира судска пракса у примени Закона о експропријацији и указује на неправилности у одређивању правичног износа накнаде за експроприсане непокретности у области пољопривредне производње. Проблематика утврђивања износа правичне накнаде за експроприсане непокретности из функције пољопривредне производње разматра се са становишта судског вештака пољопривредне струке; при том се дају примери из праксе експропријације пољопривредног земљишта за потребе експлоатације минералних сировина. Аутор сматра да Закон о експропријацији садржи недоречене одредбе које су резултирале непоузданом судском праксом (а сликовито се објашњава да је до овога дошло посматрањем ситуације из тзв. „мртвог угла“). Из овога аутор извлачи закључак да је потребно покренути озбиљну стручну расправу о начелу правичности приликом одређивања накнаде за експроприсане непокретности у светлу Закона о експропријацији. Аутор, такође, разматра обавезе судских вештака приликом вештачења висине накнаде за експроприсано пољопривредно земљиште. У чланку се указује и на то да експропријација пољопривредног земљишта за потребе енергетског сектора доводи до неповољних тенденција у пољопривреди, те да се мора водити рачуна о усклађеном развоју оба сектора привреде.

Кључне речи: експропријација, пољопривредно земљиште, правична накнада, тржишна цена, судска пракса, вештак

I. Увод

Закона о експропријацији¹ садржи недоречености које су узроковале различита тумачења одредби чланова 1, 42, 45. и 69. тог прописа. Ова тумачења су се временом уједначила и кондензовала у непоуздану судску праксу у поступку одређивања правичног износа накнаде за експроприсане непокретности у области пољопривредне производње.

Експропријација по ЗОЕ реализује се у четири фазе: утврђивање општег интереса, експропријација, утврђивање износа правичне накнаде за експроприсану непокретност и увођење корисника експропријације у посед експроприсане непокретности. Ниједна од наведених фаза не може почети док акти претходне фазе не постану правноснажни. Ако се поштује принцип јединствености правног система као императивног начела технике тумачења правних норми, не може се превидети чињеница да је актом експропријације, већ у првој реченици његовог диспозитива, наведена сврха експропријације непокретности и тиме тој непокретности одређен нов карактер; у овом смислу, експроприсано пољопривредно земљиште за потребе експлоатације минералних сировина добија карактер грађевинског земљишта и тржишну цену адекватну том карактеру. Међутим, наша судска пракса не следи такву логику, те је потребно утврдити зашто судови тако поступају. У одговору на ово питање могуће је да правници и агрономи не дају једнак одговор.

Судском праксом у одмеравању казни за бројне скривљене саобраћајне удесе ове врсте, у потпуности је раскринкана улога феномена такозваног „мртвог угла” у друмском саобраћају.² Међутим, ово није

¹ Закон о експропријацији – ЗОЕ, *Службени гласник РС*, бр. 53/95, *Службени лист СРЈ*, бр. 16/2001, *Службени гласник РС*, бр. 20/2009, 55/2013, 106/2016..

² У саобраћају се онај простор који није ни помоћу уграђених ретровизора на возилу обухваћен видним пољем возача са места управљања возилом, назива „мртви угао”. Превиђање те чињенице у тренутку доношења одлуке о започињању претицања више возила на путу, често је узрок тешких саобраћајних несрећа званих – „налетање”. Одговорност за такву несрећу, ако је актери преживе, је несумњиво обострана, али различито подељена, већ према мери стицаја срећних околности у несрећи. Оба учесника саобраћајног удеса тврдиће да нису скривили несрећу. Возач првог возила у претицању на које је налетело друго возило у претицању тврдиће да је претицање предузео пошто се претходно уверио да су услови за то били потпуно испуњени, тј. да ни иза ни испред његовог возила није било других возила у претицању, већ да је лева коловозна трака била сасвим слободна. Он сведочи оно што је видео, али превиђа могућност да ипак у тренутку започињања претицања није могао видети возило затечено у „мртвом углу”, које је емитовало сигнал за претицање. Возач налетелог возила, чиниће исти превид тврдећи да је започео претицање у прописно безбедним условима, и да је усред претицања у томе био ометен излетањем другог возила из претицане колоне. Који возач

постигнуто и у другим подручјима права у којима се ни не слуги могућност присуства поменутог феномена. Подручје експропријације непокретности, а пре свих, експропријације земљишта и вишегодишњих засада на њему, најочигледнији су пример су за то. Наиме, неуобичајен начин тумачења неких одредби ЗОЕ отворио је могућност испољавања феномена „мртвог угла” и у пољу пажње њихових тумача, те се на тај начин усталила непоуздана судска пракса која одудара од обавезе поштовање начела правичности.

II. Узроци различитог тумачења одредби ЗОЕ

Одступање од технике тумачења правних норми које се тичу експропријације непокретности није се десило одједном и истовремено у целокупном српском судству, већ постепено, у појединим основним судовима и у времену дужем од пола века, да би на крају добило садашњу формулацију. За сврхе даљег разматрања задржаћемо се на тумачењу одредби чланова 1, 42, 45. и 69. ЗОЕ.

Основни закон којим је уређена материја експропријације донет је у време социјалистичког друштвеног поретка у Републици Србији, када је социјална компонента нашег друштва била наглашена и гарантована Уставом. Зато је формулацијом одредбе члана 1. тог Закона било поентирано начело правичности: „Непокретности се могу експроприсати или се својина на њима може ограничити, само уз *правичну накнаду* која не може бити нижа од тржишне цене непокретности, ако то захтева општи интерес утврђен на основу закона”.³ Ова одредба унета је у Закон са превасходним циљем да се заштити економски интерес противника експропријације, на шта несумњиво указује наведена формулација којом је наглашена обавеза поштовања начела правичности као неизбежног услова за експроприсање непокретности. Одредбом је загарантован и начин испуњења тог услова, тако што је одредба предвиђала и да накнада „не може бити нижа од тржишне цене непокретности”. И управо овај део наведене одредбе члана 1. некадашњег Закона о експропријацији био је погрешно протумачен и примењиван у нашој судској пракси током више минулих деценија, па све до данас.

Погрешно тумачење одредбе члана 1. Закона о експропријацији не може се друкчије објаснити сем стицајем околности за испољавање утицаја феномена „мртвог угла” у пољу пажње тумача ове правне норме.

је више крив у сваком поједином случају ове врсте успешно ће пресудити веће судија уз помоћ компетентних судских вештака.

³ Ранији Закон о експропријацији (подвлачење додато).

1. Како је утврђивана цена експроприсаног земљишта за потребе одређивања правичног износа накнаде

У утврђивању правичне накнаде треба поћи од премисе да је правичан износ накнаде за експроприсану непокретност онај новчани износ који је једнак користи коју је ранији власник непокретности имао од ње пре експропријације. Ако је у питању пољопривредно земљиште, онда је износ правичне накнаде једнак висини једногодишњег катастарског прихода са експроприсаног земљишта. Ако вештак пољопривредне струке, на пример, утврди да је катастарски приход од експроприсаног земљишта био 117.500 дин/ха годишње, износ правичне накнаде за то земљиште био би једнак суми новца која, депонована на штедњу по општој каматној стопи на депозите по виђењу, даје годишњу дивиденду једнаку вредности катастарског прихода од 117.500 динара. Ако је општа каматна стопа 6%, онда је правичан износ накнаде за то земљиште 1.958.333,33 динара, а то значи да је тржишна вредност тог земљишта 19.583,33 дин/ар или 165,39 евра/ар. Међутим, када суд прибави податке о тржишној цени земљишта од надлежне службе за утврђивање пореза на пренос апсолутних права на непокретностима, испостави се да је цена земљишта у слободном промету нижа и да се креће од 30 до 50 евра по једном ару. У том случају, судије прихватају цену од 50 евра/ар, као израз правичне накнаде. Тако судије разумеју смисао напред наведене одредбе члана 1. ЗОЕ.

Наведеном одредбом непосредно су уведени појмови: *правичност* и *тржишна цена*, а посредно, и у њиховом општем значењу, појмови: *цена*, *тржиште* и *роба*. Међутим, ниједном појашњавајућом одредбом није речено шта се у смислу овог закона подразумева под тим појмовима. А такво појашњење било је потребно с обзиром на чињеницу да у поступку утврђивања износа правичне накнаде за експроприсано земљиште и биљне засаде на њему, поред судија, учествују и судски вештаци, који не морају да знају шта се подразумева под појмом *правичност*, ако о томе не постоји законско објашњење или ако у некој прилици није било претходног изјашњења судије.

Вишедеценијска судска пракса, са бројним доказима у виду судских одлука у архивама судова, показала је да се мишљење судија и судских вештака пољопривредне струке о значењу појмова *тржиште* и *тржишна цена земљишта* битно разликују, те да су бројна судска решења о утврђивању висине износа накнаде за експроприсано земљиште донета супротно мишљењу судских вештака који су учествовали у решавању конкретних предмета. То се готово редовно догађало у свим предметима

где је вештак тржишну цену земљишта извео из чистог прихода или из катастарског прихода са експроприсаног земљишта, а суд је, противно налазу вештака, за меру правичности уважио цену земљишта узету из евиденције промета земљишта на тржишту неограничене конкуренције, уместо цене са тржишта ограничене конкуренције, какво је подручје експропријације, за које се води посебна евиденција цена на основу одредбе члана 69. важећег ЗОЕ (која је преузимана из ранијих верзија закона који су уређивали ову материју).⁴

Ова законска одредба, међутим, није никада заживела у нашој судској пракси, јер ниједан министар финансија у Влади Републике Србије у претходних педесет година није поступио по Закону и прописао садржину и начин вођења поменуте евиденције. То је разлог што надлежни органи општинске управе немају податке о експроприсаним непокретностима, па не могу ни да их дају на увид судским вештацима, а ни основном суду кад он то службено захтева у циљу решавања предмета за утврђивање накнаде за експроприсану непокретност.

У недостатку евиденције прописане чланом 69. ЗОЕ, општински орган управе надлежан за утврђивање пореза на пренос апсолутних права на непокретностима доставља суду на његов захтев податке о тржишној цени земљишта, узетој из евиденције промета на тржишту неограничене конкуренције, а судови прихватају те податке као релевантну меру правичне накнаде за експроприсано земљиште, иако знају да из два важна разлога подаци из те евиденције нису поуздани – прво, зато што саговорачи из општепознатог разлога не пријављују пореском органу стварно уговорену купопродајну цену, већ знатно нижу, и, друго, зато што су понуђачи земљишта на продају на тржишту неограничене конкуренције мотивисани врло различитим разлозима који пресудно утичу на висину постигнуте продајне цене. Земљиште се често продаје купцу из ближег продавчевог окружења, па је купац утолико пре упознат са продавчевим разлогом за отуђење својине на земљишту. И ти разлози доводе до ситуације да се не може очекивати постизање цене која је реални израз вредности земљишта (неко, на пример, продаје земљиште ради прибављања новца за лечење, за плаћање дуга насталог из различитих разлога, за намирење каквог другог неминовног и неодложног издатка, или се ради о арондацији земљишног поседа, па се продаје по

⁴ ЗОЕ, члан 69: „Општинска управа води евиденцију о експропријацији непокретности за територију општине.// Садржину и начин вођења евиденције о експропријацији непокретности прописује министар финансија.// Збирне податке евиденције из става 1. овог члана, за свака три месеца, општинска управа доставља министарству надлежном за послове финансија”.

нижој цени земљиште удаљено од куће продавца, а купује по вишој цени земљиште ближе његовој кући, итд.). Међутим, кад се ради о експропријацији земљишта, као акту промета земљишта на тржишту ограничене конкуренције, где противник експропријације не нуди земљиште на продају, јер му је оно материјална основа за стицање дохотка, не може се сматрати релевантном мером правичне накнаде цена земљишта остварена на тржишту неограничене конкуренције; на том тржишту су у конкурентској утакмици за земљиште понуђено на продају укључена, на једној страни, лица која земљиште продају односно купују из различитих разлога, а на другој страни, у случају експропријације, у питању су домаћини који живе од прихода оствариваних у пољопривредној делатности на земљишту које је предмет експропријације.

Са овим појашњењем разлике у ценама земљишта из евиденције промета на тржишту неограничене евиденције и ценама на тржишту ограничене конкуренције, какво је тржиште на подручју експропријације, јасно је да ове две евиденције не могу заменити једна другу.

Највећи број судских вештака пољопривредне струке, руководећи се линијом слабијег отпора, подлегао је притиску погрешног тумачења смисла наведене одредбе члана 1. ЗОЕ; разлог за ово није само у томе што вештаци нису желели да се супротстављају ауторитету судија, већ се разлог може наћи у чињеници да утврђивање тржишне цене земљишта на начин који заступају корисници експропријације, а судије здушно подржавају својим одлукама, не захтева никакво стручно знање, већ се улога судског вештака своди на улогу сведока, који сведочи о ваљаности тржишних цена земљишта из евиденције органа општинске управе надлежног за наплату таксе на пренос апсолутних права.

Утврђивање тржишне цене земљишта врло је сложен поступак, који захтева не само специјалистичко познавање пољопривредних наука, већ и разумевање значења и смисла правног појма *правичности*, у мери која је потребна за одређивања накнаде за експроприсано земљиште. У поступку утврђивања накнаде за експроприсано земљиште јавља се управо неразумевање појмова *тржиште*, *цена*, *тржишна цена*, *роба* и *правична накнада* могу се испољити различита схватања, односно гледање из различитих углова, судије и судског вештака, као главних актери поступка одређивања накнаде – судија превиђа чињеницу да судски вештак не познаје значење појма *правичности*, а вештак превиђа чињеницу да судија нема знање о особености тржишне цене земљишта. Какву год цену земљишта да је утврдио вештак, на коју корисник експропријације нема примедби, судија ће закључити да је вештачење обављено квалитетно, без обзира што противник експропријације није задовољан резултатом

вештачења; с друге стране, вештак ће на основу реакције судије и ко-рисника експропријације закључити да је у потпуности одговорио задатку вештачења. Тако се поменути феномен „мртвог угла” појављује као „разроко” становиште, заузето на основу посматрања истих чињеница од стране судије и судског вештака, али из различитих и међусобно незамењивих углова посматрања – судија не може да види израз правичне накнаде из визуре пољопривредне струке, а пољопривредни стручњак не може да сагледа израз правичне накнаде из ракурса правне науке и праксе. Ако је разроконост природни феномен који се не може приписати у кривицу његовом носиоцу, може се рећи да ни у случају различитих ставова код утврђивања правичне накнаде нема кривице ни на судији ни на судском вештаку. Оно што се мора, међутим, приметити је да штетне последице од нереално утврђеног износа накнаде за експроприсано земљиште трпи противник експропријације.

2. У чему је посебност земљишта као непокретног добра

Као претходно питање за квалификовану расправу по овој теми, намеће се потреба подсећања на значење економских појмова: роба, цена и тржиште. *Роба* је производ људског рада, намењен подмирењу неке човекове потребе преко тржишта, у условима слободне тржишне конкуренције, тј. слободног деловања основног закона тржишне привреде – закона понуде и потражње. *Цена* је новчани израз вредности робе. *Тржиште* је свако сучељавање понуде и тражње, без обзира на место, време и облик купопродајних послова. Према томе, у тржиште се може убројати и месно надлежни орган имовинско-правних послова, пред којим се чини покушај склапања споразума о висини накнаде за експроприсане непокретности. Ову дефиницију имао је у виду законодавац кад је формулисао одредбу члана 69. Закона о експропријацији.

Земљиште је једино непокретно добро које нема својства робе, јер се не уклапа у дефиницију појма *роба*. Да би неко материјално добро имало карактер робе, оно мора имати ова четири својства: – прво, да је производ људског рада; – друго, да има непосредну употребну вредност за човека; – треће, да се у циљу робно-новчане размене износи на тржиште и, – четврто, да на тржишту влада закон слободне понуде и потражње. Ако сада експроприсано земљиште посматрамо у светлу дефиниције појма *роба*, уверићемо се да земљиште нема ни једно од четири поменута својства робе – није производ људског рада, већ је природна творевина; – нема непосредну употребну вредност, већ посредну преко пољопривредних производа са земљишта; – не нуди се и не износи земљиште на тржиште, већ се нуди одговарајући облик

земљишне ренте, као економски израз земљишног власништва. Кад је реч о експропријацији земљишта, нема слободног деловања закона понуде и потражње, већ је на делу државна принуда у општем интересу основаном на закону. Али, принуда постоји само у односу на право располагања добром, а не и на висину цене земљишта.

3. Специфичност методологије за утврђивање тржишне цене земљишта

Специфичност методологије за утврђивање правичног износа накнаде за експроприсано земљиште и вишегодишње засаде на њему одликује се полазним становиштем да земљиште није роба и да зато не може имати цену, пошто је цена новчани израз вредности робе, а готову не може имати тржишну цену, јер се, како је наведено, не износи на тржиште.

Појам *цена*, разврстан је, на основу различитих критеријума, у више категорија, као што су: цена коштања, тржишна цена, извозна цена, увозна цена, заштитна цена, гарантована цена, дампиншка цена итд., али је *цена коштања* основа сваке друге цене, јер је сачињавају укупни трошкови за настанак јединице мере сваке поједине врсте робе. Земљиште, како већ знамо, нема цену ни у једном поменутом виду. Израз *тржишна цена земљишта* у одредби члана 42. ЗОЕ употребљен је у колоквијалном облику, са којим се сусрећемо у свакодневном говорном саобраћају, како би и лаици, као учесници поступка експропријације, знали шта је предмет расправе, а правно значење овог појма односи се заправо на одговарајући вид једног од четири појавна облика земљишне ренте: апсолутна, диференцијална један, диференцијална два, и монополска рента.

Рента је економски израз земљишног власништва, чију суштину и пуни смисао разумеју правници, економисти и агрономи, који се баве утврђивањем износа правичне накнаде за експроприсано земљиште и друге непокретности. Код сазнања да је у смислу ЗОЕ појму тржишна цена земљишта еквивалент земљишна рента у облику прилагођеном експропријацији и стицају тржишних околности, за експроприсано земљиште у сврху изградње објеката, који ће по завршетку изградње бити у функцији пољопривредне производње, правичан износ накнаде изводи се из једног од прва три облика земљишне ренте, а када је земљиште експроприсано у сврху експлоатације минералних сировина, тржишна цена земљишта се изводи из монополске ренте.

У време социјалистичког друштвено-политичког поретка у Републици Србији, право на монополску ренту имала је држава, а од 2000.

године, кад се друштвено-политичко уређење вратило у капитализам, право на монополску ренту у поступку утврђивања износа правичне накнаде за експроприсано земљиште имају појединци од којих је експроприсано земљиште за експлоатацију минералних сировина.

Одлука о виду ренте који ће бити коришћен у сваком поједином предмету у компетенцији је пољопривредних стручњака. Међутим, судска пракса, у којој се подаци о ценама земљишта на тржишту неограничене конкуренције замењују за податке о ценама земљишта на тржишту ограничене конкуренције, какво је подручје експропријације, наводи на закључак да смисао одредаба чланова 42. и 45. ЗОЕ није исправно протумачен, пре свега у погледу појмова *тржиштинe* и *тржишна цена земљишта* употребљених у члану 42. овог Закона. На основу педесеттворогодишњег искуства на пословима судског вештака у предметима утврђивања накнаде за експроприсано земљиште, уверио сам се да игнорисање значаја одредбе члана 69. ЗОЕ није спонтана последица неразумевања и погрешног тумачења, већ свесна и стратешки циљана намера, срачуната на запостављање развоја области пољопривреде. Да није тако, не би се покушаји склапања споразума о висини накнаде за експроприсано земљиште пред органом управе надлежним за имовинско-правне послове сводили на пуку формалност, која се одвија по увек истом сценарију, о ком се не води записник са стварно изреченим изјавама корисника и противника експропријације. По том сценарију, корисник експропријације за експроприсано земљиште нуди накнаду по цени земљишта на тржишту неограничене конкуренције, и очекује да све могуће (а међу њима и непожељне или изнуђене) мотивације за понуду земљишта на продају буду мера правичности у поступку утврђивања износа накнаде за експроприсано земљиште од домаћина којем је земљиште материјална основа за стицање дохотка, а не средство за премошћавање стицаја околности у животу (понекад и несрећних) које су мотив за продају земљишта.

Кад се противник експропријације не сложи са понуђеном ценом корисника експропријације и затражи већи износ цене, он бива категорично одбијен уз увек исти коментар, који никада није унет у записник, а гласи: „То нећеш никада добити, можеш само да се судиш петнаест година...”. Тако се и догађало онима који су неограничено веровали у доследност нашег правосуђа, па ваљда зато никада нико није затражио да се тај коментар унесе у записник органа општинске управе надлежног за имовинско-правне послове, а тај коментар био је најјачи аргумент којим је ломљена воља противника предлагача експропријације у борби за остварење права на правичну накнаду за експроприсану непокрет-

ност. Примера који потврђују ову констатацију има превише у судским архивама, а што се може илустровати и догађајима везаним за експропријацију пољопривредног земљишта у селима у околни Лазаревац за потребе површинског копа лигнита у Колубарском базену.⁵

Хармонизација развоја енергетике и пољопривреде на подручју површинских копова лигнита може се остварити само правичном накнадом за експроприсане непокретности у функцији пољопривредне делатности.⁶ При том, треба имати на уму да се не ради о захтеву правичности у односу на појединачна пољопривредна домаћинства захваћена процесом експропријације, већ о правичној накнади са становишта целог насеља захваћеног експропријацијом и са становишта укупне области пољопривреде. Са правног становишта, начело правичности биће

⁵ Почетком шездесетих година прошлог века, Тихомир Димитријевић звани „Шерпа“ из села Миросаљаца у општини Лазаревац, платио је животом своје супротстављање поступку увођења у посед од њега експроприсаних непокретности за потребе ширења површинских копова лигнита у Колубарском басену. Поступајући по наређењу сагласном опису послова његовог радног места, полицајац је испалио из карабина хитац у груди овог човека и тако на очигледан, врло једноставан и уверљив начин предочио исход будућих неслагања противника експропријације са тумачењем начела правичности у смислу ЗОЕ. Други пример је предмет одређивања накнаде за експроприсано земљиште и вишегодишње биљне засаде на њему од правног претходника Славка Димитријевић из Београда у Другом основном суду у Београду, који се води пуних тридесет година (од 1986. године), и сада је по жалби на решавању у другостепеном суду. Трећи пример је предмет за одређивања накнаде за експроприсан земљишни посед Милицаве Димитријевића из Барошеваца у општини Лазаревац, у којем се поступак води више од две деценије, у којем је од првог домаћина, напредног пољопривредника са познавањем пољопривредне науке и технике на нивоу инжењера пољопривреде, Милицав Димитријевић доспео безмало на ниво социјалног случаја, јер су му се током дуготрајног мучног трајања процеса трагања за правдом у поступку утврђивања правичног износа накнаде за експроприсано пољопривредно домаћинство, отањиле и покидале породичне везе.

⁶ Са ширењем експлоатационог поља површинских копова лигнита у Колубарском базену отворен је процес смањивања насеља Барошевац и осталих села у његовом непосредном окружењу, како по површини тако и по броју становника, и уз све то, мењао се и привредни карактер насеља. Угасила се пољопривредна задруга која је на принципу кооперативне сарадње са земљорадницима била носилац развоја пољопривреде. Са смањењем броја пољопривредних домаћинстава оријентисаних на сточарску производњу, смањило се и број грла стоке, па се угасила и ветеринарска амбуланта. Изменила се старосна структура становништва у негативном смеру, јер се омладина није могла одређивати за пољопривредну делатност у месту које се смањује и нестаје. Барошевац је једно од десет несталих пољопривредних села у Колубарској Шумадији, са којима су нестале и пољопривредне задруге, што је пример очигледне последице нехармонизованог развоја привреде, кад се енергетика развија на штету пољопривреде, која се иначе у стратегији дугорочног развоја привреде Републике Србије проглашава једнако важном као и енергетика.

задовољено ако је противник експропријације задовољан износом исплаћене накнаде за експроприсане непокретности коришћене до експропријације у функцији пољопривредне производње. Али, са становишта укупне пољопривредне делатности односног пољопривредног подручја, накнада је неправична. Зато што се појединачним исплатама накнада пољопривредним домаћинствима, развученим на вишедеценијски период, не може остварити критична маса финансијских средстава са којима би се одговарајућом кредитном политиком могли изградити важни објекти у функцији пољопривредне производње и прераде, као што су хладњаче, кланице, системи за наводњавање, силоси и други складишни простор за пољопривредне производе. Управљање тим капацитетима функционисало би на принципима пољопривредног задругарства. Такав начин остваривања начела правичности у поступку одређивања накнаде за експроприсане непокретности у пољопривредној делатности, подразумева другачију правну регулативу, по којој једнократно исплаћен износ накнаде за експроприсане пољопривредне непокретности не би био умањиван есконтовањем на моменат исплате, под условом да наплаћена средства буду инвестирана (тј. враћена) функцији пољопривредне производње.

Поступак утврђивања правичног износа накнаде за експроприсано пољопривредно земљиште подразумева израду калкулација производње свих пољопривредних култура које су се производиле на том земљишту. Ако се на експроприсаном земљишном поседу одвијала мешовита пољопривредна производња (ратарска, воћарска, повртарска, виноградарска и прерађивачка), онда се ради производно-финансијски биланс пословања целокупног земљишног поседа по гранама специјалности, па се капитализацијом катастарског прихода сваке посебне гране производње општом каматном стопом на депозите по виђењу добија износ новца који би депонован на штедњу за годину дана донео дивиденду једнаку једногодишњем катастарском приходу. Новчани износ добијен капитализацијом катастарског прихода са неке површине земљишта представља тржишну цену тог земљишта. Ако је тако добијен износ вредности земљишта једнак или виши од износа који би се добио продајом истог земљишта на слободном тржишту, онда је добијени износ накнаде капитализацијом катастарског прихода износ правичне накнаде за то експроприсано земљиште; ако је, пак, тако добијен износ мањи од износа који би био добијен продајом земљишта на слободном тржишту, износ добијен на слободном тржишту је израз правичне накнаде (зато је у одредбу члана 1. ЗОЕ унет онај део који се односи на правичну накнаду и који одређује да накнада „не може бити нижа од тржишне цене“).

Тако добијена вредност катастарског прихода, као израз правичне накнаде, увећава се фактором просечне профитне стопе делатности у корист које је експроприсано пољопривредно земљиште.

Кад се ради о утврђивању правичног износа накнаде за вишегодишње биљне засаде, као што су воћњаци, виногради, хмељаници и сл., одредбом члана 45. ЗОЕ прописан је редослед операција за утврђивање вредности засада тако да се, прво, на основу члана 42. овог Закона утврђује вредност земљишта па се њој додаје вредност неамортизованих инвестиција за подизање и одржавање процењиваног засада, а том збиру се онда додаје износ чистог приноса који би тај засад дао, с обзиром на своју старост и плодност, за онолико година колико је потребно да се подигне и да ступи у пуну родност нов вишегодишњи засад. С обзиром на чињеницу да се тржишна цена земљишта (одговарајући вид земљишне ренте) изводи из катастарског прихода, како је напред појашњено, редослед радњи за утврђивање вредности воћног засада прописан одредбом члана 45. ЗОЕ је практично неизводљив, поготову ако се по устаљеној погрешној судској пракси вештачење поверава двојници вештака, тако да један утврђује тржишну цену земљишта, а други цену воћних стабала. У том случају, вештак чији је предмет вештачења тржишна цена земљишта је сувишан, јер је везан резултатом вештачења другог вештака чији је задатак утврђивање катастарског прихода од воћних стабала.

Методологија за утврђивање вредности воћних стабала, којом се служи један број судских вештака у судовима на подручју града Београда и у приградским општинама, није усклађена са воћарском науком, а ни са одредбом члана 45. став 1. ЗОЕ која одређује како се утврђује вредност односно накнада у оваквим случајевима.⁷ Мањкавост методологије неких вештака испољава се заменом појма *економско њлодоношење* са појмом *џуна родности*, па они у својим налазима наводе да у пуну родност ступа коштичаво и јабучасто воће са пет година а орах са десет година, што је нетачно, јер коштичаво воће ступа у пуну родност са шест година, јабучасто воће са осам година, а орах и леска са двадесет година. То је период инвестиционих улагања у засаде тих воћних врста, и време потребно за ступање у пуну родност, што потврђује одредба из Закона

⁷ Члан 45. став 1. ЗОЕ: „Накнада за експроприсани виноград или воћњак који даје плодове одређује се тако што се одреди обештећење за земљиште према члану 42. овог закона, па се том износу дода тржишна цена неамортизованих инвестиција уложених за подизање и одржавање таквог винограда или воћњака и износ чистог приноса који би тај виноград или воћњак дао, с обзиром на своју старост и плодност, за онолико година колико је потребно да се подигне и да ступи у *џуну родности* нов виноград или воћњак” (подвлачење додатно).

о порезима грађана, којом је прописано ослобођење од обавезе плаћања пореза за новоподигнути засад воћа за период од шест година за коштичаво воће, осам година за јабучасто воће и двадесет година за леску и орах.⁸ Изговор да поменути закон није више на снази не умањује доказну снагу навода, јер се не ради о захтеву за ослобођење од обавезе плаћања пореза, већ о чињеници да у закону наведени број година инвестиционог периода до пуног плодоношења није узет произвољно већ на основу консултовања најкомпетентнијих стручњака воћарске науке.

III. Закључак

Чињеница да напред изложено виђење новог и животворнијег модела реализације начела правичности на подручју примене ЗОЕ није до сада заживело у нашој судској пракси. Разлог се може наћи и у присуству феномена „мртвог угла” у пољу пажње тумача правних норми, јер се, из навиком устаљеног угла посматрања реализације начела правичности, превиђа стална потреба и могућност права да се са развојем друштва мења и усавршава. Потребно је отворити озбиљну стручну расправу о одредбама ЗОЕ о утврђивању правичне накнаде за експроприсане непокретности, а посебно када се ради о експропријацији пољопривредног земљишта. Мора се у овој расправи поћи од смисла одредби ЗОЕ, те на тој основи ускладити схватања свих учесника поступка, а посебно судија и судских вештака. При том, потребно је имати на уму значај пољопривреде као једне од основних привредних грана у Републици Србији, те потребе да се друге гране (енергетика) не развијају на штету пољопривреде, већ да се обезбеди њихов усклађени развој.

Што се тиче улоге вештака, потребно је да се истакне да ниједан вештак не би требало да приступи вештачењу док се претходно не упозна са садржином законских одредби које се тичу предмета вештачења, макар у мери неопходној за избор адекватне методологије за израду потпуног, доброг, разумљивог и проверљивог стручног налаза. То је начин да се избегне „мртви угао” из ког се не сагледавају битне чињенице од којих зависи успех вештачења. Кад вештак не разуме смисао одредби закона које се тичу његовог предмета вештачења, треба да од судије затражи одговарајуће појашњење.

⁸ Закон о порезима грађана, *Службени гласник СРС*, бр, 51/71, 63/72.

Milisav A. Adžić

dipl. engineer, court expert in Lazarevac

ESTABLISHING JUSTIFIED COMPENSATION FOR EXPROPRIATED AGRICULTURAL LAND

Summary

Article analyzes the court practice developed in the application of the Law on Expropriation and focuses on the irregularities in establishing the justified compensation for expropriated properties in the field of agriculture. The issue of fixing the reasonable compensation for expropriated immovable property used in the agricultural production is considered from the standpoint of court expert witness for the agricultural matters. The author submits that Law on Expropriation contains vague and unclear provisions and that this situation resulted in erroneous court practice; the examples from the practice of expropriation of the agricultural land for the purpose of exploitation of the coal and other raw materials are presented as the illustration of such a practice (it is colorfully explained that this situation is caused by different perspective of the players in the expropriation proceedings). The conclusion drawn from that position is that the serious professional discussion should be initiated on the issue of application of the principle of fairness in the process of determination of compensation for the expropriated agricultural land in line with the provisions of the Law on Expropriation. The author also considers the duties of the court expert witnesses when elaborating the reports on the amount of the compensation for expropriated agricultural land. The article also underlines that the expropriation of the agricultural land for the purpose of energy sector caused the adverse tendencies in the agriculture, and advocates for the harmonized development of both sectors of economy.

Key words: expropriation, agricultural land, justified compensation, market, market price, court practice, court expert/expert witness.

КОМЕНТАРИ, РАСПРАВЕ, ИСТРАЖИВАЊА

UDK 329(497.11)

Др Златица Лончар Ђешиковић
дипл. правник¹

ДОМАШАЈ ПРЕДЛОЖЕНИХ ИЗМЕНА И ДОПУНА ЗАКОНА О ПОЛИТИЧКИМ СТРАНКАМА

Сажетак

У коментару се представљају предлози за измене и допуне Закона о политичким странкама Србије. Аутор даје преглед основних напомена и примедби изнетих на нацрт тог Закона које су изнете у јавној расправи, те полемише са разлозима за увођење нових решења у појединим сегментима законског оквира за организовање и рад политичких партија у Србији (посебно у области организовања политичких партија националних мањина и у материји брисања политичких партија из Регистра политичких партија одлуком органа управе). Аутор напомиње да интервенције у овако деликатној материји морају бити промишљене и добро образложене.

Кључне речи: политичка странка, политичка партија, политичка странка националне мањине, регистар политичких странака, спајање политичких странака, брисање политичке странке из регистра

¹ Ранији јавни правобранилац и председник Извршног савета општине Звездара

I. Увод

Крајем маја 2019. године, Министарство државне управе и локалне самоуправе организовало је округли сто у јавној расправи о Нацрту Закона о изменама и допунама Закона о политичким странкама („Нацрт закона”).²

Нацрт закона предвиђа одређене измене у неколико важних сегментата законског уређења организовања и деловања политичких партија. Разлози за увођење појединих новина могу се оспорити, а и домашај одређених нових решења може бити доведен у питање. Ово произилази из јавне расправе односно из разговора на округлом столу, на коме је учествовало више говорника, углавном правника и функционера политичких партија.

II. Кључне измене законског оквира организовања и деловања политичких партија

1. Политичке партије националних мањина

Нацртом закона предвиђена су измене у положају политичких партија националних мањина. Нова решења су, према образложењу, проистекла из разлога што је уочено да у дужем периоду постоји наводна „злоупотреба” странака националних мањина у државним изборима која се састоји у томе што политичке партије регистроване као политичке партије националних мањина на својим изборним листама кандидују лица која не припадају тој мањини; имајући у виду погодности политичких странака националних мањина у односу на неопходан број оверених потписа подршке и нижи праг код преласка цензуса, кандидати који желе проhodност до одборничких, а нарочито посланичких места, то обезбеђују „куповином” проходног места на изборним листама националних мањина. Ово је довело до покушаја да се предложи промена у дефиницији појма политичке партије националне мањине како би се, према образложењу, „избегло изазивање забуне у јавности на шта се често у пракси указивало”.

Тако се, према Нацрту закона, предвиђа да политичка странка националне мањине мора да у свом називу садржи назив националне мањине чије интересе представља и заступа.³

² Закон о политичким странкама – ЗОПС, *Службени гласник РС*, бр. 36/2009, 61/2015 – одлука УС.

³ По садашњем законском решењу (члан 18 ставови 1 и 2 ЗОПС-а) предвиђено је, у погледу назива политичких странака националних мањина, следеће: „Назив поли-

У расправи је изнето мишљење да би знање језика националне мањине на чијој се листи лице кандидује допринело смањењу оваквих наводних злоупотреба.

Међутим, основна примедба на предложено решење садржана је у ставу да је по Уставу Републике Србије националност лично опредељење које се не може оспорити нити проверити и да предложена прецизирања назива политичке партије националне мањине неће одвратити појединце од намере да уђу у парламент.

2. Услови за спајање политичких партија

Друго питање које је задржало већу пажњу учесника јавне расправе је одредба у Нацрту закона, која додаје нове услове за спајање политичких странака у нову политичку странку.⁴ Разлог за ову допуну ЗОПС-а је оцена да политичке странке, а и разне групације са актуелним политичарима, користе одређене регистроване странке којима прилазе са својим истомишљеницима, организују изборе у тим странкама и на тај начин их преузимају, користећи њихову инфраструктуру и положај.

Да би се убудуће предупредило спајање странака на „лак“ начин, предлогом измена у Нацрту закона су „отежани“ услови за спајање политичких странака, те је одређено да се, код таквог подухвата, Регистру политичких странака, морају поднети, осим потребних докумената, и оверени потписи најмање 10.000 пунолетних и пословно способних грађана.

тичке странке мора бити на српском језику и ћириличном писму. // Назив политичке странке националне мањине, ако је то предвиђено статутом, може бити и на језику и писму националне мањине. Назив на језику и писму националне мањине уписује се у Регистар после назива на српском језику и ћириличном писму”.

⁴ Спајање политичких странака уређено је сада у ЗОПС-у (члан 34) на следећи начин: „Политичка странка се може спојити са другом или другим политичким странкама које су уписане у Регистар, ради стварања нове политичке странке и у том случају губи свој правни субјективитет, а нови правни субјект постаје политичка странка која је настала спајањем две или више политичких странака. // Политичка странка која је настала спајањем две или више политичких странака уписује се у Регистар тако што уз пријаву за упис подноси одлуку и спајању политичких странака; изјаве чланова политичке странке о чланству у политичкој странци која је настала спајањем две или више политичких странака, на прописаном обрасцу, које садрже оверу потписа најмање у броју који је потребан за оснивање политичке странке у смислу овог закона; извештај о обједињеној имовини (биланс стања); по два примерка програма и статута; акт о избору заступника политичке странке и оверену фотокопију личне карте заступника политичке странке, а ако она не садржи податак о пребивалишту и адреси и потврду о пребивалишту”.

У јавној расправи је указано на то да се у пракси показало да је прикупљање и оверавање подршке грађана код локалних и парламентарних избора за изборне листе тежак посао, што је довољно за проверу јачине странке, те да је сувишно наметање додатног услова да се јачина странке доказује и код оснивања односно спајања политичких странака.

3. Брисање политичке странке из Регистра

Веома важна измена Закона је садржана у предлогу члана 15. Нацрта закона којим се врши измена члана 35. ЗОПС-а.⁵ Наиме измене предвиђају да се политичка странка брише из Регистра уколико не обавља активности у складу са Законом, Статутом и не учествује у периоду дужем од осам година на изборима, као и ако се њено највише тело не састаје у роковима двоструко дужим од рокова који су предвиђени Статутом или ако након истека мандата органа, нови органи не буду изабрани. У овим случајевима, надлежно министарство по службеној дужности покреће поступак за брисање политичке странке из регистра. Ова одредба се образлаже потребом да се политичке странке и њени лидери приморају да организују рад органа и њихово одлучивање о питањима из њихове надлежности, односно да створе услове да странка ради регуларно и да се обезбеди демократичност и транспарентност у раду.

Највећа бојазан коју овакво решење изазива сажета је у примедби да се на тај начин омогућава арбитрарно уплитање у рад политичких странака. Из овога су изведена и питања који орган надлежног министарства би вршио контролу рада политичке партије, односно како би се, по којим критеријумима и у ком поступку утврдило да ли органи странке функционишу. Без озбиљних прецизирања и ограничења надлежности министарства наведена промена отвара могућност за злоупотребе.

4. Остале промене

Остале промене садржане у Нацрту закона нису изазвале посебну пажњу учесника у јавној расправи.

⁵ Важеће одредбе ЗОПС-а (члан 35 ставови 1, 2 и 3) о престанку постојања политичких странака, гласе: „Политичка странка престаје да постоји брисањем из Регистра. // Брисањем из Регистра политичка странка губи статус правног лица. // Политичка странка брише се из Регистра: 1) ако орган утврђен статутом донесе одлуку о престанку рада; 2) ако се политичка странка споји са другом или другим политичким странкама; 3) кад јој Уставни сууд забрани рад.”

Промене су проузроковане потребом да се ЗОПС усклади са Законом о општем управном поступку, те потребом прецизирања решења на досадашње праксе у примени Закона. Предвиђено је да се ближе уреди поступак оснивања политичке странке (претходно оснивање иницијативног одбора и доношење иницијативе о оснивању политичке странке итд.), да се обезбеди јавна доступност података о различитим аспектима деловања странке, те да се осигура разликовање назива и знакова визуелног идентитета странке, и др.

III. Закључак

Поред разумљивих измена које су произашле из потребе да се ЗОПС усклади са целином законодавног система у Србији, у Нацрту закона су се нашла и решења која изазивају забринутост, јер се могу тумачити тако да се косе са уставним одредбама, односно да отварају простора за ограничавање појединих уставних слобода. У осетљивој материји, што уређивање деловања политичких странака свакако јесте, треба поступати опрезно; пажљивим формулацијама законских одредби мора се настојати да се избегне свака помисао да су повређена права и слободе зајемчене Уставом, те треба отклонити могућност за арбитарно уплитање државних органа у рад политичких странака тако што ће се прописати јасне надлежности и прецизни критеријуми за овакве интервенције.

Zlata Lončar Četković, PhD

lawyer, former public attorney and chairperson of Executive Council of Zvezdara Community in Belgrade

EFFECTS OF NEW SOLUTIONS CONTAINED IN DRAFT AMENDMENTS OF LAW ON POLITICAL PARTIES

Summary

In the commentary the newly proposed amendments to the Serbian Law on Political Parties are presented. The author lists the main critical observations exposed in the public reading of the to draft amendments and argues with the reasons for and effects of the introduction of the new rules for the regulation of the certain elements of the legal framework for the organization and activities of the political parties (mainly in the matters related to the political parties of the national minorities and cessation of the political parties by intervention of the state authorities). The author warns that new solutions in the delicate matters such as set-up

of legal framework for the functioning of the political partices must be carefully prepared and well reasoned.

Key words: political party, political party of national minority, registry of political parties, merger of political parties, removing political party from registry of political parties

UDK 342.721-053.2/.6(497.11)

Др Мирослав Пауновић
Ивана Тојалов Пауновић
адвокати у Београду

НОРМЕ О ЗАШТИТИ МАЛОЛЕТНИКА У МЕДИЈИМА

Сажетак

У коментару се даје преглед формалних правних извора (уставних норми, одредби међународних конвенција, закона и подзаконских аката, општих аката регулаторних тела, те етичких кодекса новинарских удружења и др.) који уређују материју заштите малолетника у јавности. Коментар је изазван појавом озбиљних повреда правних и етичких норми о заштити приватности малолетника у таблоидним медијима.

Кључне речи: медији, идентитет малолетника, претпоставка невиности, заштита приватности, етички кодекс новинара, регулаторно тело

І. Увод

Недавно је у појединим таблоидима и у емисијама ТВ станица са националном фреквенцијом, уз навођење пуног имена и презимена те приказивање фотографије, осуђен малолетник као наводни извршилац кажњивог дела; у питању је био ученик осмог разреда основне школе који је протествовао због крађе и дистрибуције тестова из математике на малој матури.

Оваквим поступцима, који су, у конкретној ситуацији, били мотивисани разлозима који немају никакве везе са потребом објективног информисања јавности,¹ бескрупулозно су повређене многе правне, те

¹ Медији су директно изнели податке о идентитету малолетника и ширили информације те га јавно осудили и ставили на суд срама због наводних политичких ставова његових родитеља; без и мало оклевања, и срама, дете је искоришћено у дневно-

професионалне и етичке норме новинарског заната. Ова правила, без изузетка, забрањују објављивање имена малолетника који су учинили неко кажњиво дело или се против њих води поступак за такво дело. Правила забрану дефинишу и тако да налажу новинарима и ширу обавезу, односно дужност да осигурају да дете не буде угрожено или изложено ризику због објављивања његовог имена или фотографије, без обзира на контекст, односно на то да ли је дете учинило неко кажњиво дело.

Расправа о томе да ли је против детета, које је недавно прокажено у медијима, покренут или вођен неки поступак односно да ли је дете учинило неко кажњиво дело (што би, наводно, оправдавао објављивање његовог имена) беспредметна је већ по самој обавези новинара да поштују претпоставку невиности. Но, чак и да је малолетник урадио оно што су му острашћени медијски посленици ставили на терет, ни им нити било које друге податке који су могли да открију његов идентитет медији нису смели да објаве – то је, недвосмислено, забрањено низом законских и етичких норми, а противи се и елементарном схватању људскости и поштеног приступа професионалним обавезама.

Невероватно је како се у нас олако прелази преко основног професионалног и етичког правила да се деца морају заштити у јавности. У таласу повреда овог принципа, у медијској хајци, предњачили су чак и неки адвокати (истина, не у обављању адвокатске делатности, већ у јавним иступима у улози новинара – што њихову одговорност за повреде правних и етичких норми не умањује, већ управо и повећава).

Све то наводи на потребу да се подсетимо норми које уређују област заштите деце од медијске злоупотребе.

II. Правила која уређују заштиту детета у јавности

1. Уставне норме

Устав Србије прописује, као једну од основних слобода, слободу мишљења и изражавања.² Међутим, Устав поставља и основ за коришћење односно упражњавање ове слободе тако што прописује да она може бити законом ограничена ако је то неопходно ради заштите других основних

политичке сврхе, оптужено је да је спалило слику министра образовања, те је проглашено „перјаницом” протеста малих матураната, што је, према медијима који су прибегли овом методу, проистекло из политичког опредељења дететових родитеља.

² Устав – чл. 46 ст. 1: „Јемчи се слобода мишљења и изражавања, као и слобода да се говором, писањем, сликом или на други начин траже, примају, и шире обавештења и идеје.”

вредности друштва; међу те вредности спада и право и углед других лица.³

Ова уставна норма послужила је да се у више закона слобода изражавања ограничи ради заштите права малолетника односно деце (произилази да су ограничења у погледу заштите деце многобројнија од свих других ограничења из разлога наведених у овој уставној норми).

2. Прописи

Читав низ прописа увео је у правни систем Републике Србије чврста правила чија је основна сврха заштита права и интереса малолетних лица, па и у погледу обелодањивања у јавности информација о њима.

Ово је, пре свега, случај са прописима у кривично-правној материји, који намећу одређена правила у погледу јавности у кривичним поступцима према малолетницима. Тако се у закону који уређује питања у вези са малолетним учиниоцима кривичних дела изричито прописује да се, када се суди малолетнику, увек искључује јавност.⁴

У овом погледу заштите малолетних лица посебно су карактеристични, и прецизни, и закони који уређују јавну медијску сцену. Тако се у Закону о јавном информисању и медијима, у поглављу које говори о информацијама о личности, у члану који уређује информације о приватном животу, прецизира да се малолетник „не сме учинити ирејкознаитљивим у информацији која може да повреди његово право или интерес”.⁵

У Закону о јавним медијским сервисима такође се налази основ за заштиту малолетних лица у њиховом извештавању. Код дефиниције јавног интереса који остварује јавни медијски сервис кроз своје програмске садржаје прецизира се да јавни интерес обухвата и „иошћивање ириватносћи, достојансћива, уїледа и часћи и друћих основних ирива и слобода човека”.⁶ Овај Закон прописује и основна начела рада јавног

³ Устав – чл. 46 ст. 2 у целини гласи: „Слобода изражавања може се законом ограничити, ако је шо неоиходно ради зашћиће ирива и уїледа друћих, чувања аушорисћива и неирисћирасносћи суда и зашћиће јавної здравља, морала демокрайскої друшћива и националне безбедности Републике Србије” (иодвлачење догаћо).

⁴ Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, Службени иласник РС, бр. 85/2005, чл. 75 ст. 1.

⁵ Закон о јавном информисању и медијима, Службени иласник РС, бр. 83/2014, 58/2015, 12/2016 – аутентично тумачење, чл. 80 ст. 2.

⁶ Закон о јавним медијским сервисима, Службени иласник РС, бр. 83/2014, 103/2015, 108/2016, чл. 7 тач. 3).

медијског сервиса у која спада и „*примена међународно признатих норми и принципа*”, те „*поштовање професионалних стандарда и кодекса*”.⁷ На овим начелима почива и примена норми утврђених међународним изворима права, те разрада професионалних правила новинарске струке.

Ова обавеза медија да поштују претпоставку невиности, па и малолетника, постављена је, иначе, на општи начин у законодавству Србије. Тако Закон о јавном информисању и медијима прописује следеће: „*У циљу заштити људској достојанства, као и независности, угледа и непристрасности суда или другој надлежној органа, нико се у медијима не може означити учиниоцем кажњивој дела, односно оласити кривим или одговорним пре правноснажности одлуке суда*”.⁸

Закон о електронским медијима даје одређена овлашћења Регулаторном телу за електронске медије да прописује ближа правила за поступање електронских медија у одређеним околностима;⁹ што обухвата и уређивање области заштите малолетника у медијском извештавању.¹⁰ Тако је Савет Регулаторног тела донео Правилник о заштити права малолетника у области пружања медијских услуга, којим је прописано више правила којих новинари треба да се придржавају када извештавају о догађајима који се тичу малолетника односно у којима су малолетници актери. Ово се посебно односи на заштиту идентитета малолетника у погледу одређених информација (када постоје индиције да је учинилац, сведок или жртва насиља, кривичног дела или другог недозвољеног понашања),¹¹ те заштиту приватног и породичног живота

⁷ Одредба Закона о јавним медијским сервисима којом се утврђују начела рада јавног медијског сервиса (чл. 4) у целини гласи: „Рад јавног медијског сервиса заснива се на следећим начелима: 1) истинито, непристрасно, потпуно и благовремено информисање; 2) независност уређивачке политике; 3) независност од извора финансирања; 4) забрана сваког облика цензуре и незаконитог утицаја на рад јавног медијског сервиса, редакције и новинара; 5) *примена међународно признатих норми и принципа, а нарочито поштовање људских права и слобода и демократских вредности; 6) поштовање професионалних стандарда и кодекса.*” (*подвлачење додато*).

⁸ Закон о јавном информисању и медијима, чл. 73.

⁹ Закон о електронским медијима, *Службени гласник РС*, бр. 83/2014, 6/2016 и др. закон, чл. 60, 63, 71.

¹⁰ Закон о електронским медијима овлашћује изричито Регулаторно тело за електронске медије да „утврђује ближа правила која се односе на програмске садржаје, а у вези са заштитом достојанства личности и других личних права, *заштитом права малолетника*, забраном говора мржње и др. – чл. 22 тач. 15). (*подвлачење додато*).

¹¹ Правилник о заштити права малолетника у области пружања медијских услуга, *Службени гласник РС*, бр. 25/2015, чл. 27 који у целини гласи: „Пружалац медијске услуге је дужан да заштити идентитет малолетника ако постоје индиције да је он учинилац, сведок или жртва насиља, кривичног дела или другог недозвољеног понашања или ако је покушао самоубиство. // Ако постоји оправдан интерес јавности да се објави аудио,

малолетника (посебно је подвучено да ово право на приватност не престаје зато што је родитељ малолетника познат јавности или обавља јавну функцију или активно учествује у јавном животу).¹²

Регулаторно тело за електронске медије је својим Правилником о заштити људских права у области пружања медијских услуга ближе уредило начин испуњавања обавеза медија у вези са поштовањем права на истинито, потпуно и благовремено информисање, достојанства личности, права на приватност, претпоставку невиности и права на правично суђење и слободе мисли, савести и вероисповести.¹³ Ова правила се у целини односе и на извештавање о малолетницима.

3. Међународни извори

У Конвенцији Уједињених нација о правима детета из 1989. године, која важи и у Републици Србији, поред општих правила о поштовању и обезбеђењу права детета, у погледу заштите малолетних лица у јавности стоји да ће државе уговорнице посебно обезбедити да се *„сваком детеу које је осумњичено или оптужено да је прекршило кривични закон, гарантује најмање... да се поштује његова приватност у свим фазама поступка“*.¹⁴ И у Стандардним минималним правилима Уједињених

односно аудио-визуелни запис извршења насиља, кривичног дела или другог недозвољеног понашања у коме је учествовао малолетник, пружалац медијске услуге може објавити такав запис уз поштовање обавезе из ст. 1 овог члана (нпр. замагљена или маскирана слика или модулирани тон). // У случају из ст. 1 и 2 овог члана пружалац медијске услуге је дужан да се уздржи од објављивања података којима се непосредно открива идентитет малолетника (нпр. његово име, имена његових родитеља или блиских сродника, адреса становања и сл.) и података који би могли посредно да укажу на његов идентитет, било самостално или пак заједно са подацима који су већ доступни јавности (нпр. школа коју похађа, радно место, лични опис малолетника, његова фотографија или видео запис и сл.). // Пружалац медијске услуге је дужан да заштити идентитет малолетника и када то није учинио орган јавне власти или групо лице, укључујући и групо издавача медија, чије саопштење или изјаву објављује или преноси у вези са случајевима из ст. 1 и 2 овог члана.” (подвлачење додато).

¹² Правилник о заштити права малолетника у области пружања медијских услуга, чл. 28 ст. 1 и 2: „Информације које се односе на приватан и породични живот малолетника не смеју се објављивати ако би то довело до повреде његових права и интереса. // Пружалац медијске услуге је дужан да посебно пажњу обрати на приватност малолетника, као и да при том има у виду да његово право на приватност не престаје шиме што његов родитељ или групо блиско лице обавља јавну функцију, активно учествује у јавном животу или је на други начин познато јавности.” (подвлачење додато).

¹³ Правилник о заштити људских права у области пружања медијских услуга, Службени гласник РС, бр. 55/2015, чл. 1, чл. 2, чл. 4 ст. 2, чл. 5 ст.1, чл. 29 ст. 2 (ова одредба гласи: „Пружалац медијске услуге је дужан да поштује претпоставку невиности, без обзира на то да ли ту претпоставку поштује други медиј чију информацију преноси”.

¹⁴ Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација о правима детета, Службени

нација за уређивање малолетничког правосуђа¹⁵ (тзв. „Пекиншка правила”), предвиђена је заштита приватности малолетника.

Савет Европе препоручује, такође, да се ојача положај малолетника кроз све фазе поступка, тако што ће се, између осталог, „*признајти право малолетних пресдојника на поштовање њиховој приватној животи*”.¹⁶

4. Професионални и етички кодекси

Кодекс новинара Србије поставља етичке стандарде професионалног поступања новинара односно садржи низ правила која треба да осигурају поступање новинара по највишим стандардима професије.¹⁷ Поред низа начелних етичких и професионалних правила новинарства која, на пример, одређују да никакви политички, економски или слични интереси не смеју да утичу на уређивачку политику медија,¹⁸ Кодекс садржи и конкретне норме о поштовању правила претпоставке невиности и поштовању приватности, а посебно у погледу деце.

Тако Кодекс утврђује следеће: „*Новинар је дужан да поштује правило претпоставке невиности и не сме никога прогласити кривим до изрицања судске пресуде*”.¹⁹ У погледу поштовања приватности Кодекс даје следећи стандард: „*Новинар поштује приватност и интимицитет људи о којима*

лист СФРЈ – Међународни уговори, бр. 15/90, Службени лист СРЈ – Међународни уговори, бр. 4/96, 2/97, чл. 2 и чл. 40 ст. 2, тач. „б”, подтач. (vii).

¹⁵ Стандардна минимална правила Уједињених нација за уређење малолетничког правосуђа („Пекиншка правила”) усвојена су резолуцијом Генералне скупштине УН 29. новембра 1985. године. Ова Стандардна минимална правила у делу 8 (под насловом „Заштита приватности”) предвиђају следеће: „8.1. Право на приватност малолетника биће поштовано у свим фазама како би се избегле штетне последице по малолетника услед претераног и неодговарајућег публицитета и етикетања. 8.2. У начелу, неће се објављивати никакве информације на основу којих се може идентификовати малолетни преступник.”

¹⁶ Препорука бр. R(87)20 Комитета министара Савета Европе, тач. 8.

¹⁷ Кодекс новинара Србије усвојила су новинарска удружења; садржи стандарде односно правила, те смернице за њихову примену.

¹⁸ Кодекс новинара, поглавље II, тач. 2.

¹⁹ Кодекс новинара, поглавље IV (под насловом „Одговорност новинара”), тач. 3. У смерницама уз ову одредбу Кодекс упућује на следећа правила: „- Медији су дужни да поштују право претпоставке невиности и да штите приватност и идентитет осумњиченог или починиоца, чак и у случају признања кривике. // – Заштита приватности и идентитета подразумева не само заштиту имена (означавање осумњиченог иницијалима), већ и заштиту других података који би могли да упуте на његов идентитет: фотографија, адреса, опис изгледа, брачно стање, социјални статус, припадност некој групи, имена суседа, рођака и пријатеља”.

ише”.²⁰ Кодекс овај стандард посебно подвлачи када су у питању деца: „Новинар је обавезан да осигура да дете не буде угрожено или изложено ризику због објављивања његовог имена, фотографије или снимка са његовим ликом, кућом, заједницом у којој живи или прејошњивом околином”.²¹

III. Закључне напомене

Злоупотреби деце односно малолетника у медијима, посебно када су учињене из политичких или сличних разлога, друштво се мора организовано супротставити. Сет закона, те међународних конвенција које уређују заштиту детета, као и општа акта регулаторних тела и етички кодекси новинара дају довољно простора да се разазнају основна правила која се, ни у каквим околностима, нити под било каквим изговорима, не могу кршити. Одсуство одлучне реакције јавности (регулаторног тела, новинарских удружења) на флагрантно кршење правила о претпоставци невиности и обавезе заштите малолетника у медијском извештавању не може се разумети ни прихватити. Адвокати, наоружани знањем о обавезама медија у заштити права и интереса малолетника у медијском извештавању, имају посебну улогу у одбрани цивилизацијских стандарда у тој области права.

Miroslav Paunović, PhD
Ivana Topalov Paunović
attorneys at law in Belgrade

RULES RELATED TO PROTECTION OF MINORS IN MEDIA

Summary:

Authors present the legal sources (constitutional rules, international conventions, laws and other regulations, acts of regulatory agencies, and ethical codes of journalists's associations) regulating the field of protection of adolescent persons in

²⁰ Кодекс новинара, поглавље VII (под насловом „Поштовање приватности”), тач. 1, уз више смерница које детаљно разрађују овај стандард.

²¹ Кодекс новинара, поглавље VII, тач. 4. У смерницама уз ову норму подвлачи се посебна одговорност новинара: „Представници државних и јавних институција које се баве заштитом деце понекад нису свесни утицаја медија и начина њиховог рада. Подаци које због тога пружају новинарима често подразумевају откривање идентитета малолетника. Новинар не сме да злоупотреби њихову добронамерност или незнање. Информације добијене од лекара, социјалних радника, васпитача, и тако даље, а које директно или индиректно упућују на идентитет малолетника, не смеју да буду објављене”.

media. Commentary is provoked by recent flagrant violations of legal and ethical rules regulating treatment of minors in tabloid journals and TV broadcasts

Key words: media, identity of minor, presumption of innocence, protection of privacy, ethical code, regulatory agency

UDK 341.63(049.32)

Академик, проф. др Радован Д. Вукадиновић
иностранци члан АНУРС

„АРБИТРАЖА ЗА ОБЛАСТ БРЧКО – СПОР ИЛИ ФАРСА СТОЉЕЋА”

Приказ књиге академика проф. др Витомира Поповића¹

У оваквим приликама они који дају приказ неке књиге, по правилу настоје да, на што је могуће објективнији начин, читаоцима представе дело о коме говоре. Ја сам у овом случају и субјективан и објективан, из више разлога. Први је што, не само да познајем аутора, већ смо дугогодишње фах-колеге и пријатељи, па је тешко да будем објективан. Други разлог је мала временска дистанца од догађаја, у којима нисам непосредно учествовао, већ само о њима слушао често изфризиране и идеологизоване и усмерене оцене и описе, па сам под њиховим снажним утицајем. Међутим, кад је реч о правним питањима којима се бави ова књига, трудићу се да будем објективан и критичан. Професионална етика, као и довољно дуго искуство ме обавезују на то. Да не пресуђујем олако ни људима ни догађајима, посебно мојим колегама и пријатељима, а ако то морам, да то буде „ни по бабу ни по стричевима, већ по правди бога јединога”. Да не мерим туђе ставове по мерилима људске субјективности, већ по божјој непристрасној и објективној правди.

¹ Књига академика проф. др Витомира Г. Поповића *Арбитража за област Брчко – спор или фарса стољећа* објављена је у Бањој Луци 2018. године, у издању Академије наука и умјетности Републике Српске; рецензенти су били академик Рајко Кузмановић и академик Слободан Перовић.

Стога ће моја размишљања кроз овај приказ бити посвећена подједнако аутору и његовом делу.

Монографија аутора проф. Др Витомира Поповића, редовног професора Правног факултета Универзитета у Бањој Луци и дописног члана Академије наука и умјетности Републике Српке под насловом „АРБИТРАЖА ЗА ОБЛАСТ БРЧКО – СПОР ИЛИ ФАРСА СТОЉЕЋА” представља систематизовано дело које је правно номотехнички обрађено крајње коректно и професионално и у њему је, поред личних запажања и искустава арбитра у самом „спору столећа”, пажљиво извршена систематизација грађе, односно бројних документа којима су се, као доказним средствима, служиле супротстављене стране у арбитражном спору – Република Српска и Федерација Босне и Херцеговине, али и представници међународне заједнице. У поменутој арбитражи је одређивана „судбина” Брчког као изузетно стратешки значајног града за опстанак и будућност Републике Српске.

Аутор књиге је у арбитражи за област Брчко био арбитар кога је именovala Република Српска. После две деценије од окончања поступка учинио је пажње вредан напор да домаћој и међународној јавности открије шта се све у овој арбитражи дешавало, чак и иза кулиса.

Пред нама је вишезначна и вишеслојна књига која се може читати, посматрати и анализирати из различитих углова, а пре свега у правном и историјском контексту. Већ се по наслову, а касније и садржини појединих делова, закључује да је реч о *par excellence* правној анализи једног веома сложеног и осетљивог питања која је смештена у необичан формат – студије монографије, без фуснота и, често, оптерећујућих и исфорсираних теоријских расправа. Иако њих у књизи нећете наћи, то није умањило значај основног правног питања – спора око Арбитраже за област Брчко, нити је умањена умност и бриткост ауторових анализа спорних питања, која су представници међународне заједнице (ако она постоји) већ од почетка настојали да учине нејасним и дифузним. А реч је о сложеном и деликатном питању. Оно је сложено јер од одговора – одлуке о њему зависе последице које су многостране и дуготрајне, као што се касније и показало. Оно је деликатно, јер је истовремено требало бити непристрасан арбитар (правник професионалац), али и штитити интересе тек основане Републике Српске. И то све са 40 година живота.

У списатељско-уређивачком погледу, деликатност се огледала у одабиру релевантне грађе и њеној систематици по хронолошким правилима, али и према важности.

Што се тиче основног спорног питања, већ самим насловом аутор отвара сумњу и дилему, што аргументује и у целој књизи, да ли је реч

о правном спору, правој и правној арбитражи или о политички монтираном поступку у тој мери да се може квалификовати као фарса.

Уз ризик да нисам стигао да сагледам сва спорна правна питања, слободан сам да изнесем разлоге због којих и сам сматрам да је реч, еуфемистички казано, о новом и до сада у арбитражној пракси непознатом арбитражном поступку и још необичнијој арбитражној одлуци. Пре свега, због накнадног овлашћења којим је председник Милошевић, као представник једне Стране, у случају неслагања двојице арбитра, дао Председнику Арбитражног већа да сам донесе одлуку. Одлука је управо на тај начин донета, чиме се озбиљно доводе у питање основна правила о природи и правном дејству арбитражног споразума, као сагласност странака у спору (стр. 442). И начин на који је је председник Арбитражног већа од конституисања Арбитраже па до доношења одлуке, хтео широким тумачењем да прошири надлежност ове Арбитраже говори о скривеним и не добрим намерама тзв. међународне заједнице. Међутим, ове и друге суптилније покушаје међународне заједнице да и кроз ову Арбитражу ослаби положај и значај Републике Српске није могуће разумети само погледом споља, већ је потребно унети се у унутрашњи ток збивања. Аутор, професор Поповић, је то могао јер је био и на једној и на другој страни: споља – са народом, и унутра Арбитраже – са представницима друге Стране и међународне заједнице.

Вредност ове књиге је и у томе што је аутор читаоцима верно представио не само амбијент у коме се одвијала Арбитража и садржину и значај донете арбитражне одлуке, већ и себе. А то је, по правилу увек тешко и осетљиво. У тим деловима, као и код успутних запажања о људима, пре свега преговарачима, али и онима који су били на другим значајним државним функцијама, књига представља интроспекцију и ретроспекцију ауторових, не више професионалних знања и вештина преговарања, већ његовог односа према Републици Српској, који схватам као лојалност или патриотизам. Аутор се није либио да релевантне документе обелодани и да о знаменитим личностима заузме став, посебно кад је реч о њиховом односу према Републици Српској, често критичан, што га сврстава у ред ретких храбрих људи. То чини кроз навођење бројних дијалога које је имао пре, у току и након Арбитраже. У њима се може најјасније видети бескомпромисан и доследан став аутора о свим значајним питањима, од којих, као кључни, издвајам став аутора да се пре упуштања у арбитражни поступак мора јасно дефинисати предмет арбитраже, како се широким тумачењем уместо одлучивања о линији међуентитеског разграничења не би одлучивало о самом граду Брчком.

Већ само ово књигу чини вредном, а њеног аутора храбрим човеком. Не треба заборавити да се Арбитража одвијала у посебно тешком и „смутном” постдејтонском времену када су се многи престојавали да у новој држави заузму место и „испеглају” своје биографије. У том делу књиге, аутор се представио као врстан правник, чврст преговарач и спреман да за очување интереса Републике Српске стави на располагање не само своје време и интерес и знање, већ и интересе своје породице (мислим на ситуацију кад је са породицом инкогнито отпутовао у Подгорицу, из које се истим аргументима супротстављао „кукавичјем” подметању новог значења арбитражне клаузуле како би се на „пузећи” начин надлежност Арбитраже проширила на питања која јој оригинално нису била поверена). То нимало није било лако, посебно у надметању са наметнутим председником Већа, искусним америчким арбитром иза кога је стајала не само адвокатска пракса, већ и актуелна политика. Са ове временске дистанце, то можда и не изгледа тако посебно и јединствено. Историја нас, међутим, учи да су ретки интелектуалци који су у послу професионални, а у личним односима одани, доследни и упорни, посебно у немирним и несигурним временима. Уосталом, још је велики Његош са разлогом писао како „страх животу каља образ често”. У одбрани свог образа, аутор се није плашио ни реакције председника Милошевића, ни високих представника из тзв. међународне заједнице; а ни данас, других и различитих господара судбина. Зато није имао потребу да „фризира” или улепшава ни људе ни догађаје, ни своју улогу у њима; напротив, већ је у самом интригантном наслову наговестио да је спреман да у мислима иде до краја.

На крају, подвлачим да се овакве и сличне историјско-мемоарске књиге обично објављују кад већина или бар добар део главних актера сиђе са животне сцене, а актуелни догађаји избистре тадашње дилеме. Зато се чека таква временска дистанца – да главни актери накнадном памећу не улепшају и подигну своју улогу и значај. У овој књизи већина актера су живи, а поједини и врло активни. У том погледу, ова књига представља изазов и позив у њој поменутима да одговоре и да се укључе у њено читање.

Ја сам је, као неко са стране, читао непристрасно, али сам после читања, признајем, постао пристрасан и субјективан у оцени улоге њеног аутора на начин како сам то описао. Међутим, у делу који се односи на правна питања конституисања Арбитражног већа, дефинисања предмета арбитражног спора, начин вођења арбитражног поступка и, на крају, у вези са самом одлуком, трудио сам се да будем потпуно објективан и критичан. Стога сам слободан да кажем да је аутор на

правнички професионалан начин бранио струку и професију и одбранио њено достојанство тако да би генерације будућих правника, а посебно оних који се баве арбитражом, могле да уче из ове књиге. Зато искрено и са пуно уважавања и критичког промишљања позивам на читање ове књиге, која је у потпуности оправдала и њен мото изговорен кроз мисао Меше Селимовића: „Оно што није записано, и не постоји; било па умрло”. На срећу, постоје још они који записују.

Academician prof. dr **Radovan Vukadinović**

„ARBITRATION FOR BRČKO AREA – DISPUTE OR TRAVESTY OF CENTURY”

Review of book of academician prof. dr Vitomir G. Popović²

The author of the review presents the main features of the book „ARBITRATION FOR BRČKO AREA – DISPUTE OR TRAVESTY OF CENTURY” written by academician prof. dr Vitomir G. Popović, who acted as the arbitrator in the arbitration between the Republika Srpska and the Federation Bosnia and Herzegovina. The review underlines professor Popović’s commendable efforts to present, to domestic and international public, some twenty years after the completion of the proceedings, the legal and political aspects of the case, and role of all participants, especially of the representatives of so called „international community”, in resolving the crucial issues related to the city of Brčko, strategically important for the survival and future of the Republika Srpska. The reviewer stresses that the author of the book, analysing the voluminous documentation presented in the arbitration by the parties as the evidence, and on the basis of his personal insight in the events, public or behind-the-scenes, suggests that in these proceedings some basic principles of the international arbitration are violated, and especially the rule that the arbitration may not exceed its powers established by the arbitration agreement; the author further contemplates that political interests overruled pure legal considerations in the matters that had to be resolved in the arbitration.

² The book of academician prof. dr Vitomir G. Popović „ARBITRATION FOR BRČKO AREA – DISPUTE OR TRAVESTY OF CENTURY” was published in Banja Luka in 2018, by Academy of Sciences and Arts of the Republika Srpska; reviewers of the book were academician Rajko Kuzmanović and academician Slobodan Perović.

UDK 343.222:347.193(049.32)

Др Исак Давидов
адвокат у Новом Саду

„КРИВИЧНА ОДГОВОРНОСТ ДРЖАВЕ” ПРИКАЗ КЊИГЕ ДР ГОРАНА В. ЂОРЂЕВИЋА

Књигом *Кривична одговорност државе* др Горан В. Ђорђевић, адвокат у Нишу, заокружио је својеврсну трилогију (Одговорност за међународна кривична дела – Заједнички злочиначки подухват – Кривична одговорност државе), којом је домаћој јуриспруденцији подарио прву свеобухватну теоријску расправу о најважнијим питањима међународног кривичног права. Несумњиву вредност ауторовог дела представља опредељење да критичким преиспитивањем покуша да пробије невидљиву опну владајућег теоријског обрасца. Раздрешивши свезе конформизма, он то чини на јасан и логички кохерентан начин, што представља додатни квалитет. Али ваља истаћи да ће се значај његовог научног рада нужно сагледавати и у контексту друштвено-историјског кретања, које се данас налази у фази која није повољна за овакву врсту деловања. Наиме, треба приметити да је међународно кривично право садашњу актуелност повратило распадом бивше Југославије и оснивањем Трибунала који би судио за злочине почињене у том рату. Тешкоћа је у следећем: Хашки суд је, с једне стране, заслужан за раскошну надоградњу института Међународног кривичног права, али је, с друге стране, одговоран за то што српска позиција на међународном плану изазива нелагоду. Та позиција унеколико подсећа на положај становника Мелоса које су Атињани увукли у савез против Спарте објављивањем ове истине: „Ви ипак тако добро знате као и ми, када је свеи већ ипак створен, да правда постоји само између једнако јаких држава: јаки чине оно што могу да чине, док слабији прве оно што морају.” Овде треба напоменути да у таквим приликама ова књига раскида окове инфериорности, тако карактеристичне за друштвене науке малих држава. Толико о тој ствари.

Израђен шиљак своје критике аутор је усмерио на необуздано експандирање појма кривичне одговорности које, према њему, води брисању граница између субјективне и објективне одговорности. Ђорђевић са пуно помне пажње прати врлудаву путању развоја појма одговорности која, у својој садашњој тачки, све више меандрира према пенушавом извору гледишта о објективној одговорности. За разлику од књижевног лика којег спомиње у цитату из увертире свог дела, који „*шуробно размишља о кривцима и кривицама овога света*”, аутор подигнутог копча полази у разрачунавање с неправним карактером концепта кривичне одговорности државе.

Горан В. Ђорђевић је конзистентан критичар нових (ван)правних тенденција које воде негацији научноправне традиције. Гледајући искључиво кроз двоглед правне науке, он јасно увиђа да је бројне противречности из праксе судова немогуће теоријски оправдати. Ситуација је таква да је у тој „смеси” тешко одредити се, парафразирају Томаса Мана, колики је удео дволичности, а колики дрске глупости. Зато Ђорђевићеви огледи о кривичној одговорности доносе праву каскаду питања која у себи већ садрже одговоре.

Аутор оштроумно запажа да се у пракси међународних судова избегавају тегобне богазе поплочане крутим принципима и да се с неуважавањем, или чак њиховим потпуним непознавањем, одушевљено смишљају нови садржаји фундаменталних кривично-правних појмова. Очито је да овај концепт промовише недоследност. То је, међутим, у складу са модерним релативистичким позицијама које не познају опште апсолутне критеријуме који дозвољавају да се једна теорија прогласи бољом, него само посебне, релативне критеријуме – варијабле од случаја до случаја – који то омогућавају. А тамо где владају „легионари тренутка”, где се жеђ гаси водом заборав са извора реке Лете, где се глад утољује укуским плодовима лотосовог цвећа, где је свет вредности замењен „менталним сваштарењем” – тамо је затрпано сећање на Волтеров разуман захтев да се пре упуштања у расправу прецизно одреде појмови са којима се барата.

Кажимо још и ово: ауторова промишљања о међународном кривичном праву лако се уклапају у теорију симулације, по којој се функција постмодерног судског поступка састоји у томе да се имитирањем тражења правде омогући несметано функционисање система. Илузија да се на послу задовољавања правде предано радило, служи умиривању мноштва које још увек има традиционалне погледе на судове, право и правду. За то време нове елите силовито плове у нови свет. Непрекидно

установљавање нових „права” у ствари је само фаза у стварању новог типа позитивног права које ће служити остваривању интереса моћних.

Рекапитулирају. Актуелност теме, ауторов свеобухватан и темељан приступ, супериорно познавање проблематике, полемички тон, спремност да се понуде решења, само су неки од квалитета Ђорђевићевог рада. Зато нема сумње да ће ова књига представљати незаобилазно штиво у „рвању” са апоријама међународног кривичног права.

Isak Davidov, PhD
attorney at law in Novi Sad

„CRIMINALL LIABILITY OF STATE”

Review of book by Goran V. Đorđević, PhD, attorney at law in Novi Sad

Reviewer presents the book of Goran V. Đorđević, PhD, attorney at law in Novi Sad, dedicated to the criminal liability of the state. The commentator underlines that the book represents significant contribution to domestic legal theory, considering in comprehensive way, one of the controversial issues of the international criminal law.

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Уређивачки одбор часописа „Бранич” моли своје сараднике да текстове објављивање достављају уважавајући следеће напомене:

1. **Чланак** не би требало да буде дужи од 15 страница, а за **Коментаре** и **Расправе** 10 страница. Страница треба да има 28 редова са око 66 словних знакова у реду, односно 28.800 знакова, фонт *Times New Roman* 12.

2. Текст треба да буде писан на српском језику, ћирилицом, осим страних речи и речи на латинском језику, које се пишу латиницом и курзивом (коса слова, *Italik*).

3. Текст треба да садржи резиме (сажетак) испод наслова, са основним садржајем и резултатима рада, као и кључне речи (не више од 7 речи) на српском језику, а на крају такође резиме на једном од светских језика, са кључним речима на том језику. Резиме на српском и резиме на страном језику не треба да буду дужи од 15 редова.

4. **Наслов рада** пише се на средини, великим словима. **Наслови унутар рада** треба да имају следећи формат:

- 1) *Први ниво наслова* – на средини; нумерација: римски број (на пример, I, II, III, итд.); прво слово велико, а остала мала.
- 2) *Други ниво наслова* – на средини; нумерација: арапски број са тачком (на пример: 1, 2, 3., итд.); прво слово велико, а остала мала.
- 3) *Трећи ниво наслова* – на средини, курзив; нумерација: мало слово азбуке са затвореном заградом (на пример: а), б), в), итд.); прво слово велико, а остала мала.
- 4) *Четврти ниво наслова*: на средини; нумерација: арапски број са затвореном заградом (на пример: 1), 2), 3), итд.); прво слово велико, а остала мала.

Пример:

I Напомене о ...

1. Основне поставке ...

a) Основни појмови ...

1) Терминологија ...

5. Име, презиме, звање и занимање аутора наводе се у левом углу прве странице изнад наслова.

6. Рад се предаје у електронском облику. Уз рад треба доставити поштанску адресу аутора, електронску адресу и телефон за контакт.
7. Уређивачки одбор задржава право да рад прилагоди јединственим стандардима уређивања и правописним правилима српског језика (односно страног језика на ком је сачињен сажетак рада).
8. Објављени и необјављени радови се не враћају.

9. Правила цитирања:

1) **Књиге** се цитирају на следећи начин: име и презиме аутора, наслов дела наведен курзивом, евентуални редни број издања, место издања, година издања, број стране.

Примери:

Марко Марковић, *Право ...*, 2. издање, Београд, 2017, 101.

John Johnson, *Law on ...*, 2nd edition, London, 2016, 101.

Када се цитира књига више аутора, њихова имена и презимена раздвајају се запетом.

Књига коју је неко лице приредило као уредник цитира се тако што се након његовог имена и презимена у загради наводи ознака „уредник”, односно одговарајућа ознака на језику на коме је књига објављена.

Код поновљеног цитата књиге наводи се прво слово имена аутора са тачком и презиме, након чега се додаје број стране.

Пример: М. Марковић, 102.

Када се цитира више књига истог аутора, код поновљеног цитирања наводи се прво слово имена са тачком и презиме, а потом се у загради ставља година издања, те број стране.

Пример: М. Марковић (2010), 202.

2) **Чланци** се цитирају на следећи начин: име и презиме аутора, отворени наводници, назив чланка, затворени наводници, назив часописа курзивом, број, година издања, број стране:

Примери:

Марко Марковић, „О неким питањима”, *Бранич*, бр. 3–4/2013, 69.

John Johnson, „Legal aspects of”, *Law Journal of ...*, Vol. 3, 2017, 101.

Када се цитира чланак више аутора, њихова имена и презимена се раздвајају запетом.

Чланак објављен у оквиру зборника радова или књиге, коју је неко друго лице приредило као уредник, цитира се на следећи начин: име и презиме аутора, отворени наводници, назив чланка, затворени наводници, назив зборника радова односно књиге курзивом, у загради ознака „уред-

ник”, „редактор” и сл. (или одговарајућа ознака на страном језику – „editor” и сл.), име и презиме уредника, евентуално редни број издања, место издања, година издања, број стране.

Када се цитира један чланак одређеног аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена аутора са тачком и презиме, а потом број стране.

Када се цитира више чланака истог аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком, презиме, потом се у заграду ставља година издања, те број стране.

3) **Прописи** се цитирају на следећи начин: пун назив прописа, гласило у коме је пропис објављен курзивом, број гласила и година објављивања, скраћеница „чл.”, „ст.”, „тач.” и број одредбе.

Пример:

Закон о ..., *Службени гласник РС*, бр. 11/2017, 10/2018, чл. 15 ст. 2

Ако ће наведени пропис бити поново цитиран у раду, приликом првог цитирања се, после назива прописа, наводи скраћеница под којом ће се он даље наводити.

Пример:

Закон о парничном поступку – ЗПП, *Службени гласник РС*, ...

Члан, став и тачка прописа означавају се скраћеницама: „чл.”, „ст.”, „тач.”, а параграф скраћеницом „пар.”.

Прописи на страном језику цитирају се на следећи начин: пун назив прописа преведен на српски језик, година доношења односно објављивања, отворена заграда, пун назив прописа на оригиналном језику курзивом, евентуално скраћеница под којим ће се пропис даље наводити, затворена заграда, скраћеница „чл.”, „ст.”, „тач.” или „пар.” и број одредбе.

4) **Извори са Интернета** се цитирају на следећи начин: име и презиме аутора односно организације која је припремила, назив текста, евентуално место и година објављивања, адреса Интернет странице курзивом, датум приступа страници, те број стране.

Приликом поновљеног цитирања извора са Интернета наводи се прво слово имена аутора са тачком и презиме аутора односно назив организација која је припремила текст, назив текста и број стране.

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

347.9

БРАНИЧ : часопис за правну теорију и праксу Адвокатске коморе Србије =
Branich : Journal of Legal Theory and Practice of the Bar Association of Serbia /
главни и одговорни уредник Мирослав Пауновић. – Н.с., год. 1, бр. 1 (јан.–
март 1991)– . – Београд : Адвокатска комора Србије, 1991– (Београд :
Службени гласник). – 24 cm

Тромесечно.

ISSN 0353–9644 = Бранич (1991)

COBISS.SR-ID 20883970
