ISSN 0353-9644

БРАНИЧ

Часопис за правну теорију и праксу
Адвокатске коморе Србије

Година CXXIII • Нова серија • Број 1–2

Београд

2010

Власник и издавач:
АДВОКАТСКА КОМОРА СРБИЈЕ
11000 Београд, Дечанска бр. 13/II
Телефон: +381 11/32 39 875 – Факс: 32 37 082
www.advokatska-komora.rs
Досадашњи главни и одговорни уредници:
Милан Ст. МАРКОВИЋ (1887. и 1897–1901); Ђорђе НЕНАДОВИЋ (1888–1890); Добривоје–Добра ПЕТКОВИЋ (1902–1906. и 1925–1926); Љубомир СТЕФАНОВИЋ (1927–1930); Др Обрад БЛАГОЈЕВИЋ (1931–1933); Др Видан БЛАГОЈЕВИЋ (1934); Др Радоје ВУКЧЕВИЋ (1935–1937); Владимир СИМИЋ (1938–1941); Др Александар МИКУЛИЋ (Адвокатура, 1976–1981); Горазд ОГУРЕК (Адвокатура, 1982–1984); Михаило МЛАДЕНОВИЋ (Адвокатура, 1985–1990); Мирослав ДИНЧИЋ (1991–1995); Живојин ШЕСТИЋ (1995–2002)

Главни и одговорни уредник
———— * ————
др Недељко ЈОВАНЧЕВИЋ
адвокат у Београду

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

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
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. децембра 2001. године, часопис је ослобођен од обавеза плаћања пореза на промет.
Штампано у 1.000 примерака
Штампа ЈП „СЛУЖБЕНИ ГЛАСНИК“, Београд

ISSN 0353-9644

Stamp
Bar Association of Serbia

BRANIČ

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

Year CXXIII • New series • Number 1–2

Belgrade

2010

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

Previous editors-in-chief:

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

Editor-in-chief

———— * ————

Nedeljko JOVANČEVIĆ, PhD
Lawyer in Belgrade

Editorial Board:

———— * ————

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

Prepress: **Dušan Ćasić**

Address of the Redaction

———— * ————

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

Branič is published quarterly. Annual subscription is 800 dinars, and a single issue is 250 dinars. Manuscripts are witheld. Contributions to the journal are not paid.

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

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

Circulation: 1000 copies

Printed by public company ”SLUŽBENI GLASNIK“, Belgrade

САДРЖАЈ

УВОДНИ РЕФЕРАТИ

Зоран Томић
Уставни суд на странпутици 9

Слободан Бељански
Кодекс професионалне етике адвоката 35

ЧЛАНЦИ

Вељко М. Делибашић
Кривично дело посредовање у вршењу проституције
из члана 184. Кривичног законика 67

Мирослав Врховшек, Владимир Козар
Нематеријална штета због нарушавања угледа правног лица 85

Анђела Стојановић
Члан 7. Европске конвенције за заштиту људских права и
основних слобода и кривично законодавство Србије 103

ПРИКАЗИ

Недељко Јованчевић
Вељко Губерина, *Сведок историје*, књига IX 119

CONTENTS

Zoran Tomić
Constitutional Court on Astray 9

Slobodan Beljanski
Codex of Professional Lawyers' Ethics 35

ARTICLES

Veljko M. Delibašić
Criminal Act of Mediation in Performing Prostitution
From art. 184 of the Criminal Code 67

Miroslav Vrhovšek, Vladimir Kozar
Nonmaterial Damage Due to the Violation
of Legal Entity's Reputation 85

Andjela Stojanović
Art. 7 of The European Convention for Human Rights Protection
and Basic Freedoms and Criminal Legislation of Serbia 103

PRESENTATIONS

Nedeljko Jovančević
Veljko Guberina, *The Witness of the History* 119

UDK: 347.962.2:342.565.2(497.11)"2010'

Проф. др Зоран Томић
редовни професор
Правни факултет у Београду

О правној заштити судија

УСТАВНИ СУД НА СТРАНПУТИЦИ

„Наравно, не можемо бити сигурни у то да дубине заиста нешто скривају – но, било како било, у свакоме од нас постоји тај груби покрет, та кретња руке која гњечи лице другог, у нади да ће у њему, или иза њега, пронаћи нешто што се ту скрива".

(Милан Кундера, *Сусрет*, Београд, 2009, стр. 15)

Увод

1. – Међу овдашњим правницима било је поприлично дискусије о проблему уставности још актуелног општег избора судија у Србији. О томе овде није реч. Такође, у више наврата је указивано на бројне мањкавости у персоналној реформи правосуђа, посебно у раду Високог савета

судства. Нећу сада да их набрајам.[1] Но, као да се олако прешло преко првог, основног питања: *који је суд надлежан за пружање правне заштите у случају неизбора на судијску функцију, као и у случају престанка судијске функције*. А ова тема није ноторна, нити је до сада стручно правилно и до краја исцрпена. Отуда предстојећи напор писца ових редова. Осим тога, предмет започетог рада је и претресање прве одлуке Уставног суда, донете по жалби једног не(ре)изабраног затеченог судије.

2. – Према новом *Закону о управним споровима* (ЗУС)[2], „у управном спору суд одлучује о законитости коначних управних аката, осим оних у погледу којих је предвиђена другачија судска заштита“ (став 1. члана 3, „Предмет управног спора“). „У управном спору суд одлучује и о законитости коначних појединачних аката којима се решава о праву, обавези или на закону заснованом интересу, у погледу којих у одређеном случају законом није предвиђена другачија судска заштита“ (став 2. истога прописа). „Суд у управном спору одлучује и о законитости других коначних појединачних аката када је то законом предвиђено“ (став 3). С тим у вези, поставља се питање да ли предмет управног спора по новом ЗУС-у могу да буду и *акти донесени у стварима у којима непосредно на основу уставних овлашћења одлучује било Народна скупштина, било председник Републике, ако се њима решава о нечијем праву, обавези или на законом заснованом интересу*. У односу на њих није обезбеђена никаква (друга) судска заштита, па би *prima facie* и овакви акти потпадали под управно-судску заштиту. Иначе, они су и у теорији и у пракси (која је претходила новом ЗУС-у) квалификовани као политички акти. Стога су били изричито изузети од судске заштите у управном спору (члан 9. став 1. тачка 3. старог ЗУС-а).[3] Наиме, код ових аката – због њихове каквоће и правног основа предузимања – спорно не може да буде питање законитости већ само уставности. А уставност таквих појединачних правно-политичких аката не може да буде предмет управног спора, већ једино уставног спора пред Уставним судом по уставној жалби, ако се таквим појединачним

[1] В. З. Р. Томић: „Правда у перспективи или перспектива правде“, *Правни информатор*, бр. 10/09, 43-47. и „Шопенхауер и домаће правосуђе (На ивици дна, пародија правосуђа)“, *Правни информатор*, бр. 6/10, стр. 48.

[2] „Службени гласник РС“, бр. 111/09, ступио на снагу 30. 12. 2009. године, дан по објављивању.

[3] „Службени лист СРЈ“, бр. 46/96. Писац ових редова се при састављању текста новога ЗУС-а залагао (без крајњег резултата) за задржавање старе солуције, сматрајући да такви акти – именовани као политички због минималне количине своје правне супстанце – подлежу искључиво мерилу уставности, па и то ограничено (!), а не и законитости. Остаје ипак да судска пракса у управном спору профилише то питање.

актима повређују људска и мањинска права и слободе зајемчени Уставом (члан 170. Устава)[4].

Акти Народне скупштине донети *непосредно на основу уставних овлашћења*, у директној примени Устава а не посредством закона, тичу се главнине изборних права Скупштине (по ставу 2. члана 99. Устава): рецимо када бира Владу и одлучује о престанку мандата Владе и министара, када разрешава судије Уставног суда, гувернера Централне банке, Заштитника грађана и друго.

3. – Проистиче *a contrario* да *акти Народне скупштине Републике Србије (и председника Републике) донети на основу законских овлашћења*, тј. у примени закона (а не Устава директно!) – нису политички акти. Те да су подобни, као и појединачни акти других државних органа којима се одлучује о нечијим правима и обавезама, да буду предмет управног спора (по ст. 1–2. члана 3. ЗУС-а). Јер, против њих није обезбеђена никаква друга судска заштита. Пример таквог акта Скупштине је баш *акт о избору судије који се први пут бира* на несталну, трогодишњу функцију (члан 147. став 1. Устава и члан 51. Закона о судијама, даље: ЗОС)[5]. Одређујем га као управни акт.[6]

I

1. – Дакле, према мом виђењу, *акти Народне скупштине о избору судија на пробни (нестални) трогодишњи мандат* (члан 147. став 1. Устава и члан 51. ЗОС-а) – као (у)правни акти којима се у примени меродавног

---

[4] *Три су главна кумулативна обележја* појединачних политичких аката: (а) доносе их највиши, чисто политички органи, органи државе (парламент, шеф државе, влада); (б) представљају непосредну примену устава, а не доносе се ради извршења закона; узгред, Влада Републике Србије не доноси ниједну врсту појединачних аката непосредно примењујући Устав (в. члан 123. Устава), већ све њих на темељу Закона о Влади („Службени гласник РС“, бр. 55/05, 71/05, 101/07, 65/08); (ц) доносилац акта располаже великом, уставно признатом количином политичке дискреционарности, слободе политичког деловања, тј. чистог уставног суверенитета, водећи при томе рачуна о Уставу и „државном разлогу“ (*raison Etat*). Они се називају још и *акти владе* (*actes de gouvernement, Regierungsakten*). О односним актима видети опширно код: M. Virally, *Les actes de guovernement en droit français, Etudes de droit contemparain,* IV, Paris, 1959, посебно стр. 85-97; M. Dendias, *La fonction guovernementale et les actes de son exercice – Les actes gouvernement,* Paris, 1936, стр. 12-14; P. Duez, *Les actes de gouvernement,* Paris, 1935; В. Симовић, *АВНОЈ, правно-политичка студија,* Београд 1958, стр. 163-165; Р. Марковић, *Извршна власт,* Београд, 1980, стр. 99-111.

[5] „Службени гласник РС“, бр. 116/08.

[6] Према однегованом ставу судске праксе, тачније ранијег ВСЈ, „појединачни акти о избору или именовању, односно разрешењу од дужности лица у изборним звањима, а које доносе представничка тела сматрају се управним актима“ (ВСЈ, Уис. број 1954/70 од 9. 7. 1970).

закона решава у конкретним ситуацијама а у односу на које није изричито предвиђен ниједан други облик судске заштите – *правно су нападљиви у управном спору пред Управним судом* (применом одредбе става 1. члана 3. ЗУС-а а на подлози става 2. члана 198. Устава).

2. – Остаје да детаљније размотрим још две, битно другачије правне ситуације у миљеу правне заштите судија:

ad 1 – *Питање надлежности за пружање правне заштите раније изабраним („затеченим") сталним судијама у Србији који нису изабрани на нови мандат, а престала им је судијска функција по сили закона „даном ступања на функцију судија изабраних у складу са овим законом"*[7] (по

[7] Такву правну ситуацију за сва, том нормом обухваћена лица, створила је *Одлука о избору судија на сталну судијску функцију у судовима опште и посебне надлежности* од 16. 12. 2009. године („Службени гласник РС", број 106/2009 од 17. 12. 2009. године). А она је „негативно конкретизована" следујућом, сукцесивном *Одлуком Високог савета судства бр. 06-00-37-01 од 25. 12. 2009. године*, „којом је утврђен престанак судијске дужности са 31. децембром 2009. године судијама које нису изабране у складу са Законом о судијама („Службени гласник РС", број 116/08)". Ова потоња одлука Савета је, каже судија Уставног суда Д. Слијепчевић, заснована на „прекиду континуитета сталности судијске" функције, како је исти суд протумачио Устав из 2006. и Уставни закон за његово спровођење у свом решењу број ИУз-43/29009. од 9. 7. 2009. (о неприхватању иницијативе „за покретање поступка за утврђивање неуставности и несагласности са потврђеним међународним уговорима одредаба члана 99. став 1, члана 100. и члана 101. став 1. Закона о судијама..."). Д. Слијепчевић стога вели – пристајући овде уз став Савета – да је Одлука Савета од 25. децембра само „декларативне природе", с обзиром да само „констатује престанак судијске дужности судији који није изабран приликом општег избора" (*Издвојено мишљење* на одлуку УСС VIIIУ број 102/2010 од 28. 5. 2010. године – „Службени гласник РС", број 41/10, стр. 94).

Моје гледиште о сету питања престанка судијске функције затеченим судијама осетно се разликује. Биле су две одлуке Савета које садржински чине целину. Обе заједно су *претежно конститутивне* јер стварају нову правну ситуацију, односно две нове правне ситуације: раздвајају све дотадашње судије на две потцелине различитог правног положаја почев од 1. 1. 2010. године. Једна – *Одлука о избору судија на сталну судијску функцију у судовима опште и посебне надлежности* од 16. 12. 2009. године, у облику листе судија који су изабрани с новим мандатом; посреди су појединачни (у)правни акти о стицању судијске функције, невешто склопљени у јединствен документ а са истим, калупским „образложењем". Друга одлука Савета – *она од 25. 12. 2009. године*, је у облику збирног списка неизабраних лица између оних који су конкурисали за сталну судијску функцију. И овде су посреди закамуфлирани појединачни – управни акти (такође без конкретних образложења зашто је одлучено тако како је одлучено за свако од наведених лица понаособ). Акти о неизбору поименце одређених лица/судија су *ex lege* били неопходна правна претпоставка – не за престанак судијске функције како неспретно пише у другој Одлуци савета (та функција је, због уставно утврђеног дисконтинуитета сталности судијске функције престала свим затеченим судијама!) – већ за неступање на функцију 1. 1. 2010. Према одредби става 3. члана 100. ЗОС-а, само „судије изабране у складу са овим законом ступају на функцију 1. јануара 2010. године". Значи, свима дотадашња

члану 101. став 1. ЗОС-а[8], а на темељу одредбе члана 7. Уставног закона за спровођење Устава)[9];

ad 2 – *Питање правне заштите у случају престанка сталне судијске функције стечене по новом закону, по актуелном ЗОС-у* (тј. почев од 1. 1. 2010. године).

Ad 1 – *Правна заштита не(ре)изабраних „затечених" судија*. – „Судијама... који нису изабрани у складу са овим законом, дужност престаје даном ступања на функцију судија изабраних у складу с овим законом" (члан 101. став 1. ЗОС-а). У питању је *чисто законска правна ствар:* општи престанак судијске функције – свим затеченим судијама, што је невешто срочено тако да изгледа као да изабранима и не престаје (стари) мандат. Наиме, постоји језичка неусклађеност између одредбе става 3. члана 100. и већ цитиране одредбе става 1. члана 101. ЗОС-а: у њима се не каже оно што је логично – да општи избор кореспондира са општим престанком судијске функције! Само што је избор датиран пре престанка, тако да се судије замењују „у ходу". За неизабране се изричито саопштава када им затечена функција престаје, а за изабране прећутно. Тако да онима који нису у међувремену изабрани на нови мандат, он и не може да почне. А онима који су изабрани, на раскршћу две календарске године престаје стари а одмах започиње нови мандат. Дакле, свима се судијски мандат гаси, него непосредно законском нормом, по сили сâмог закона а не правним актима Савета. Ради избегавања правног вакуума, дотадашња судијска дужност у припадајућим судовима престаје даном

функција законски престаје закључно са 31. 12. 2009. године, а нове судије 1. 1. 2010. ступају на функцију, од када почиње да живи и нова судска мрежа у Србији. Речју, неизабранима не тече нови мандат. Узгред, држим да је законска конструкција коју је „надоградио" Савет а у суштини здушно подржао и Уставни суд – флагрантно неуставна, правно-занатски некоректна и противна међународним стандардима, нарочито оном о сталности судијске функције.

[8] Та одредба гласи: „Судијама из члана 99. ст. 1. и 2. овог закона, који нису изабрани у складу са овим законом, дужност престаје даном ступања на функцију судија изабраних у складу са овим законом" – а то значи изабраних од стране Високог савета судства. Због профила овог текста, остављам по страни питање уставности тог општег избора судија. В. примерице о томе прилоге објављене у *Информатору Друштва судија Србије* број 2/08 – текстови Р. Марковића, В. Ракић-Водинелић, Ј. Хасанбеговић и З. Ивошевића, као и у броју 2/09 истог гласила – текстови К. Чавошког, З. Р. Томића. С. Бељанског, Т. Маринковића и Р. Васић.

[9] Ова уставно-законска одредба гласи: „Избор судија... извршиће се најкасније у року од једне године од дана конституисања Високог савета судства". Она је званично постала темељ и доказ – за многе упућене, пак, добрано сумњив – дисконтинуитета сталне судијске функције стечене по Уставу Србије од 1990. године и прописима донетим на основу њега. На цитираној климавој норми изникле су одредбе чл. 100–101. ЗОС-а.

ступања на функцију новоизабраних судија у нове судове. *Тиме је сталност судијске функције неуобичајено генерално прекинута, насилно правно покидана. И то овим случајевима даје специфичност, тако да нужно потребују и одвојен правни режим заштите оштећених, у поређењу са стандардним ситуацијама правне заштите судија*.

Данас у Србији више нико не пориче да сталне затечене судије којима је престала функција могу правно војевати против акта о сопственом неизбору. Но, тврдим да у погледу њих *не би могле применити* одредбе *о праву судија којима је престала функција одлуком Савета на жалбу Уставном суду* (став 1. *in fine* и став 2. члана 148. Устава и члан 67. ЗОС-а).[10] За ово моје ново гледиште, наспрам до сада устаљеног становишта, нудим три јака разлога:

Прво – набројане одредбе се односе на престанак судијске функције одлуком Савета, а затеченим судијама је мандат престао по сили закона, а није започео нови због претходног не(ре)избора од стране Савета.

Друго – престанак функције судији који од Савета „не буде изабран на сталну функцију“ (одредба члана 148. став 1, *in fine*) тиче се несталних судија којима је истекао пробни трогодишњи мандат (у смислу члана 147. став 1. Устава у вези са чланом 61. ЗОС-а) – изабраних од стране Скупштине по важећем ЗОС-у – а не затечених сталних судија, бираних по ранијим прописима! „Судији који је први пут биран, а не буде изабран на сталну функцију, престаје судијска функција даном истека трогодишњег мандата“ (члан 61. ЗОС-а). А „против одлуке Високог савета судства може се уложити жалба Уставном суду, у случајевима прописаним законом“ (члан 155. Устава). Међу њима у ЗОС-у (члан 57, нарочито у вези са чланом 61. – *Престанак функције судији који је први пут биран*) није и случај престанка функције затеченом сталном судији по сили закона, који у међувремену није изабран.

Треће: Регуле новог ЗОС-а о праву на жалбу Уставном суду против одлука Високог савета судства (даље: Савета) о престанку судијске функције (члан 67. тога текста, а на темељу члана 148. став 2. и члана 155. Устава) не могу се односити на општи престанак судијске функције свим затеченим а неизабраним судијама, уређен „прелазним одредбама“ ЗОС-а. Ово стога што се по слову (ис)тог закона он примењује од 1. 1. 2010. године (члан 107. став 1), а свим затеченим судијама је функција престала „са 31. 12. 2009. године“ (што читко пише у предметној одлуци Савета од 25. 12. 2009. године). Значи, само судије изабране од стране Савета

[10] Што је било и моје раније виђење (в. З. Р. Томић, „Правда у перспективи или перспектива правде“, стр. 44). Но, временом ми је сазрело другачије гледање на исто питање.

по овом новом закону, почев од 1. 1. 2010. године имају – у законом одређеним случајевима престанка судијске функције – право на жалбу Уставном суду. То је ситуација коју нешто доцније додатно појашњавам.

Међутим, поводом жалбе једног неизабраног затеченог судије (није била у питању уставна жалба!) *Уставни суд је донео Одлуку (УСС* VIIIУ *број 102/20210 од 28. 5. 2010. године)*[11] у којој – "...у вези са правима судија којима је због неизбора на сталну судијску функцију престала дотадашња судијска дужност" – полази од следеће премисе: "...ова лица имају право на жалбу Уставном суду утврђено чланом 148. став 2. Устава..."[12] У Одлуци Уставног суда пише: „Полазећи од наведених одредаба Устава и закона, Уставни суд је утврдио да је одредбом члана 148. став 2. Устава гарантовано право на жалбу против одлуке Високог савета судства о престанку судијске функције и у случају да судија не буде изабран на сталну судијску функцију, а не само у случају наступања других законом прописаних услова и разлога. С обзиром на то да је у конкретном случају поступак избора судија спроведен и оспорена Одлука донета применом одредаба Закона о судијама из 2008. године, Уставни суд је оценио да судијама којима је судијска дужност престала због тога што у том поступку нису изабране не може бити ускраћено право на жалбу против оспорене Одлуке прописано чланом 67. истог Закона, јер би се на тај начин искључио поступак инстанционе контроле оспорене Одлуке који са првостепеним поступком чини јединствену целину..."

Тако је Суд покушао да формулацију из ЗОС-а о праву на жалбу Уставном суду пробних судија који од Савета не буду изабране на сталну судијску функцију а привремена им истекне (члан 61. ЗОС-а) – недопуштено протегне, да не кажем подметне као вредећу и за затечене а неизабране судије у процесу општег избора којима је судска функција престала по сили прелазних одредаба закона, са 31. 12. 2009. године!! За овакав неприхватљив судски резон, удаљени правни основ не представља ни законско утврђење да се „првим избором судије... сматра избор на дужност судије у складу са раније важећим законом" (члан 100. став 4, прва реченица). Оно је, наиме, само још један стуб дисконтинуитета функције судија бираних по ранијим прописима: затечени стални судија (стални је био по основу прописа по којима је изабран!) – прагматично коперникански – по новом закону постаје нестални! Тумачим да сми-

[11] „Службени гласник РС", број 41/10, стр. 89–93, са три издвојена мишљења судија: Д. Слијепчевића, М. Драшкић и О. Вучић.

[12] Суд се овим позвао на свој раније донети закључак из *Ставова Уставног суда* (бр. Су – 131) од 25. 3. 2010. године о избору судија и заменика тужилаца.

сао цитиране одредбе ни на крај памети није у посредном, упућујућем признавању права на жалбу Уставном суду и овим судијама у случају неизбора. Њен циљ није да им се гарантује иста правна заштита као и трогодишњим судијама које не буду изабране од Савета на сталну судијску функцију па им она престане – већ *искључиво у изричитој, законски ригидној трансформацији статуса затечених судија*: *од сталних у несталне!* У питању је капитално, екстремно погоршање њиховог положаја, беспримерно одузимање стеченог својства сталности. Оно се бескрупулозно ретроактивно, назови безгрешно уклања. Стога је овде свака аналогија у правној заштити због неизбора између пробних судија и једнопотезно деградираних затечених старих судија – штетна, опасна и неумесна. Редовне ситуације и стандардни акти Савета су једно, а једнократни, непоновљиви „прелазни“ случајеви нешто сасвим друго. Биће да је баш због тога, сразмерно њиховом огромном шок-губитку (назадовању и нестабилности), логично да у ситуацији не(ре)избора од стране Савета, *затечене а раније изабране судије добију упадљиво различиту – снажнију, обухватнију и разуђенију заштиту* од дословно судија-почетника (које никад пре нису биле судије), први пут бираних по новом закону. Без обзира на околност што обема категоријама мандат даје Парламент, а не Савет.

Сагласно целини саопштеног, као одговор на накнадно и на пречац наметнуто, унеколико политизовано, дубиозно и добрано чудовишно пројектовање престанка њихове функције, правна заштита ових затечених ех сталних судија мора да буде унапред лишена и примисли било каквих потенцијалних политичких примеса и осталих ванправних утицаја. Па је и из овог разлога не само исправније, него и боље, целисходније – ако се већ законодавац није одрешито изјаснио о односној надлежности – да она буде поверена ортодоксном судству, а не уставном судству, које је по дефиницији изван система редовног правосуђа. Речју, прикладније је да заштиту односних судија од могућих противправности код лишавања њиховог судијског позива – у једном до бола суптилном свежњу правних предмета – пружају саме класичне судије, а не посленици уставно-судског трибунала. И то оне специјализоване, управне судије, и саме недавно прошле кроз тријажу општих судијских избора. За овакву предложену надлежност није била одлучујућа околност свеколике оптерећености Уставног суда текућим бројним и сложеним споровима, нити засићеност његових омеђених кадровских ресурса; то је техничко питање. А можда је на моје помало окаснело

промишљање надлежности Управног суда а не Уставног суда у дотичним тананим правним стварима, утицало и сијасет несналажења Уставног суда у поступку по првој решеној жалби једног затеченог судије; о том увиду потанко нешто доцније. Придодајем: Апстрактно узев, правнички фушерај и блефирање увек рађају бофл резултате и учвршћују утисак да је данас и овде јавно право и даље тек нешто озбиљнији али ипак само обичан папир и, у крајњој линији, у норме махом умотана владајућа политика.

Сличност између престанка функције пробним судијама које не буду изабране за сталне и престанка функције затеченим старим судијама (законски преображеним у несталне) – је незнатна: Првима функција престаје буквално због неизбора за сталне судије, пошто им истекне привремени мандат у датом суду. Другима, оним затеченим – функција се завршава и ако буду изабрани за сталне, пошто нестају судови у којима су је до тада вршили. А пробним трогодишњим судијама које буду изабране за сталне, *функција не престаје него прераста у временски неограничену* у истим судовима. Док се свим затеченим судијама функција окончава по сили закона заједно са гашењем припадајућих судова, онима међу њима од Савета изабраним за сталне судије, зачиње се нови мандат у новим судовима. Посреди је тотални, и персонални и структурално-организациони, правосудни почетак – окренута „нова страница“ и судија и судова; јер, нема судија без судова. То потврђује и прелазна законска одредница „да судије изабране по ранијим прописима настављају функцију у судовима за које су изабране до дана ступања на функцију судија изабраних у складу са новим законом“ (члан 99. став 1. ЗОС-а), до 1. јануара 2010. године (члан 100. став 3. истога закона) – и то у радикално промењеној судској шеми.

Све у свему, јемчим (с претходним а посебно оним раније изнесеним тројаким аргументима) да је *Уставни суд несумњиво стао на апсолутно погрешно становиште да је допуштена жалба Уставном суду у погледу правне заштите затечених судија којима је престала судијска функција због неизбора (sic?!) а на темељу става 1. члана 101. ЗОС-а.* Криво је проценио да је у овој врсти специјалних случајева правне заштите судија баш он инстанциони суд!

С обзиром на то да за предочене *sui generis* случајеве није изричито предвиђена судска заштита, држим да судску надлежност треба заснивати на потпуно другој уставној поставци од оне којој је Уставни суд поклонио поверење*:* „Законитост појединачних аката којима се одлучује о праву, обавези или на закону заснованом интересу подлеже преиспити-

вању пред судом у управном спору, ако у одређеном случају законом није предвиђена другачија судска заштита“ (став 2. члана 198). Произлази да се *против појединачних (у)правних аката Савета о неизбору затечених судија на сталну судијску функцију правна заштита остварује у управном спору, тужбом Управном суду – а не жалбом Уставном суду, како резонује сâм Уставни суд*. Код тога би било оправдано да се – у констелацији досадашњих бројних а незанемарљивих процесних неправилности и пропуста Савета код судијских избора концем 2009. и првих месеци 2010. године – рок за управно-судску тужбу сваком неизабраном затеченом судији рачуна тек од достављања њему лично формално исправно издатих и примерено образложених појединачних правних аката о неизбору у конкретном случају.

Будући да је Управни суд непорециво надлежан у споровима о законитости појединачних правних аката Народне скупштине и Владе којима се на основу закона (а не директној примени Устава) решава о конкретним правима и обавезама – онда када у погледу њих није предвиђена нека друга судска заштита – зашто принципијелно не би био надлежан и по тужбама против аката Савета о неизбору затечених судија? Стратешки, Уставни суд јесте редовно инстанциони суд у односу на Савет. То је *explicite* записано у Уставу и одговарајућем закону, и строго ограничено по простирању. Стога не би смело да важи и за нарочите ванредне ситуације без изричито прописане судске заштите.

С друге стране, свежепредложеном трасом судске заштите, правни предмети неизабраних затечених сталних судија којима је престала судска функција потпадају под један засебан правни режим. Наиме, доношењем правноснажне пресуде Управног суда у управном спору по тужби ових судија, заштита не би била довршена. При руци странкама кумулативно стоји и захтев за преиспитивање одлуке Управног суда пред Врховним касационим судом (члан 49. ЗУС-а). Осим ако се Управни суд прогласи ненадлежним, па односне предмете одмах теслими Уставном суду. Но, овим би отпале процесне претпоставке *за заокружујуће* изјављивање уставне жалбе која би пак била правно допуштена ако би се истрајало на путу управно-судске заштите.

Што се тиче престанка функције, све судије биране по ранијим прописима, биле су доиста подвргнуте једном у упоредном праву раритетном, крајње особеном правном режиму. До пуцања поткопаном и са становишта легалитета и са становишта легитимитета. Исконструисан је начин на који по закону, а на подлози једне недоречене норме Уставног закона за спровођење Устава који сâм о томе ништа не збори, губе своју стечену функцију. За ту функцију су – с поверењем у државу, уставне

прописе по којима је задобијена и међународне стандарде, показало се наивно – веровали да је стална. Стога ове судије и треба да имају, ради некакве *компензационе правде*, на располагању *појачану правну заштиту.* И *квантитативно и квалитативно.*

Препоручени модел правне заштите неизабраних затечених судија у управном спору пред Управним судом је, као комплетнији, за њих много повољнији, изгледнији. Напослетку, правда би се могла потражити и пред Европским судом за људска права у Стразбуру. С позивом на повреду „Права на правично суђење" из члана 6. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода[13] или/и по основу кршења члана 13. ове конвенције о „Праву на делотворни правни лек".

Ad 2 – *Правна заштита због престанка функције новоизабраним сталним судијама* (члан 148. став 2. Устава и члан 67. ЗОС-а). – Судије на сталну судијску функцију бира Високи савет судства (члан 147. став 3. Устава и члан 52. став 1. ЗОС-а). Савет[14] је „независан и самосталан орган који обезбеђује и гарантује независност и самосталност судова и судија" (члан 153. став 1. Устава и члан 2. став 2. Закона о Високом савету судства, даље: ЗОВСС).[15]

Према Уставу (став 2. члана 148) и ЗОС-у (члан 67. став 1), „против одлуке Савета о престанку судијске функције (али само из разлога прописаних чланом 148. став 1. Устава, односно чланом 57. став 1. ЗОЦ-а), судија има право жалбе Уставном суду", при чему „изјављена жалба искључује право на подношење уставне жалбе". „Уставни суд својом одлуком може одбити жалбу или усвојити жалбу и поништити одлуку о престанку функције" (став 2. члана 67. ЗОС-а). Неколико чланова даље (члан 155), Устав још једанпут одређује да се „против одлуке Високог савета судства може... изјавити жалба Уставном суду, *у случајевима прописаним законом"* (подвукао З. Т.). По тој редовној жалби, као стандардном правном леку против решавајућих појединачних аката Савета о престанку су-

---

[13] Усвојене 1950. у Риму, уз касније додатне протоколе.

[14] Према *Препоруци Комитета министара Савета Европе R (94) 12* „државама чланицама о независности, ефикасности и улози судија" (из октобра 1994. године), „тело које одлучује о избору судија је независно од владе и управе" („Општи принципи", под 2.ц.). У *Европској повељи о статуту за судије* (из јула 1998) стоји да је „правосудни савет или слично тело... независно од законодавне и извршне власти приликом доношења сваке одлуке о избору, регрутовању, постављењу, напредовању или разрешењу судија" („Општа начела", под 1.3.). Она је комплементарна „Основним начелима везаним за независност судства" (*Basic Principles of the independence of the Judiciary*) садржаним у двема резолуцијама GSUN (40/32 и 40/146) из 1985. године

[15] „Службени гласник РС", бр. 116/08.

дијске функције, односно о неизбору пробних судија на стални мандат, Уставни суд – за разлику од испитивања уставне жалбе када се ограничава само на заштиту „људских и мањинских права и слобода зајемчених Уставом“ (члан 170. Устава) – има могућност да испитује не само уставност, него и све елементе, и чињеничне и правне, законитости престанка судијске функције у конкретном случају.

А ситуација наведена под ад 1 у овоме спису је у том погледу садржински кардинално посебна, неупоредива. Неизабраном затеченом судији би у његовој правној невољи била редовно доступна *тужба Управном суду* (по члану 198. став 2. Устава и члану 3. ст. 1–2. ЗУС-а), а не жалба Уставном суду.[16]

Насупрот, будући да је у ситуацији ад 2 уставно и законски рафинирано обезбеђена редовна а специфична правна заштита, жалбом Уставном суду – *управни спор је искључен* (с обзиром на одредбу члана 3. ст. 1–2. *in fine* ЗУС-а).

II

Малочас наведена *прва одлука Уставног суда по жалби једног неизабраног затеченог судије* (VIIIУ број 102/20210 од 28. 5. 2010. године) у процесу општег избора судија у Србији – случај „Савељић“ („Службени гласник“ бр. 43/10, стр. 89–93, даље: *Гласник*) – заслужује да овим поводом, као парадигматична (симптоматична, па и негативно поучна!) за правну заштиту судија на домаћем простору, буде нешто ближе критички рашчлањена и продискутована. Том уставно-судском одлуком је жалба уважена и поништена Одлука Високог савета судства (даље: Савета) од 25. 12. 2009. године (даље: друга Одлука Савета) у делу који се односи на жалиоца. Такође, Уставни суд (даље: Суд) је том приликом наложио

[16] Судија Д. Слијепчевић сматра, пак, да је једини правни лек у описаном случају уставна жалба (цитирано *Издвојено мишљење*, стр. 94). Он, тако, вели: „Решењу Уставног суда број ИУз-43/2009 од 9. 7. 2009. године заузет је правни став да је доношењем Устава од 2006. године прекинут континуитет сталности судијске функције свим судијама изабраним по раније важећим законима донетим на основу Устава од 1990. године. Из тог разлога, а сходно цитираној одредби члана 101. став 1. Закона о судијама нема места становишту да је Одлука Високог савета судства о престанку судијске дужности Зорану Савељићу конститутивне природе. Напротив, јасно је да је и Зорану Савељићу, као и свим другим неизабраним бившим судијама у поступку општег избора судија у Републици Србији раније стечена судијска функција престала по сили закона. Због тога је и жалбом побијана одлука Високог савета судства декларативне природе, против које сходно важећем Закону о судијама није допуштена жалба Уставном суду. Из реченог следи да је једини правни лек којим се та одлука може побијати уставна жалба прописана одредбама члана 170. Устава“. В. и фусноту број 7 овога чланка.

Савету да „у року од 30 дана од дана пријема ове одлуке поново одлучи о пријави подносиоца жалбе... поднетој на оглас за избор за судију на сталној судијској функцији...“ – речју, да понови поступак избора у конкретном случају.

После детаљног сагледавања слова и духа ове одлуке, дошао само до закључка да је, поводом поднете жалбе у случају „Савељић“, Суд починио низ неопростивих правних неверстава и правничких јереси. Идем редом.

1. – Пре свега, Суд је, тврдим, самовласно *узурпирао надлежност Управног суда*: прогласио себе надлежним судом за одлучивање по жалбама против одлука Савета о неизбору одређених између пријављених кандидата на оглас за судијска места. *После овога, целокупно даље поступање Суда је правно ништаво, неповратно је отишло, клизнуло странпутицом*. Но, чак и да је судска надлежност којим случајем „погођена“, у раду Суда су се поткрале и друге битне, крупне процесне мањкавости. Велим процесне, јер Суд до срца ове правне ствари и није дошао. Шта је Суд рђаво урадио пошто се огласио тобоже надлежним?

2. – На почетку, *Суд није правилно правно квалификовао жалбом побијану другу Одлуку Савета (ону од 25. децембра 2009. године), није схватио (или није желео да разуме?) праву правну природу тог акта Савета*. На ову грешку га је навела – а њему се тако нешто с обзиром на номинални ранг у правном систему нипошто није смело десити! – и формулација одлуке Савета (sic!): „Судијама које нису изабране у складу са Законом о судијама („Службени гласник РС“, бр. 116/08) престаје судијска дужност са 31. децембром 2009. године...“. Па Суд лаконски збори, боље рећи преписује, да је том одлуком „утврђен престанак судијске дужности... судијама које нису изабране“ (*Гласник*, стр. 89). Дијаметрално супротно, понављам: односна одлука Савета је у суштини скуп управних аката чија је правна последица неотпочињање нових судијских мандата због одлученог неизбора. Савет није уопште решавао о престанку функције, већ о неизбору, док *судијска функција престаје свим затеченим судијама по сили закона* „са 31. 12. 2009. године“ (прикривена стилизација члана 101. став 1. у вези са чланом 100. став 3. ЗОС-а). Значи, подвлачим: Савет овде не решава о престанку судијске функције, већ својим одлукама о (не)избору, у улози аката услова ствара или не ствара правне претпоставке за отпочињање нових судијских мандата у новој мрежи судова, почев од 1. 1. 2010. године. Описано нетачно опредељење Суда од кључног је значаја како за квар у промовисању сопствене надлежности, тако и за његово даље лутање у предмету „Савељић“.

3. – Суд *није исправно одмерио ни основни груби формални недостатак акта Савета: правно непостојање издаваоца акта*! Јер, Савет је све време

радио као фактички орган – није уопште био конституисан у смислу Устава и закона[17]. Запрепашћује чињеница да је Савет „конституисан“ а да сви изборни чланови нису изабрани. *Они сви од реда (sic!) – и по Уставном закону за спровођење Устава и по Закону о Високом савету судства – морају и да буду изабрани* да би Савет уопште и могао најпре да се успостави, да одржи прву седницу, да се оформи као респектабилно тело и да као такво пуноважно дела и доноси одлуке. „Конститутивна седница Савета одржаће се у року од седам дана од дана избора изборних чланова“ (члан 6. став 5. Уставног закона /…/ и члан 54. став 1. Закона о Високом савету судства). Предузимањем квази конституисања тзв. Савета са 9 чланова – потом 10, у време доношења предметне одлуке – од 11, нипошто није био испуњен услов да он правоваљано одлучује о било чему. Не сме се мешати „кворум“ за рађање органа – Савет у пуном капацитету устоличених, са кворумом за пуноважно доношење одлука – већина од свих чланова Савета[18]; онај први, прејудицијарни, непобитно није достигнут. Посреди је апсолутно правно непостојање, односно правно ненастајање тог тела у конкретном случају. Пошто сви његови чланови нису били поименце познати и изабрани у законски утврђеној процедури,[19] а нема изричите правне норме да се Савет може/сме конституисати у крњем, непотпуном саставу.[20]

Суд је волшебно узео да Савет без свих неизабраних чланова правно постоји и пуноважно ради, што је чиста фикција. Да објасни овакав свој, и логички неодржив и неодбрањив став, Суд се – у недостатку, правих, правничких разлога – послужио оним лаичким и политичким: „Полазећи од тога да је први састав Високог савета конституисан након избора пет од осам изборних чланова Савета и три по положају, што је омогућило Савету да врши све послове из своје надлежности утврђене Уставом и законом, Уставни суд је оценио да се због непотпуног састава Савета не доводи у питање законитост његовог рада и одлучивања… Уставни суд сматра да се легитимитет рада једног државног органа остварује његовим конституисањем у пуном саставу. Међутим, различите околности могу утицати да поједини његови чланови не буду изабрани у роковима предвиђеним уставом и законом, што се догодило и приликом првог изборних чланова првог састава високог савета судства“. Каква аправничка и Суда недостојна дијагноза и оцена!

---

[17] Том питању је посвећено и издвојено мишљење судије О. Вучић у предмету који разматрам (*Гласник*, стр. 96–99).

[18] По ставу 1. члана 17. Закона о Високом савету судства.

[19] В. З. Р. Томић, „Правда у перспективи или перспектива правде“, стр. 46.

[20] Насупрот, такву изричиту одредбу о конституисању самог Уставног суда у 2/3 саставу садржи став 3. члана 9. Уставног закона за спровођење Устава.

4. – Суд је, кренувши од става да свака одлука којом се утврђује да је „судијска дужност престала мора да садржи индивидуализоване разлоге због којих одређено лице није изабрано“, обавестио Савет, „уз достављање поднетих жалби... да у року од 15 дана од дана пријема дописа поступи по наведеним ставовима, односно да достави одговор на наводе жалбе“ (*Гласник*, стр. 90). У први мах изгледа да је Суд овде посегнуо за процесним правилима из Закона о Уставном суду[21] која *explicite* уређују „поступак по жалби судија, тужилаца и заменика јавних тужилаца на одлуку о престанку функције“ (чл. 99–103). Но, једна од судија која је издвојила своје мишљење у овом предмету (М. Драшкић, *Гласник*, стр. 95–96) недвосмислено сведочи да је на седници Суда од 28. маја 2010. године већински заузето становиште да је Одлука Савета „један прави управни акт те за поступање по њему треба применити Закон о управним споровима“ (sic!, *Гласник*, стр. 95). Ако је тако, онда је посреди још један колосалан процесни промашај Суда: *акт који нема образложење у сваком судском поступку се као битно процесно недостатан (непотпун) одмах поништава, и без слања жалбе/тужбе на одговор* (сходна примена члана 28. став 1. Закона о управним споровима, „Поништење акта у претходном поступку“; даље: ЗУС). Дакле, уставно-судско слање жалбе на одговор у конкретном случају (а не поништавање акта из формалних разлога „који га чине очигледно незаконитим“, како пише у одредби става 1. члана 28. ЗУС-а) – тј. недозвољено допуштање накнадног калемљења образложења на првобитно готов акт (какав да је)! – већ на старту непотребно доводи озбиљно у питање *разумност рока* за одлучивање у овој правној ствари. А то значи и *правичност* односног суђења (стандард прописан чланом 6. Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода, чланом 32. Устава и чланом 2. ЗУС-а).

5. – Надаље, ни следствено пристигли – а од Савета процесно сувишно тражени – *одговор на жалбу, у смислу накнадног индивидуализованог образложења акта, Суд не сматра правно релевантним*. Он каже: „С обзиром на наведено, оспорена Одлука Високог савета судства, по оцени Уставног суда, није образложена на начин прописан законом, чиме се повређују Уставом зајемчена права подносиоца. Високи савет судства у остављеном року, а ни накнадно, није поступио у складу са правним ставом Уставног суда од 25. марта 2010. године, према коме је требало да донесе појединачну одлуку о престанку судијске дужности подносиоца жалбе. Уставни суд сматра да се накнадним достављањем поднеска којим је доносилац допунио образложење оспореног акта у погледу разлога због

[21] „Службени гласник РС“, бр. 109/07.

којих подносилац жалбе није изабран на сталну судијску функцију, који није саставни део тог акта, не могу отклонити недостаци оспорене Одлуке, јер образложење мора бити садржано у самом оспореном акту, чиме се омогућава оцена правилности утврђеног чињеничног стања и примене одговарајућих материјалних прописа. С обзиром на то да је жалба у конкретном случају поднета против Одлуке Високог савета судства о престанку судијске дужности неизабраних судија, предмет оцене у поступку по жалби може бити само оспорена Одлука и њена садржина, па непостојање утврђеног чињеничног стања и разлога који се односе на неизбор подносиоца жалбе у образложењу оспорене Одлуке представљају крупан и непремостив недостатак који спречава Уставни суд да приступи њеном мериторном испитивању...“ (*Гласник*, стр. 92).

Горко-тужно је нарочито то што Суд (*in fine* овога цитата) утврђује да ни после каквог-таквог добијеног одговора на жалбу, односно ипак унеколико прецизираног и каналисаног образложења одлуке према жалиоцу – нема могућност „да приступи њеном мериторном испитивању...“ (sic!!)[22]. Није ваљда заборавио на правну дужност да се пред њим одржи усмена расправа!?

6. – Да се Власи не (до)сете: *Суд у овој деоници поступка, тј. тек сада чини што у овом процесном стадију правно не сме да чини* – када је већ тражио одговор на жалбу (чл. 99. став 2. и члан 100. став 1. Закона о Уставном суду) – а што је првобитно, не тражећи одговор на жалбу у смислу персонализованог образложења Одлуке, одмах морао да предузме: *да поништи акт због непремостивих формалних правних повреда*. После приспећа захтеваног одговора на жалбу (погрешно се позивајући на став 1. члана 34, уместо на став 2. члана 99. закона по којем сâм поступа) – *Суд је био дужан, уместо што је закаснело поништио ожалбени акт, да примени одредбу члана 100. Закона о Уставном суду, да закаже и одржи усмену јавну расправу*[23]: „После истека остављеног рока за достављање

[22] Према ЗУС-у (*Одговор на тужбу и решавање спора без списа*, члан 30), „ако тужбу не одбаци на основу члана 25. став 2. или члана 26. овог закона, нити поништи акт по члану 28. став 1. овог закона односно не огласи ништавим по члану 42. став 3, суд ће по један примерак тужбе са прилозима доставити на одговор туженом и заинтересованим лицима, ако их има 2 (став 1). „Одговор из става 1. овог члана даје се у року који суд одреди у сваком поједином случају, с тим што суд не може одредити рок дужи од 30 дана од дана достављања тужбе на одговор“ (став 2). „У остављеном року тужени је дужан да достави суду све списе који се односе на предмет управног спора и изјасни се о наводима тужбе. Ако тужени и после другог захтева не достави списе предмета у року од осам дана, или ако изјави да их не може доставити, *суд може решити спор и без списа, при чему ће сам утврдити чињенично стање на расправи*“ (подвукао З. Т. – став 3. члана 30. ЗУС-а).

[23] Слично мисле овим поводом и судије Д. Слијепчевић (*Гласник*, стр. 94) и М. Драшкић (*Гласник*, стр. 95–96) у својим издвојеним мишљењима.

одговора на жалбу, Уставни суд заказује расправу на коју позива подносиоца жалбе и представника органа који је донео одлуку...“ (став 1. тога прописа). Узгред, и ЗУС наређује: „У управном спору суд решава на основу утврђених чињеница на одржаној усменој јавној расправи...“ (члан 33. став 1). „Суд решава без одржавања расправе, само ако је предмет спора очигледно такав да не изискује непосредно саслушање странака и посебно утврђивање чињеничног стања, или ако странке на то изричито пристану“ (став 2. истога члана). Беспоговорно да предметни спор очигледно није био такав. Изјашњавање странака, непосредно сучељавање њихових исказа на расправи, ради што хитнијег, делотворног и правилног решења спора, било је неопходно.

Скицираним поступањем *Суд је наставио да иде цик-цак путањом*, нејасним избором, чудним комбиновањем неспојивих правила: 1) оних уставно-судских о поступању са жалбом судије коме је престала функција (чл. 99–103. Закона о уставном суду) којима је та процедура у главним тачкама целовито уређена – а на која се иначе уопште није изричито позивао иако су она матична (sic!); 2) члана 34 став 3. Закона о уставном суду (који се изворно односи на обавезе доносиоца општег акта оспореног пред Судом!) – на која се пак изричито позива (*Гласник*, стр. 89); 3) селективно и недоследно, само појединих правила ЗУС-а (не откривајући којих)!? А све то збркано и траљаво. Код тога, групацију правила ЗУС-а Суд је могао само супсидијерно и сходно да користи (с обзиром на одредбе из члана 8. Закона о Уставном суду).[24]

На овоме месту, указујем – апстрактно – на *три нивоа меритторноī уставноī судскоī одлучивања по жалби судије*. Код тога, прелазим преко оне елементарне равни одбијања да се уопште приступи одлучивању – када долази до одбацивања жалбе због рецимо неблаговремености. „Мериторно одлучивање“ значи да се Суд упустио у разматрање жалбе, да је испитивао њену основаност. И ништа више.

По својој дубини, *први хипотетички – најплићи мериторни ниво* је онај када Суд уважава жалбу и поништава акт због таквих флагрантних процесних неправилности које га спречавају да суштински испитује жалбене наводе, враћајући предмет на поновно одлучивање органу и без слања жалбе на одговор. Понављам, Законом о Уставном суду овакав тип уставно-судског одлучивања о односној жалби није уопште предвиђен

[24] „О питањима поступка пред Уставним судом која нису уређена овим законом сходно се примењују одредбе одговарајућих процесних закона“ (став 1. тога члана). „О питањима поступка која нису уређена овим законом или одредбама процесних закона, Уставни суд ће одлучити у сваком конкретном случају“ (став 2. члана 8. Закона о Уставном суду).

када Суд већ одлучи да тражи одговор на жалбу; после тога, поништавање акта из процесних разлога више није правно допуштено и могуће! Суд у овој фази (члан 100. став 1. законског текста) свакад мора да одржи усмену расправу, да сâм утврди правно релевантне чињенице, а то већ није процесни терен испитивања жалбених навода, већ мериторно понирање у правни предмет.

Други могући ниво меритурног уставно-судског поступања у датом контексту је да – после одржане расправе, утврдивши исправно све правно релевантне чињенице у конкретном случају – одбије жалбу или да је уважи. Тако он улази у меритум ствари, ценећи да ли је доносилац ожалбене одлуке правилно применио меродавни материјални пропис или није. У потоњој другој варијанти овога слоја уставно-судског рада, оспорени акт се поништава, ретроактивно се правно елиминишу сви његови већ произведени учинци, а уједно он правно престаје да важи и за убудуће. Дакле, Суд овде непосредно не одлучује о самом престанку судијске функције (нити о избору на ту функцију), али је властан да својом одлуком незаконито одстрањеном судији правно врати функцију: поништавањем акта о њеном престанку (ако је такав акт Савета посреди, а у случају „Савељић“, показао сам раније, радило се о акту о неизбору а не о акту Савета о престанку функције!) наступа правна ситуација која је претходила престанку функције: То је васпостављање судијске дужности у погледу одређеног лица. Дакако, „одлуке Уставног суда су коначне, извршне и општеобавезујуће“ (члан 166. став 2. Устава).

У случају „Савељић“, Суд се противзаконито задржао на најплићој мериторној равни – оној чисто процесној, губећи тиме силно време а крунећи сопствени углед. Признајући да приступа „само такозваном мериторном решавању поднете жалбе, али не и мериторној оцени законитости оспорене Одлуке“ (*Гласник*, стр. 92). Неодржавши расправу након добијеног одговора Савета на жалбу, Суд је наставио с непоштовањем постулата правичности и делотворности суђења, при чему је и сам – поред свеприсутног одуговлачења и колебања Савета – *разумност рока за истински мериторно пресуђење још драстичније угрозио*. А овде је у питању деликатна и хитна, за странку-жалиоца правно егзистенцијална ствар.

Трећи, најдубљи ниво уставно-судског мериторног одлучивања била би тзв. пуна судска јурисдикција. Хипотетички, овде би Суд имао овлашћење да – уместо органа чији је акт оценио незаконитим, па га поништио – сâм непосредно и суштаствено реши тај правни случај, не враћајући предмет на поновно решавање надлежном органу. У случају судског утврђивања незаконитости одлуке Савета о престанку судијске функције, пу-

на јурисдикција Суда је бесмислена: Суд сâм не би имао шта да истински мериторно поново одлучује уместо органа чију је незакониту одлуку поништио својом. Судија-жалилац би у том случају (п)остао судија, већ на основу уставно-судске одлуке о поништавању незаконитог престанка његове судијске функције.

Но, у случају поништења одлуке Савета о неизбору једног лица (коме је, као и свима другима, судска функција престала по сили закона, а због неизбора му не тече нови мандат!) – *пуна судска јурисдикција није незамислива*. Напротив. Наиме, ако се Савет, рецимо, у свом новом акту у истој правној ствари оглуши о наређење Суда да отклони уочене (и све друге) процесне недостатке, па и други пут донесе битно правно накарадан акт – Суд би после одржане расправе могао *сходно да промени правила ЗУС-а о пуној јурисдикцији*. Реч је пре свега о одредбама члана 70. ЗУС-а,[25] пошто сличних норми у Закону о Уставном суду нема, а не постоји законска забрана пуне уставно-судске јурисдикције у односној врсти правне ствари. Суд би тако могао, ступајући на место Савета (који се, на пример, упорно, једнократно или вишекратно – а уставно-судски утврђено незаконитим – дрзне да одлучи о неизбору одређеног лица на судијску функцију), да својом одлуком, замењујући поништени акт Савета о неизбору, сâм реши ову правну ствар до краја. А то би правно и фактички значило да Уставни суд директно изабере дотично лице за судију, тако што би се – допуштеном правичном правном акробатиком – сматрало да му, уподобљено онима од Савета изабранима, мандат *ex lege* тече од 1. 1. 2010. године.

7. – Одлучујући у конкретном случају једино о процесној страни ожалбене одлуке, Суд се задржао само на наводима жалбе који се тичу неконкретизоване образложености те одлуке Савета (противно члану 17. став 2. Закона о Високом савету судства), непостојања поуке о правном леку, као и недовршеног састава Савета (о чему је било речи) – а не и о другим примедбама жалиоца у погледу поступка који је спроведен пред Саветом, а поготово не о коренитим питањима испуњености услова тог лица за обављање судијске функције. А *био је дужан да се изјасни и о оста-*

[25] *Правне последице активног непоступања по пресуди*: „Ако надлежни орган после поништења управног акта донесе управни акт противно правном схватању суда или противно примедбама суда у погледу поступка, па тужилац поднесе нову тужбу, суд ће поништити оспорени акт и сам решити управну ствар пресудом, осим ако то није могуће због природе те ствари или је иначе пуна јурисдикција законом искључена“ (став 1). „Пресуда донета у случају из става 1. овог члана у свему замењује акт надлежног органа“ (став 2). „Ако суд сматра да због природе ствари не може да сам реши управну ствар, дужан је да то посебно образложи“ (став 3. члана 70. ЗУС-а).

лим – бар о оним у жалби указаним процесним неправилностима – како би Савет, спроводећи такву, бар формално целовито употребљиву уставносудску одлуку, избегао да његов акт и други пут падне већ на процесном испиту. Како би се сама правна ствар судијског (не)избора странке што пре законито решила и у оном најживотнијем смислу. Тако, Суд уопште није дотакао – у жалби нападнуте као несумњиво прекршене – компоненте јавности и контрадикторности поступка пред Саветом, проблем изузећа појединих чланова Савета у одређеним случајевима, као ни питање да ли су чињеничне тврдње које се наводе у прилог неоспособљености и нестручности односног кандидата не само истините, него и саме по себи довољне (да ли имају неопходну правну тежину) да поткрепе жалиочев неизбор итд.

Уосталом, и Суд каже: „С обзиром на разлоге усвајања жалбе, Уставни суд се није упуштао у оцену основаности других навода изнетих у жалби, које ће Високи савет судства имати у виду приликом спровођења поновног поступка, како би се отклониле евентуалне повреде поступка који је претходио доношењу оспореног акта. Високи савет судства је дужан да поновни поступак спроведе сагласно Уставу и закону, на којима се темеље и правни ставови Уставног суда од 25. марта 2010. године. Високи савет судства је овлашћен да у поступку поновног одлучивања о пријави подносиоца жалбе, под условима и на начин прописан законом и прописима донетим на основу закона, одлучи о његовом избору или неизбору на сталну судијску функцију у судове за које је поднео пријаву. Уколико утврди да подносилац не испуњава прописане услове за избор, Високи савет судства ће донети одлуку о престанку његове судијске дужности у којој ће навести који(е) од прописаних услова подносилац не испуњава и изнети конкретне разлоге и доказе на којима заснива такву одлуку“ (*Гласник*, стр. 93).

8. – На крају, *Суд уопште није изложио своје правно схватање у овој ствари*. Тиме је Савету, у његовом поновном поступку и решавању, малтене оставио одрешене руке. А било је насушно потребно да се Суд чак и у назнакама, да се макар начелно изјасни како Савет убудуће треба да одлучује а да не повреди ни процесна, ни супстанцијална права странке (а ни других странака у истоврсним предметима). Требао је да упозори да је код избора судија посреди везани а не дискрециони управни акт; да Савет поучи како, с коликом пажњом, минуциозношћу, озбиљношћу, прозрачношћу и непристрасношћу мора да поступа приликом проверавања да ли има довољно правно значајних разлога за обарање претпоставке о стручности, оспособљености и достојности једног затеченог су-

дије који конкурише у суд исте врсте, односно истог степена[26] – а да се то не сведе на пусту дискреционарност и сл.

III

У овоме чланку, бавио сам се *судском надлежношћу за пружање правне заштите судија у Србији*, као и разматрањем *прве одлуке Уставног суда по жалби једног затеченог а од Високог савета судства неизабраног судије, у процесу општег избора судија* (као дела овдашње текуће правосудне реформе).

1. – *Надлежност за пружање правне заштите* судијама којима је престала судијска функција и оним лицима која нису изабрана на судијску функцију је – резимирам – правно подељена између Управног суда и Уставног суда. Најпре, Управни суд је надлежан за решавање спорова по тужби против *управних аката Народне скупштине о неизбору пријављених кандидата за несталну, пробну тј. трогодишњу судијску функцију*. Ово су управни акти донети у примени Закона о судијама (ЗОС-а) против којих није обезбеђена нека друга судска заштита, па тако (по члану 198. став 2. Устава и члану 3. ст. 1. и 2. Закона о управним споровима, ЗУС-а) – по мом виђењу – *представљају предмет управног (а не неког другог судског) спора, по тужби пред Управним судом*.

С друге стране, *управни акти Високог савета судства о неизбору пробних судија на сталну судијску функцију* (члан 61. ЗОС-а), као и управни акти истога тела о престанку судијске функције сталних судија изабраних по Закону о судијама из 2008. године – а у случајевима предвиђеним овим прописом – *уживају правну заштиту Уставног суда, по редовној инстанционој жалби* (члан 148. став 2. Устава, прва и друга реченица, као и члан 67. ЗОС-а). А ова жалба искључује *ex constitutione* уставну жалбу (члан 148. став 2. Устава, трећа реченица).

Што се тиче надлежности за решавање спорова насталих правним противљењем неизабраних затечених судија (бираних по ранијим прописима) актима Високог савета судства којима им је наводно „престала судијска функција“, мој став има неколико повезаних састојака:

а) Њима је, као и *свим затеченим судијама престала судијска функција по сили закона*, „са 31. 12. 2009. године“, с тим што им од 1. 1. 2010. године не тече нови мандат (за разлику од оних лица која је на истом конкурсу Савет изабрао);

[26] Дотичну претпоставку прописује члан 13. Одлуке о утврђивању критеријума и мерила за оцену стручности, оспособљености и достојности за избор судија и председника судова („Службени гласник РС“, број 49/09) .

б) Дотичне акте Савета (било да су скројени заједно, као у Одлуци савета од 25. 12. 2009. године, било да су – како је одмах по одлучивању и приличило – накнадно издати у форми појединачног образложеног правног акта)[27] – не квалификујем као акте о престанку судијске функције, већ *као sui generis акте о неизбору на судијску функцију*;

ц) Претходна тврдња повлачи став да за правну заштиту против њих *није надлежан Уставни суд* (како он сам тврди, и како је већ засновао своју наводну инстанциону надлежност!), пошто за тако нешто – у погледу ове некласичне врсте правних ситуација – нема иоле чврстог правног ослонца ни у Уставу ни у Закону о судијама;

д) *Како против наречених (у)правних аката није предвиђена нека друга судска заштита, за спорове око њихове законитости надлежан је Управни суд*: посреди је управни спор (на подлози става 2. члана 198. Устава и члана 3. ст. 1. и 2. ЗУС-а);

е) Управни спор (после евентуалног изјашњавања и Врховног касационог суда на правноснажну одлуку Управног суда, поводом захтева за преиспитивање његове одлуке) *не искључује сукцесивно, на самоме крају домаћег пута правне заштите, (и) уставну жалбу пред Уставним судом*;

ф) Овим *новопонуђеним моделом правне заштите*, неизабрани затечени судија у процесу актуелног ванредног општег избора судија у Србији добија неупоредиво бољу и стабилнију почетну правну позицију у односу на ону коју има при хипотези признавања само класичног права на жалбу Уставном суду, као јединог процесног пута који аутоматски искључује уставну жалбу пред истим судом. Он добија не само процесно повољнију позицију у квантитативном, него у квалитативном смислу! Поред осталог, правне и стварне могућности за *решавање односних спорова у пуној јурисдикцији* (да сâм суд одлучи до сржи мериторно о спорном праву тужиоца/жалиоца, тј. о /не/избору судије, уместо органа чији је акт претходно поништио као незаконит) су далеко веће у управно-судском поступку – пред Управним судом а под контролом Врховног касационог суда, него у поступку пред Уставним судом.

2. – У погледу случаја „Савељић“, тј. *правне ваљаности одлуке Уставног суда по жалби једног неизабраног затеченог судије*, моји закључци су – имајући у виду све њене таксативно наведене круцијалне недостатке – следећи: Та одлука је једна велика шарена лажа, уједно и каталог против-

[27] При чему се у неколицини тих аката до којих сам дошао (с датумом „14. 6. 2010. године“), утврђује да, у одговарајућој тачки (која се тиче у том појединачном акту апострофираног лица), „замењују“ ону децембарску јединствену одлуку са списком неизабраних.

правности. Посреди је прва одлука Суда по жалби једног неизабраног затеченог судије, и то још уважавајућа. *Prima facie*, шта ћеш више, шта ћеш боље! Но, практично, то је само још један вид трапавог покушаја – овога пута наум и изум Уставног суда, што је посебно забрињавајуће имајући у виду његов уставни и друштвени положај! – медијског и параполитичког пеглања правничке бруке у спровођењу домаће персоналне правосудне реформе. Уз то, дотична одлука је крцата таквим и толиким процесним дефектима (од ненадлежности доносиоца, па низводно, током читавог уставно-судског поступка!) да се може поставити питање: Да ли се Уставни суд (или његово већинско језгро) преображава у стваралаца неправа, искривљујући правне норме како му падне на памет? Или смо и овом (не)згодом на прагу обарања древне претпоставке да „суд зна право“ (*iura novit curia*), па чак и у погледу овог формално недодирљивог жреца, који је уставно позван да арбитрира (и) свим кројачима права? Да ли се то Уставни суд, ма и на један подужи „тренутак“, разобручено – још једаред[28] – поставио изнад правног система и правничког умећа, повијајући се, можда, и под латентним политичким притиском, превише „ослушкујући политику“ да не поквари правосудну квазиреформу моћника? Биће да је Одлука у случају „Савељић“ само још један површински и привремени „доказ“ како у Србији на терену јавног права тобоже има правде, ма и закаснеле. И то, кобајаги, на највишем правном, назови метасудском плану.

У збиљи – и правничкој и животној – дотичном бившем судији није враћена судијска функција која му је по сили закона престала. А услед процесно дрско незаконитог неизбора (а можда неодрживог и у чињеничном смислу, што мора да утврди суд!) од стране Савета није му ни отпочео нови мандат. Време тече, много је дана и недеља изгубљено. После ове одлуке Суда, иста правна ствар се само вратила у крило Савета, у процесни стадијум поновног одлучивања о избору једног лица коме је у међувремену, са 31. 12. 2009. године, *ex lege* престала судијска функција. Он 1. 1. 2010. године више није био судија, а није то ни дан-данас. И шта даље?

Ако Савет и у другом наврату, доказима које он сматра довољним, наводно обори претпоставку стручности, достојности и оспособљености лица о којем је реч, за очекивати је да Суд, по новој жалби, било да отво-

[28] Као и у свом Решењу број ІУз-43/29009. од 9. 7. 2009. године о неприхватању иницијативе „за покретање поступка за утврђивање неуставности и несагласности са потврђеним међународним уговорима одредаба члана 99. став 1, члана 100. и члана 101. став 1. Закона о судијама...“

ри или не расправу – одбије жалбу, ослањајући се, односно потврђујући чињенице каквим их Савет буде представио. Или ће, пак, због поновљене невичности Савета, још једном жалбу уважити, предмет Савету опет проследити – па ће се пинг-понг између Савета и Суда продужити?! На штету колеге Савељића, као и свих осталих оштећених актера општих српских правосудних избора, а особито на уштрб овдашњег замућеног права и потиснуте правде. Ово се дешава пред очима већ помало уморне домаће и за нас све мање заинтересоване међународне правничке јавности.

Сетих се, у самој завршници, *Ничеове* луцидне мисли да се „суштина неког феномена открива у тренутку његове генезе". Да ли је одлука у случају „Савељић" она огледна, пион(ир) одлука Суда која наговештава („прва ласта не чини пролеће", али га најављује!) да Суд не сме или неће (свеједно) да загризе у квинтесенцију ствари: да нема снаге или/и воље да – и када се за то стекну законски услови – на концу одлучи у пуној јурисдикцији. Да, бар у неким тешким и осетљивим случајевима, не само касира већ и коригује незаконите акте Савета. Да сâм Уставни суд – пошто је већ самовласно и некажњиво узурпирао/приграбио надлежност Управног суда[29] – макар у осталим тачкама беспрекорно изабере лица која по свему заслужују да буду судије. Да разговетно, поуздано, ауторитативно, јасно и дефинитивно утврди да нема доказа да су поједине затечене судије нестручне, недостојне и неоспособљене. Ипак, упуштање Суда у спор пуне јурисдикције у било којем случају по жалби неизабраних затечених судија – под условом да се такав подухват *lege artis* правнички спроведе – крстио бих отрежњујућим правничким чудом.

Све зебем да се цела ова невесела, црно-хуморна правничка и људска прича, *и код Савета и код Суда* – не само када је г. Савељић у питању – не заврши по већ стручно и судски описаном (не и оптимално санкционисаном и спреченом) рецепту рада Републичке радиодифузне агенције[30] у поступку избора међу пријављенима на конкурс ради додељивања емитерских дозвола: Пуким гласањем, каткад и прегласавањем – овде и Савета и Суда – и то у облику произвољне дискреционе оцене (без потпуне и јаке чињеничне залеђине и убедљивог, разложног објашњења) о

[29] Домаћи правни систем не познаје случајеве тзв. сукоба надлежности између Уставног суда – као врховног правног ауторитета, не само у питањима надлежности – и неког редовног суда (в. члан 167. Устава), а нема ни правне инструменте за отклањање већ неуставно и незаконито преузете надлежности Управног суда (или неког другог суда) од стране Уставног суда.

[30] В. З. Р. Томић, „Без чињеница и образложења", *Избор судске праксе*, бр. 6/06, стр. 13–15.

избору или неизбору појединих кандидата, односно о законитости тог и таквог чина!?[31] Само да не буде по обрасцу размишљања и делања карактеристичних карикатуралних ликова из Нушићеве и Кафкине прозе заједно, ојачаних Кишовим и неким Кундериним „јунацима"?! Смешно, сатирично, тамно, гротескно и цинично. Да ли нам, за слабу утеху, престаје једино, тренутно понешто утихнули, критички суд опште и правничке, посебно научне савести? "...Сад кад је стварност на разочаравајући начин почела да личи на саму себе" (*Ј. К. Грендал*).

[31] Сентенца Врховног суда Србије тим поводом је да *Савет радиодифузне агенције није овлашћен на дискреционо одлучивање у поступку за издавање дозвола за емитовање радио програма*. У образложењу пресуде о поништавању оспореног акта се, поред осталог, каже: „Имајући у виду да Закон о радиодифузији, не даје овлашћење туженом (Савету РРА) за дискреционо одлучивање у поступку доношења одлука по конкурсу за издавање дозвола за емитовање радио програма, то је одлуку било неопходно донети правилном применом одредаба Закона о радиодифузији уз поштовање свих правила поступања прописаних Законом о општем управном поступку, посебно његових основних начела.

Ово значи: да би тужени могао да донесе одлуку по чл. 53. ст. 1. тач. 5. Закона о радиодифузији,био је у обавези да правилно и потпуно утврди чињенично стање које је од значаја за доношење законите и правилне одлуке (у складу са начелом истине – чл. 8. ЗУП-а) и да то учини на основу савесне и брижљиве оцене сваког доказа посебно и свих доказа заједно као и на основу резултата целокупног поступка (у складу са начелом оцене доказа – чл. 10. ЗУП-а) и да посебно о томе да јасне и образложене разлоге.

Ово такође значи да није довољно: набројати утврђене и објављене критеријуме, као у решењу од 01. 7. 2006. године и навести да је цењен сваком од услова конкурса и критеријума појединачно, као у решењу од 19. 9. 2006. године, већ објаснити кроз разлоге решења (не)испуњеност сваког критеријума и услова конкурса појединачно у односу на сваког појединог учесника конкурса при чему уколико утврди да се пријавило више лица која испуњавају услове, тек тада да предност ономе ко на основу документације пружа веће гаранције да ће доприносити већем квалитету и већој разноврсности програма односно програмских садржаја на одређеном подручју на коме програм треба да буде емитован, као и да о томе да правилне и на закону засноване разлоге (на основу које документације, какве гаранције и то за сваког учесника коме је ово био разлог више за стицање права)" (Пресуда ВСС, У.5162/06 од 11. 5. 2007. године).

UDK 174:347.964.1(497.11)(062.13)

Др Слободан Бељански
адвокат у Новом Саду

КОДЕКС ПРОФЕСИОНАЛНЕ ЕТИКЕ АДВОКАТА

(нацрт)[1]

А. Увод

Скупштина Адвокатске коморе Србије, на основу члана ___ Закона о адвокатури и члана ___ свог Статута

– полазећи од Основних принципа о улози адвоката, усвојених на Осмом конгресу Уједињених нација о превенцији криминала и поступању са учиниоцима кривичних дела, одржаном у Хавани од 27. августа до 7. септембра 1990. године;

– узимајући у обзир Кодекс професионалне етике адвоката Европске уније, усвојен на пленарној седници Савета адвокатских комора Европске уније (CCBE) 28. октобра 1988. године, а допуњен на пленарним седницама одржаним 28. новембра 1998. године, 6. децембра 2002. године и 19. маја 2006. године;

---

[1] Текст овог нацрта плод је дугогодишњег рада и истраживања аутора, др Слободана Бељанског. Ранији текст нацрта истог аутора објављен је у часопису *Гласник Адвокатске коморе Војводине* бр. 4/1995 и прихваћен је као Кодекс професионалне етике Адвокатске коморе Војводине (1995), а потом и као Кодекс професионалне етике Адвокатске коморе Југославије (1999), који се сада примењује као важећи Кодекс професионалне етике Адвокатске коморе Србије. Исти аутор касније је сачинио Модел Кодекса професионалне етике адвоката, који је објављен у *Гласнику Адвокатске коморе Војводине* бр. 5–6/2002 и књизи „Модел Закона о адвокатури и Модел Кодекса професионалне етике адвоката“ (Нови Сад, *Forum iuris*, 2002). Овде представљени нацрт сачињен је у оквиру припреме за доношење новог Кодекса, које ће уследити након доношења новог Закона о адвокатури и новог Статута Адвокатске коморе Србије.

– ослањајући се на Препоруку Комитета министара Савета Европе од 25. октобра 2000. године (2000) 21, под називом „Слобода обављања адвокатске професије“;

– уважавајући Међународну конвенцију о заштити права одбране, донету и депоновану у Адвокатској комори Париза 26. јуна 1987. године, којој је Савез републичких и покрајинских адвокатских комора Југославије, као правни претходник Адвокатске коморе Србије, приступио у Новом Саду 25. марта 1995. године;

– имајући у виду међународне правне стандарде сродних професија, као што су, *inter allia*, Основна начела о независности судства, усвојена на Седмом конгресу Уједињених нација о превенцији криминала и поступању са учиниоцима кривичних дела одржаном у Милану од 26. августа до 06. септембра 1985. године, Кодекс минималних стандарда судске независности, донет од стране Међународне уније адвоката у Њу Делхију 1982. године, Универзална декларација о независности судства, усвојена у Монтреалу 1983. године, Бангалорски принципи судијске независности подржани на Генералној скупштини Комисије Уједињених нација за људска права у 2003. години и Упутства о улози тужилаца, усвојена на Осмом конгресу Уједињених нација о превенцији криминала и поступању са учиниоцима кривичних дела, одржаном у Хавани од 27. августа до 7. септембра 1990. године;

– настављајући традицију адвокатуре у данашњој Србији, у којој су се на територији садашње Аутономне покрајине Војводине прве адвокатске канцеларије појавиле средином XVII века, а прва адвокатска комора почела са радом 1. јануара 1875. године, док је у некадашњој Србији правозаступничка пракса отпочела у првој половини XIX века, први Закон о правозаступницима донет 28. фебруара 1862. године, а прво удружење правозаступника основано у августу 1886. године;

– сматрајући да је у правила за обављање адвокатске професије неопходно уградити принципе прокламоване Повељом Уједињених нација, Универзалном декларацијом о људским правима, Међународним пактом о грађанским и политичким правима, Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода и другим међународним актима, као што су принципи о унапређењу и подстицању поштовања људских права и основних слобода, о једнакости пред законом, о праву на помоћ и савет адвоката, о претпоставци невиности, о гаранцијама неопходним за одбрану, о фер и непристрасном суђењу без непотребног одуговлачења;

– налазећи да је адвокатура слободна професија и занимање у оквиру јавног поретка, да је адвокат посебан чинилац правосудног система и да

је, као заступник и саветодавац у свим правним стварима, осим дужности да штити или остварује интересе клијента, подједнако дужан да својим професионалним и другим јавним деловањем доприноси владавини права, законитости и правичности;

– уверена да посебна морална одговорност адвоката произлази из чињенице да делује у домену у којем клијент не познаје прописе, праксу и систем установа и да независно, стручно, савесно и самостално обављање адвокатске професије представља једну од основних гаранција у остваривању, заштити и унапређењу људских слобода и права;

– свесна да од начина рада и понашања сваког адвоката понаособ зависе значај и углед адвокатуре у целини, а да адвокатске коморе имају обавезу да установе и одржавају стандарде професионалног понашања и деонтолошке етике адвоката;

на седници одржаној _____ донела је Кодекс професионалне етике адвоката (у даљем тексту: Кодекс).

Б. ОПШТИ ДЕО

I – ОСНОВНЕ ОДРЕДБЕ

1. Основи професионалне етике

1.1. У друштву заснованом на владавини права адвокат има високи степен професионалне одговорности, која проистиче из обавезе да своја знања и способности подједнако посвети клијентима и интересима законитости и правде.

1.2. Правне и етичке обавезе адвоката везане су за његов однос према адвокатској професији, клијентима, судовима и другим органима пред којима заступа, према другим адвокатима, странкама које имају или заступају супротан интерес од интереса клијената, према адвокатским приправницима, правној струци уопште и сваком њеном припаднику посебно, према адвокатској комори и јавности.

1.3. Правне и етичке обавезе адвоката засноване су на Уставу, закону и другим важећим прописима, потврђеним међународним уговорима, међународним правним актима о адвокатури, статуту адвокатске коморе (даље: Статут) и Кодексу.

2. Смисао, циљ и домашај Кодекса

2.1. Кодекс је скуп правила о професионално-етичким дужностима адвоката.

2.2. Кодекс се односи на адвокате и адвокатске приправнике уписане у именике адвокатских комора на територији Републике Србије и адвокате из других држава који, у складу са законом, заступају на територији Републике Србије.

2.3. Непознавање Кодекса не оправдава.

2.4. Када адвокатску делатност обавља у иностранству, адвокат је дужан да поштује и међународна правила професионалне етике и правила професионалне етике адвоката у држави у којој заступа.

2.5. Повреда Кодекса основ је дисциплинске одговорности адвоката.

2.6. Адвокатске коморе прописују дисциплинску одговорност и спроводе дисциплинске поступке у вези са повредом Кодекса.

2.7. Ако у Кодексу не постоји правило које се на одређени случај може непосредно применити, Кодекс ће бити примењен у складу са смислом његових начела.

3. Значење израза

3.1. Поједини изрази употребљени у Кодексу имају следеће значење:

3.1.1. *Адвокатура* је професионално обављање адвокатске делатности.

3.1.2. *Заступање* је целокупна професионална делатност адвоката, укључујући заступање у грађанском и управном поступку, одбрану у кривичном, прекршајном, трговинско-преступном и дисциплинском поступку, посредовање, саветовање и све друге видове правне помоћи у остваривању и заштити слобода, права и интереса грађана и правних лица.

3.1.3. *Адвокат* је сваки адвокат понаособ и сви адвокати који јесу или су били припадници заједничке адвокатуре.

3.1.4. *Заједничка адвокатура* је сваки облик удруженог, ортачког или другог законом и уговором уређеног заједничког рада адвоката.

3.1.5. *Клијент* је лице кога адвокат заступа.

3.1.6. *Странка* је лице које се обратило адвокату за помоћ до тренутка прихватања заступања, као и сваки други учесник поступка у коме адвокат заступа, осим клијента и супротне странке.

3.1.7. *Супротна странка* је лице чији интерес је у одређеном предмету супротан интересу клијента.

3.1.8. *Статут* је Статут Адвокатске коморе Србије и статус надлежне адвокатске коморе у саставу Адвокатске коморе Србије.

3.1.9. *Колега* је други адвокат.

3.1.10. *Накнада* су награда и трошкови по Тарифи о наградама и накнадама трошкова за рад адвоката (даље: Тарифа).

3.2. Изрази из тачке 3.1. имају другачије значење када је то у Кодексу изричито наведено.

3.3. Изрази којима се у Кодексу у граматичком мушком роду изражавају професија, занимање и статус, подразумевају природни мушки и женски род.

II – НАЧЕЛА

4. Независност

4.1. Адвокат заступа независно, у складу са својим уверењима, заснованим на позитивном праву, правној науци и пракси, међународним правним стандардима, статуту и Кодексу.

4.2. Адвокат треба да предузме одговарајуће правне мере да би се спречио и казнио свако ко, у циљу утицања на његово заступање, примењује принуду, претњу, силу или друге недозвољене притиске, или ко га, поводом заступања које је у складу са правилом 4.1. Кодекса, подвргава санкцијама или претњи санкцијама.

4.3. Одступање од начела независности, које не укида његову суштину, допуштено је само у мери неопходној за рад заједничке адвокатске канцеларије.

5. Самосталност

5.1. Одлуке о прихватању, начину и престанку заступања адвокат доноси самостално.

5.2. У границама прописаним законом, статутом и Кодексом, адвокат самостално одлучује:

5.2.1. о организацији рада своје канцеларије;

5.2.2. о евиденцији клијената и предмета;

5.2.3. о запошљавању сарадника, приправника и особља;

5.2.4. о начину рада, обуци и принадлежностима лица које запошљава;

5.2.5. о располагању средствима оствареним својим радом;

5.2.6. о удруживању у заједничку адвокатуру и приступању другим облицима професионалне сарадње;

5.2.7. о учешћу у јавним расправама о раду правосуђа, правним проблемима и другим питањима од општег значаја;

5.2.8. о покретању иницијативе за доношење, реформисање, или оспоравање закона и других прописа;

5.2.9. о учлањењу у стручна и професионална удружења у земљи и иностранству;

5.2.10. о обављању послова који нису неспојиви са адвокатуром.

5.3. Одступање од начела самосталности, које не укида његову суштину, допуштено је само у мери неопходној за заједничку адвокатуру.

6. Стручност

6.1. Адвокат је дужан да заступа стручно, са знањем за које је стекао квалификације.

6.2. Адвокат треба да прати прописе, правну праксу и стручну литературу и да обнавља, усавршава и проширује своје правно и опште образовање.

6.3. Циљ правног образовања је и изучавање правних вештина, развијање осећаја за етичке вредности и заштиту људских слобода и права, подстицање бриге за рад у корист клијента и пружање подршке законитој делотворности правосуђа.

6.4. Адвокат не сме да улази у било какве пословне везе са надрипсарима.

7. Савесност

7.1. Адвокат је дужан да заступа савесно.

7.2. Савесност адвоката састоји се у брижљивом, марљивом, одлучном и благовременом заступању.

7.3. Адвокат је дужан да без одлагања укаже на све повреде права и друга кршења закона на штету клијента.

7.4. Интересе клијента адвокат треба да стави испред сопствених интереса и интереса својих колега, других учесника у поступку и трећих лица.

7.5. На заступање не смеју утицати политичка или верска уверења, нити национална, расна или етничка припадност.

8. Поштење

8.1. Част, поштење и морална чврстина одлике су професионалног рада адвоката.

8.2. Адвокат треба да клијента обавести потпуно, отворено и искрено о правној оцени случаја, процени изгледа за успех и извршавању или неизвршавању својих обавеза.

8.3. У професионалном раду адвокат сме да користи само допуштена и часна средства.

8.4. Адвокат не сме да суделује у недозвољеном прибављању права, нити да се позива на доказе за које зна да су лажни или прибављени на незаконит начин.

9. Поверљивост

9.1. Поуздање у поверљивост и тајност података које је клијент поверио адвокату од суштинске је важности за пружање правне помоћи, правну сигурност и спровођење правде.

9.2. Чување адвокатске тајне битна је претпоставка стручног и савесног заступања и незамењив услов независности и самосталности адвокатске професије.

9.3. Изузеци од поверљивости допуштени су само у складу са законом, статутом и Кодексом.

10. Достојност

10.1. У заступању, понашању, јавном иступању и приватном животу који је доступан увиду јавности, адвокат треба да чува властити углед и углед адвокатуре.

10.2. Начином рада и живота адвокат треба да доприноси значају, друштвеној улози и правној неопходности адвокатуре.

11. Неспојивост

11.1. Адвокат се не може бавити пословима који нарушавају значај и углед адвокатуре.

11.2. Адвокат не сме да прихвати послове и звања који би га довели у подређен положај, навели на некритичко извршавање туђих налога, или његов рад условљавали таквом врстом обавеза или погодности које би угрозиле његову независност и самосталност.

11.3. Неспојиво је са адвокатуром истовремено обављање било које друге професије и делатности, изузев у области науке, књижевности, уметности, публицистике, правног образовања, посредовања, хуманитарног рада, преводилаштва и спорта.

11.4. Руководећи положај адвоката у политичкој странци није спојив са руководећим положајем у адвокатској комори.

11.5. Адвокат може да буде руководилац или члан државног органа у који се по закону бира из реда адвоката или међу адвокатима, као и стручних, радних или саветодавних државних тела и тела невладиног карактера, управних и уређивачких одбора, или издавачких савета у организацијама, под условом да није на сталном раду и да тај рад није у супротности са начелима адвокатуре.

12. Одговорност

12.1. У заступању адвокат је одговоран за савете које је дао или пропустио да дâ, и за мере које је предузео или пропустио да предузме.

12.2. Адвокат у сваком тренутку треба да буде свестан своје одговорности и да са њом усклади своје поступке, посебно када се опредељује између сукобљених вредности и интереса.

12.3. Одговорност адвоката не односи се на последице ризика на које је упозорио клијента, ако се не ради о случају из правила 22.4. и 27.3, када је обавезан да одбије или откаже заступање, и ако клијент својим потписом или на други поуздан начин изричито потврди да му је на такве ризике указано, да их је свестан и да их прихвата.

13. Одмереност

13.1. Адвоката треба да препоручују стручност, способност, успех, углед и поверење које је стекао својим радом и понашањем.

13.2. Адвокат не сме да нуди своје професионалне услуге, нити да стиче клијенте рекламом, нелојалном конкуренцијом, на нечастан или на други недопуштен начин.

III – АДВОКАТСКА ТАЈНА

14. Предмет тајне

14.1. Адвокатску тајну представља све што је клијент, или лице овлашћено од стране клијента, поверио адвокату, или што је адвокат, у случају у

коме заступа, на други начин сазнао или прибавио, у припреми, током и по престанку заступања.

14.2. Обавеза чувања тајне подједнако се односи на:
14.2.1. податке, исправе (списе, предмете, документе, електронске, тонске или видео, записе и снимке) и депозите који су у вези са заступањем саопштени, приказани или предати адвокату, без обзира да ли се исправе и депозити налазе у адвокатској канцеларији, или су, по налогу или под надзором адвоката, привремено смештени на друго место;
14.2.2. поверљиве податке које је адвокат сазнао од лица чијег заступања се није прихватио (странке), или од супротне странке, која му се, пре покретања поступка пред надлежним органом, обратила у циљу поравнања или посредовања.

15. Чување тајне

15.1. Адвокат тајну чува тако што поверљиве податке не износи или проноси, а поверљиве исправе чини недоступним трећим лицима.

15.2. Адвокат тајну чува и без посебног захтева клијента, на основу савесне процене свих околности које могу упутити на закључак о томе шта клијент жели или шта је у његовом интересу да остане поверљиво.

15.3. Општепознате, јавно објављене или у јавне књиге заведене чињенице, адвокат чува као тајну ако је клијент то од њега посебно захтевао, или ако изношење или проношење ових чињеница може да повреди углед, част, приватност или друге интересе клијента, његових сродника или наследника.

15.4. Обавеза чувања адвокатске тајне није временски ограничена.

15.5. У циљу чувања тајне адвокат треба:
15.5.1. да упозори и лично обавеже своје сараднике, службенике, приправнике и сва лица која ангажује током заступања, на чување адвокатске тајне и на последице кршења ове обавезе;
15.5.2. да у преношењу поверљивих садржаја поштом, телефоном, телефаксом, електронским путем, или на други посредан начин, поступа са разумним опрезом и на најмању меру сведе могућност да тајна буде откривена, било случајно било злоупотребом средстава комуникације;
15.5.3. да у околностима када зна или има оправданог разлога да посумња да се његови разговори са клијентом слушају или прислушкују, а посебно у полицији, затвору или притвору, клијента упозори на ову опасност и на ризик да му под овим условима саопшти поверљиве податке;

15.5.4. да лично, или посредством поузданог повереника, надзире израду преписа, копија или снимака поверљивих исправа;

15.5.5. да исправе на одговарајући начин збрине и чува;

15.5.6. да на поверљивост садржаја упозори лице коме је овлашћен да такав садржај пренесе.

15.6. Не сматра се повредом адвокатске тајне када адвокат износи податке или чини доступним исправе, које му је поверио клијент, или лице овлашћено од стране клијента, у мери која је неопходна за остварење сврхе заступања.

15.6. Када се пред државним органом позива на адвокатску тајну адвокат сам процењује да ли и који подаци и исправе чине предмет тајне, образлажући само основ из правила 14. овог Кодекса.

15.7. Сматраће се кршењем начела поштења када адвокат, под изговором чувања тајне, одбије да изнесе податке који нису предмет тајне.

15.8. Адвокат који упућује колеги из друге државе поверљиво обавештење, треба да на јасан начин изрази да обавештење има такав карактер, а прималац је дужан да такво обавештење врати без откривања његовог садржаја, ако оцени да их било ког разлога не би био у могућности да поверљивост сачува.

16. Откривање тајне

16.1. Адвокат има право да открије адвокатску тајну:

16.1.1. кад му клијент или лице из правила 14.2.2. Кодекса то на несумњив начин дозволи;

16.1.2. када је то неопходно ради спречавања извршења најављеног кривичног дела са знатном друштвеном опасношћу;

16.1.3. када је то неопходно за одбрану самог адвоката у поступку који се против њега води по пријави или тужби клијента, лица које је у име клијента адвокату поверило податке или исправе, или лица из правила 14.2.2. Кодекса;

16.1.4. када је то неопходно за одбрану интереса и права самог адвоката или његових блиских сродника и сарадника, ако су ти интереси и права објективно значајнији од садржаја тајне.

16.2. О одлуци да искористи право на откривање тајне, адвокат је дужан, увек када природа случаја и конкретне околности то дозвољавају, а морални обзири препоручују, да без одлагања обавести лице на које се тајна односи.

16.3. Адвокат је дужан да клијента упозори на своју законску обавезу да у одређеним правним случајевима неке податке евидентира и пренесе надлежном органу, пре него што му их клијент повери.

16.4. Приликом откривања тајне адвокат у највећој могућој мери треба да поштеди личност и интересе клијента, или лица из правила 14.2.2. Кодекса, да избегне публицитет, а да у случају из правила 16.1.2. не открива личне податке, већ само околности које су довољне да се криминална радња спречи или прекине.

IV – НЕДОПУШТЕНО СТИЦАЊЕ КЛИЈЕНАТА

17. Забрана рекламирања

17.1. Адвокат не сме јавно да хвали своје знање и способности нити да се рекламира.

17.2. Сматраће се да адвокат крши забрану рекламирања, нарочито када:
17.2.1. истиче, дели или у јавним медијима, у електронском представљању и у другим публикацијама објављује саопштења којима нуди своје услуге, или када дозвољава да такве понуде буду унете у огласе и рекламни материјал других правних или физичких лица;
17.2.2. организује или користи услуге посредника, агената или трећих лица који га рекламирају, а нарочито када у ту сврху договара упућивање клијената са лицима у притвору или затвору и лицима запосленим у полицији, суду, тужилаштву, управи и другим органима власти;
17.2.3. даје другоме своје посетнице или бланко пуномоћја ради даље расподеле потенцијалним клијентима;
17.2.4. означава канцеларију, њен штампани материјал и друга обележја (табла, печат, меморандум, посетнице) на претерано упадљив и неодмерен начин;
17.2.5. даје правне савете у јавним гласилима, на јавним скуповима, или изван канцеларије пред непознатим особама;
17.2.6. тражи да буде уврштен у именике, адресаре, каталоге, водиче и сличне приручнике као изузетни адвокат или у оквиру групе изузетних адвоката;
17.2.7. на сензационалистички или самохвалисав начин представља у јавности своје предмете, способности и успехе.

17.3. Не сматра се рекламирањем изношење основних података о рођењу, школовању, научном или стручном усавршавању, објављеним радовима, опредељењу за одређену грану права, познавању страних језика,

друштвеним и професионалним функцијама адвоката и обавештење о стручној спреми и познавању страних језика сарадника у адвокатској канцеларији, уколико се ови подаци представе у штампаном материјалу који се даје странкама и клијентима, или у средствима електронске комуникације, на одмерен начин, истинито и без самохвале.

18. Забрана нелојалне конкуренције

18.1. Адвокат не сме да стиче клијенте нелојалном конкуренцијом.

18.2. Сматраће се да адвокат прибегава нелојалној конкуренцији, нарочито када:

18.2.1. користи познанства и везе са особама у органима власти, јавним службама, медијима и другим организацијама које саобраћају са најширим грађанством, да би договорио систематско упућивање клијената;

18.2.2. генерално или мимо услова предвиђених овим Кодексом нуди бесплатно заступање или заступање за награду нижу од оне која је прописана адвокатском тарифом;

18.2.3. препоручује се својим претходним радом у правосуђу, управи, или органима представничке или извршне власти, или својим претходним или постојећим професионалним, политичким и друштвеним ангажманом;

18.2.4. обећава или наговештава коришћење веза и сопствених или туђих непрофесионалних утицаја, или утицаја које може да оствари захваљујући свом претходном запослењу или претходном или постојећем професионалном, политичком или друштвеном ангажману;

18.2.5. јавно означава рад нерадним данима или мимо уобичајеног радног времена;

18.2.6. прима за сараднике судије, тужиоце и њихове заменике, функционере и иследнике у полицији, или руководиоце служби у суду, тужилаштву и органима управе;

19. Забрана нечасног или другог недопуштеног придобијања клијената

19.1. Адвокат не сме да стиче клијенте на нечастан или на други недопуштен начин.

19.2. Сматраће се да адвокат прибегава нечасном или недопуштеном стицању клијената, нарочито када:

19.2.1 обећава успех, даје нереалне процене, или доводи странку или клијента у заблуду у погледу правне природе предмета;

19.2.2. омаловажава друге адвокате;

19.2.3. подстиче или не оспорава уверење странке или клијента у ефикасност корупције, или предлаже или наговештава сопствено суделовање у корупцији;

19.2.4. ступа у контакт са клијентима колега и наводи их да на њега пренесу заступање, или преузима клијенте колега на начин супротан овом Кодексу;

19.2.5. сарађује са надрипсарима;

19.2.6. на расправама и у другим јавним иступањима у својству адвоката изазива инциденте, у намери да наметне утисак одважности и стекне популарност;

19.2.7. устаљено прима странке или клијенте ван канцеларије или, када су изузетно разлози за контакт ван канцеларије оправдани, то чини на неприкладним местима.

V – ИСТУПАЊЕ У ЈАВНОСТИ

20. Иступање у јавности и стручни рад

20.1. Када у научној, педагошкој и публицистичкој делатности, у стручним радовима, на стручним скуповима правника и у средствима јавног информисања износи властито тумачење прописа и правних појава, или указује на прописе и појаве које доприносе или штете демократском поретку, владавини права, правној сигурности и слободама и правима грађана, адвокат може да уз своје име истиче и назив професије „адвокат“.

20.2. Адвокат не сме да користи своју научну, педагошку и публицистичку делатност, нити иступање на стручним и другим јавним скуповима да би, у предмету који није правноснажно окончан или у коме теку права за коришћење ванредних правних средстава, агитовао и подстицао недозвољене притиске у корист клијента.

20.3. У научној, педагошкој, публицистичкој и другој јавној делатности, адвокат има право да из предмета у коме је заступање у току, уз објективан приступ, стручно обрађује коначно решена процесноправна питања и указује на повреде основних слобода и права човека.

20.4. Адвокат треба да се уздржи да о друштвеним и правним појавама, јавно изриче оцене које могу штетити интересима клијента.

20.5. У јавном иступању адвокат треба да води рачуна о забрани рекламирања и о значају и угледу адвокатуре.

20.6. Новинару који жели да обавести јавност о његовом предмету, адвокат треба да укаже на забрану рекламирања.

20.7. За време обављања функције, која изискује прекид адвокатске праксе, адвокат не сме да уз своје име истиче назив професије „адвокат“.

Ц. ПОСЕБНИ ДЕО

I – ЗАСТУПАЊЕ

21. Прихватање заступања

21.1. Адвокат може да прихвати заступање само када странка, или лице овлашћено од странке, то од њега затражи, или када му је заступање додељено одлуком надлежног органа.

21.2. Адвокат слободно одлучује да ли ће прихватити заступање, осим у случају забрана и налога прописаних законом, статутом и Кодексом.

21.3. При доношењу одлуке о заступању адвокат треба да води рачуна о потреби да независно и самостално пружање правне помоћи, какво је поверено адвокатури, буде на располагању свакоме коме је доступно, и да, без оправданог разлога, пружање такве помоћи не одбије.

21.4. На доношење одлуке о заступању не смеју утицати разлике у полу, раси, националној припадности, језику, вери, политичком и другом убеђењу, пореклу, друштвеном положају, економској моћи или страначкој припадности.

22. Одбијање заступања

22.1. Оправданим разлогом да адвокат одбије заступање сматраће се нарочито:

22.1.1. ако је преоптерећен већ прихваћеним пословима;

22.1.2. ако странка није способна или не жели да плати накнаду за његов рад;

22.1.3. ако странка условљава плаћање накнаде успехом у спору, или захтева обећање успеха;

22.1.4. ако закључи да је обест основни мотив странке, или да странка има друге нехумане или неморалне побуде;

22.1.5. ако су захтеви странке очигледно супротни њеним властитим интересима;

22.1.6. ако странка испољава према њему неповерење или непристојност;

22.1.7. ако оцени да су изгледи на успех незнатни или мало вероватни.

22.2. У кривичним предметима не сматрају се оправданим разлозима за одбијање одбране: личне особине окривљеног, врста кривичног дела и

висина запрећене казне, начин одбране окривљеног, гнев који је кривично дело изазвало у јавности и понашање оштећених.

22.3. Адвокат треба да одбије заступање:

22.3.1. ако га је препоручила супротна странка или њен пуномоћник;

22.3.2. ако је са супротном странком или њеним пуномоћником у таквим породичним, личним или пословним односима који објективно могу да доведу у сумњу његову непристрасност и савесност, изузев када странка, иако упозната са овим чињеницама, изричито захтева заступање, а адвокат је сам уверен да то неће неповољно утицати на његов рад;

22.3.3. ако је као судија, тужилац, или друго службено лице у органима власти поступао у предмету у коме је решавано о претходном питању за предмет заступања;

22.3.4. ако је странка за заступање овластила и лице које није адвокат, осим лица која су у нестандардним предметима истакнути правни стручњаци за одређену правну област.

22.4. Адвокат треба да одбије заступање више клијената у истом предмету, ако постоји могућност да између њих дође до сукоба интереса.

22.5. Адвокат је дужан да одбије заступање:

22.5.1 ако је захтев странке очигледно супротан позитивним прописима;

22.5.2. ако нема довољно знања и искуства у правној области на коју се односи предмет заступања;

22.5.3. ако би примање новог клијента или предмета угрозило испуњење његових претходно преузетих обавеза;

22.5.4. ако је уверен да странка нема изгледа на успех;

22.5.5. ако истовремено у другом предмету заступа супротну странку;

22.5.6. ако је у истој правној ствари посредовао или саветовао супротну странку, или је од супротне странке примао обавештења која представљају адвокатску тајну;

22.5.7. ако се заступање односи на спор поводом уговора, споразума, вансудског поравнања, завештања или друге исправе коју је саставио, или против носиоца права на имовини чији јесте или је био старатељ;

22.5.8. ако се заступање односи на супарничара или саокривљеног чији су интереси супротни интересима клијента кога у истом предмету већ заступа;

22.5.9. ако би заступање подразумевало употребу нечасних или недозвољених средстава (тач. 8.3, 8.4), а у кривичним предметима активну улогу у оправдавању и доказивању истинитости одбране за коју адвокат зна да је неистинита;

22.5.10. ако основано посумња да би посао у коме се од њега тражи заступање довео до „прања“ новца;

22.5.11. ако би требало да заступа против бившег клијента, осим ако је из начина на који је престало претходно заступање, и на који се бивши клијент према њему тада и касније понашао, очигледно да је између њих престао однос поверења;

22.5.12. ако је захтев или интерес странке у супротности са интересима правног лица у коме адвокат има какав положај или га заступа;

22.5.13. ако му се за заступање обрати странка која у истом предмету има или је имала адвоката, а не прикаже му писану потврду тог адвоката да од ње не потражује накнаду;

22.5.14. ако му се за заступање обрати странка која у истом предмету већ има адвоката, са којим није постигао сагласност о правном основу и организацији заступања.

23. Пуномоћје

23.1. Адвокат треба да настоји да странка лично пред њим изнесе проблем, изјави да му случај поверава и потпише пуномоћје.

23.2. У оправданим случајевима изјава и потпис пуномоћја могу се прибавити уобичајеним средствима комуникације, или посредством лица у које и странка и адвокат имају поверење, уз услов да веродостојност изјаве и потписа адвокат провери без одлагања, чим му околности то дозволе.

23.3. Пре него што је странка потпише, у пуномоћје треба да буду унети подаци о адвокату, колеги и адвокатском приправнику овлашћеном за замењивање, странкама, врсти поступка, предмету заступања и датуму потписивања, а у заступању које не достиже или превазилази законом прописани делокруг овлашћења, и подаци о обиму овлашћења.

23.4. Осим броја предмета, имена другог адвоката који је касније овлашћен за замењивање и исправљања очигледних погрешака у писању, у пуномоћју није дозвољено накнадно уношење других података и промена.

23.5. Изузетно, када странци предстоји дужа одсутност, или постоје други оправдани разлози, адвокат може дати на потпис или примити потписано непопуњено пуномоћје, под условом да су начин и сврха употребе таквог пуномоћја претходно одређени писаним налогом странке, или посебним споразумом адвоката и клијента.

23.6. Пуномоћје не сме да садржи неодређена овлашћења, овлашћења која се не односе на предмет заступања и споразуме о накнади.

24. Однос према клијенту

24.1. Адвокат треба да са примереним стрпљењем и са разумевањем за недоумице, страхове или устручавања клијента, саслуша његов проблем и усмери га на казивање о чињеницама које су од значаја за пружање правне помоћи.

24.2. Приликом прихватања заступања адвокат ће клијенту указати:
24.2.1. да је претпоставка успешног заступања искреност клијента и да је потребно да му овај изнесе све чињенице и доказе и открије своје стварне побуде и циљеве;
24.2.2. да је поверљивост изнесених података заштићена обавезом чувања адвокатске тајне и под којим условима тајна може бити откривена;
24.2.3. на своју оцену чињеничне и правне природе предмета;
24.2.4. на врсту и основне особине поступка који ће бити примењен;
24.2.5. на начин обрачуна и наплате, и на приближан или, када је то могуће, тачан износ накнаде;
24.2.6. на обавезу да евиденцију о новцу, хартијама од вредности или другим имовинским вредностима које му клијент повери, прикаже на захтев надлежног органа јавне власти.

24.3. Адвокат је дужан:
24.3.1. да се према свим клијентима опходи пристојно и одговорно;
24.3.2. да свим предметима приступа једнако савесно и стручно;
24.3.3. да клијенту укаже на могућност и целисходност решавања случаја мирним путем;
24.3.4. да заступа без непотребног одуговлачења;
24.3.5. да клијента благовремено обавештава о свим битним променама у предмету, а на тражење клијента и о свим појединостима;
24.3.6. да клијента упозна са променом својих правних и чињеничних оцена;
24.3.7. да клијенту преда, на његов захтев, сву документацију коју је од њега добио, одлуке, записнике и копије поднесака које у његовом предмету примио или саставио, без обзира да ли заступање траје или је престало и да ли му је клијент исплатио накнаду;
24.3.8. да клијенту омогући увид у Тарифу, укаже на разлоге због којих накнада коју надлежни орган одмерава на терет супротне странке може бити мања од накнаде коју је од од клијента наплатио или је потражује;
24.3.9. да састављањем сувишних поднесака, предлагањем непотребних или неконцентрисаних доказа, безразложним проузроковањем одлагања и повећања броја рочишта, или на други начин, клијента не излаже непотребним издацима;

24.3.10. да клијенте прима у време означено на адвокатској канцеларији.

24.4. Када то налажу интереси клијента, омогућују непрекорачиви рокови и правила поступка, адвокат ће, пре покретања поступка пред судом или другим надлежним органом, указати клијенту на корисност решавања спорног односа мирним путем, а уз сагласност клијента, и покушати да спорни однос реши мирним путем.

24.5. Када саставља исправе у двостраним или вишестраним правним пословима адвокат је дужан да води рачуна о правима свих странака и да савесно штити њихове интересе, без обзира која од њих му се прва обратила и која плаћа накнаду.

24.6. Адвокат не сме да се поистовећује са клијентом и његовим интересом.

25. Поступање са имовинским вредностима

25.1 Новац, хартије од вредности и друге имовинске вредности које му је клијент поверио, а адвокат прихватио да му буду поверени, адвокат је дужан:

25.1.1. да са посебном пажњом чува на начин који је клијент одредио, уколико је тај начин у складу са позитивним прописима и Кодексом;

25.1.2. да по сопственом избору, водећи првенствено рачуна о поузданости чувања, уколико нема посебног налога клијента, а то правила пословања дозвољавају, депонује на рачун или положи у сеф код банке или друге финансијске организације које потпадају под надзор органа јавне власти, уз ознаку да се средства држе за рачун клијента, или да их чува на другом безбеднијем месту;

25.1.3. да не меша са сопственом имовином и не располаже њима у своје име и за свој рачун;

25.1.4. да, у складу са налогом клијента, на време преда или дозначи овлашћеном примаоцу;

25.1.5. да о располагању води потпуну и детаљну евиденцију, у коју клијент има право увида;

25.1.6. да надлежном органу јавне власти, ако је то законом прописано, уз услов поштовања тајне, дозволи финансијску контролу ове евиденције;

25.1.7. да без одлагања врати клијенту када овај то захтева, када истекне одређени рок, када наступи или изостане уговорени услов, када основано посумња да се ради о „прању“ новца, када доспе његова обавеза за извршење завештања, или када решење о наслеђивању клијента постане правноснажно.

26.2. На начин описан у правилу 25.1. Кодекса адвокат ће поступити и када новац, хартије од вредности или друге имовинске вредности од трећег лица прима у име, за рачун и по овлашћењу клијента.
26.3. Адвокат је дужан да одбије пријем новца, хартија од вредности или других имовинских вредности, ако није сигуран у идентитет клијента или идентитет и овлашћење његовог посредника, ако средства нису везана за одређени предмет или име, или ако основано посумња да се ради о „прању" новца, или средствима која потичу од извршења каквог другог кривичног дела.
26.4. Адвокат не треба да из својих средстава за клијента полаже јемство или плаћа обезбеђење, новчану казну, обештећење, паушални износ и трошкове поступка, осим ако то оправдавају изузетне и тренутне околности, или се ради о незнатним износима, а углед и платежна способност клијента дају основа за уверење да се ради о краткорочној позајмици, која је увек бескаматна.

27. Отказивање заступања

27.1. Адвокат може да откаже заступање ако за то постоје, или он сматра да постоје, оправдани разлози.
27.2. Оправданим разлозима за отказивање заступања сматрају се сви разлози због којих је адвокат могао да одбије прихватање заступања, изузев преоптерећености пословима коју је сам проузроковао накнадним примањем нових предмета.
27.3. Адвокат је дужан да откаже заступање из истих разлога због којих је имао обавезу да се заступања не прихвати, а уколико су му ови разлози били или морали бити познати и у време када се заступања прихватио, одговоран је за штетне последице које су, због његовог заступања, или у периоду тог заступања, нанете клијенту, другом лицу, или интересима правде.

27.4. У случају сукоба интереса клијената које истовремено заступа у истом предмету, адвокат је дужан да свима откаже заступање.
27.4.1. Адвокат ће пазити да заступање не откаже на начин и у тренутку који би за клијента проузроковали штету.

27.5. Кад откаже заступање адвокат је у обавези да предузима у корист клијента мере неопходне за спречавање или отклањање за клијента штетних последица у предмету, осим ако клијент већ има и другог заступника, све док га клијент такве обавезе на несумњив начин не ослободи, док клијент не обезбеди другог заступника, или док не истекне законом прописани рок обавезе предузимања процесних радњи након отказивања заступања.

27.6. Након отказивања заступања адвокат треба да се уздржи од давања изјава које би клијенту погоршале положај у поступку, или проузроковале непријатности у јавности или у приватном животу.

II – АДВОКАТСКА КАНЦЕЛАРИЈА

28. Уређење и означавање канцеларије

28.1. Распоред просторија, опремање и уређење адвокатске канцеларије треба да одговарају начелима, начину обављања, значају и угледу адвокатске професије и условима неопходним за чување адвокатске тајне.

28.2. Табла на згради, натпис на улазу, печат, посетница и заглавље на другом писаном материјалу адвоката не смеју обликом, величином, обрадом и целокупним изгледом да одступају од добрих обичаја и стандарда цивилизованог начина означавања и представљања, нити да стварају утисак наметљивости, претераности или рекламирања.

28.3. Сматраће се да адвокат крши забрану обављања неспојивих послова ако смештај, назив и друга видна обележја његове канцеларије, и смештај, назив и друга видна обележја пословних просторија лица које се бави другом, са адвокатуром неспојивом делатношћу, основано упућују на закључак да се ради о заједничком послу или да посао тог другог лица обавља, контролише, или организује сам адвокат.

28.4. Адвокатска канцеларија не сме да буде означена:

28.4.1. другим називом, осим именом и презименом адвоката;

28.4.2. путоказом изван зграде, нити путоказом у згради који би представљао поновљену таблу, или стварао забуну уколико у истој згради има више од једног адвоката;

28.4.3. таблом истуреном изван равни фасаде зграде, уколико постоји прикладно место да се табла положи на фасаду;

28.4.4. таблом пензионисаног или преминулог адвоката, остављеном уз таблу преузимателља канцеларије, другог адвоката који ради у истој канцеларији или на месту на коме је била канцеларија, у периоду дужем од годину дана од пензионисања или смрти;

28.4.5. стручном или академском титулом адвоката или ознаком специјализације, који нису признати у складу са законом или статутом.

28.5. Заједничка адвокатура носи назив са презименом само једног или неколицине адвоката, уз могући додатак „и други“, али имена и презимена свих адвоката треба да буду наведена на улазу у канцеларију, или у заглављу штампаног материјала или електронског представљања канцеларије.

29. Оглашавање промена

29.1. Отварање, пресељење и преузимање канцеларије, и удруживање и престанак удруживања адвоката у заједничку адвокатуру, могу бити оглашени у јавним медијима, највише два пута у периоду од шест месеци после наступања промене, на начин који не повређује забрану рекламирања.

29.2. О променама из правила 29.1. адвокат може циркуларним писмом да обавести своје клијенте и сараднике, друге адвокате, судске вештаке, правосудне и управне органе и стручна удружења правника.

29.3. Адвокат који је преселио канцеларију, или иступио из заједничке адвокатуре, може да, у периоду од шест месеци од наступања промене, на месту на коме се налазила канцеларија остави таблу са белешком о новој адреси.

30. Употреба печата

30.1. Адвокат свој печат употребљава само за властиту адвокатску делатност.

30.2. Адвокат је дужан да:
30.2.1. на поднеске, исправе и дописе које је саставио у адвокатури, отисне свој печат;
30.2.2. уз отисак печата стави свој потпис, параф или факсимил, или обезбеди да потпис или параф, уколико је оправдано одсутан, а ради се о обавезама које не трпе одлагање, с његовим одобрењем и уз његово претходно упознавање са садржајем писмена, стави његов приправник;
30.2.3. печат чува на месту недоступном лицима која нису овлашћена да га употребе;
30.2.4. упозори службенике, сараднике или приправнике у канцеларији да печат не смеју да користе без његовог одобрења и пре него што он провери садржај писмена на које се ставља отисак печата.

30.3. Адвокат, или бивши адвокат, не сме да:
30.3.1. користи или другоме дозвољава да користи печат, након што је брисан из именика адвоката, или за време док му мирују права и дужности адвоката;
30.3.2. користи или другоме дозвољава да користи печат адвоката који је брисан из именика адвоката, или коме мирују права и дужности адвоката.

31. Накнада

31.1. Адвокат накнаду обрачунава у новцу у складу са Тарифом, а наплаћује на законом прописани начин безготовинског или готовинског плаћања.

31.2. Није допуштено да адвокат:
31.2.1. са клијентом уговара потпуно или делимично преузимање спорног права за чије остваривање му је заступање поверено (*pactum de quota litis*);
31.2.2. закључује уговор о накнади искоришћавајући тежак положај клијента, или злоупотребљавајући начело поштења тако што клијенту неистинито приказује његов положај тешким или тежим него што објективно јесте;
31.2.3. са клијентом уговара, или од њега тражи или прима награду за одбрану по службеној дужности, осим ако суду или другом надлежном органу достави пуномоћје и затражи да га разреше својства браниоца по службеној дужности;
31.2.4. као заступник сиромашних по одлуци адвокатске коморе, од клијента тражи награду, или исплатом награде условљава даље заступање;
31.2.5. од клијента тражи или прима накнаду која служи недопуштеним сврхама;
31.2.6. од клијента прима новац или имовину за које може основано да посумња да су стечени прањем новца или да потичу од другог кривичног дела;
31.2.7. без знања и одобрења клијента, док је заступање у току, прима или уговара примање накнаде од трећег лица;
31.2.8. наплаћује накнаду од средстава која му је клијент поверио у складу са тачком 25.1. Кодекса, осим ако је на то овлашћен важећим прописима, одлуком суда, или изричитом или прећутном сагласношћу клијента.

31.3. Адвокат има право да:
31.3.1. из хуманих обзира према клијенту, који је у материјалној оскудици, наплату награде прилагоди његовим платежним способностима, било тако што ће прихватити делимичну исплату или исплату по окончању поступка, било тако што ће се, уколико се клијент налази у изразитом сиромаштву, наплате награде од њега одрећи и прихватити наплату, по правноснажној одлуци, од супротне странке или из буџетских средстава надлежног органа, уколико се за то остваре законске претпоставке;
31.3.2. са клијентом слободно уговори награду, уколико то допушта Тарифа, или се ради о заступању такве врсте и сложености, за какво Тарифом награда није уопште или није на јасан начин прописана;

31.2.3. уговорену накнаду веже за успешан исход заступања, уколико то одговара природи случаја, не угрожава његови независност и није супротно забрани из правила 31.2.1. Кодекса.

31.3.4. не тражи награду за заступање другог адвоката, или деце, родитеља, усвојеника, усвојиоца или лица са којим је покојни адвокат живео у брачној или ванбрачној заједници;

31.3.5. прими неуговорену награду коју му понуди клијент, или друго лице са знањем и одобрењем клијента, док је поступак у току, а и без знања клијента када је заступање завршено, уколико их сам на то није навео, уколико друго лице није супротна странка или неко ко је подржавао супротну странку, уколико је награда у сразмери са обимом, врстом и резултатом рада и са имовинским приликама лица које је даје, и уколико са другим лицем, без знања клијента, није уговорена суброгација;

31.3.6. изузетно, уместо исплате у новцу или хартијама од вредности, у циљу наплате доспелог потраживања накнаде, од клијента прими вредност друге врсте, под условом да му сам клијент понуди овакав начин раздужења, да предате вредности нису потцењене и да замена испуњења не садржи обележја искоришћавања тешког положаја клијента и не нарушава углед адвокатуре;

31.3.7. за свој рад и за рад другога за кога лично јамчи тражи и прими предујам накнаде примерен обиму, врсти и сложености очекиваног рада;

31.3.8. изузетно, уместо предујма у новцу или хартијама од вредности, уговори законом допуштено обезбеђење друге врсте, под условом да тиме не ограничава пословну делатност клијента;

31.3.9. за сталну саветодавну помоћ уговори периодично плаћање паушалног износа награде, чија је висина примерена обиму, врсти и сложености његових обавеза.

31.4. Одлуку да поступи у складу са правилима 31.3.1. и 31.3.4. Кодекса адвокат може донети само након неопходних провера и на начин који неће створити утисак нелојалне конкуренције или рекламе.

31.5. Наплата накнаде обавља се по правилу у адвокатској канцеларији, а само из оправданих разлога изван ње, на месту и на начин који неће нарушити углед адвокатуре.

31.6. Пре него што против клијента покрене поступак пред судом за наплату накнаде, адвокат треба да клијенту упути писану опомену и остави му примерен рок за испуњење обавезе, а у судском поступку не сме да наступа са реваншистичким побудама и да клијента излаже новим непотребним издацима.

31.7. Ненаплаћену накнаду адвокат не сме да уступа, нити да наплату поверава лицу које се бави наплатом потраживања.

III – МЕЂУСОБНИ ОДНОСИ АДВОКАТА

32. Колегијалност

32.1. У циљу одржавања добрих колегијалних односа, као израза међусобног уважавања и чувања угледа адвокатске професије, адвокат треба:

32.1.1. да се према колеги опходи учтиво, без омаловажавања, оговарања, вређања или другог напада на личност;

32.1.2. да колегу не поистовећује са његовим клијентом;

32.1.3. да колегу на расправи, осим у границама прописаним правилима поступка, не прекида или на други начин омета;

32.1.4. да без одлагања одговори на службено обраћање колеге;

32.1.5. да не одбија пријем писмена која му доставља колега;

32.1.6. да се придржава времена договореног за пословни састанак са колегом;

32.1.7. да о молби за одлагање почетка рочишта, увек када то околности дозвољавају, обавести колегу који заступа у истом поступку;

32.1.8. да не користи процесне могућности на штету супротне странке, изузев оних чије пропуштање би утицало на губитак самог права или би ишло на штету суштинских интереса клијента, уколико му је колега најавио заступање супротне странке, или зна да постоје оправдани разлози који су колегу спречили да приступи на рочиште;

32.1.9. да у име клијента не ступа у разговоре или преговоре са супротном странком, без знања и сагласности колеге који ту странку заступа у истом предмету, осим ако се на други начин не може спречити наступање доцње, а да о оствареном службеном контакту без одлагања обавести адвоката супротне странке;

32.1.10. да не ступа у разговоре о предмету са судијом, тужиоцем, или лицем које руководи управним или претКривичним поступком, без обавештавања колеге који у истој ствари заступа супротну странку или брани другог окривљеног;

32.1.11. да обавести колегу чији му се клијент обратио ради преузимања заступања;

32.1.12. да се представи старијем колеги са којим се није упознао;

32.1.13. да без договора са колегом не преузима његове приправнике, службенике или сараднике;

32.1.14. да неповољна процесна решења или неуспешан исход поступка у коме заступа не правда приписивањем употребе недозвољених средстава од стране адвоката који заступа супротну странку, нити да подржава такво уверење клијента, осим ако он или клијент располажу доказима

који би им давали право на подношење кривичне или дисциплинске пријаве;

32.1.15. да за замењивање колеге не тражи више од половине награде прописане Тарифом.

32.2. Када му се за саветовање обрати странка коју у тој ствари заступа колега, адвокат је дужан да се ограничи на разматрање чињеничних и правних питања, а уздржи од оцене рада колеге.

32.3. Уколико су колегијални обзири супротни законитим интересима клијента, интереси клијента имају предност.

32.4. Адвокат не сме да тражи или прими од колеге, или од било ког другог лица, накнаду за то што је колегу препоручио странци или му је упутио странку, нити сме да понуди или исплати накнаду за то што је он на такав начин препоручен или му је странка упућена.

33. Професионална сарадња

33.1. У циљу успостављања и одржавања добре професионалне сарадње, адвокат треба:

33.1.1. да са колегама размењује стручна знања и мишљења;

33.1.2. да колеги пружи затражену стручну помоћ, осим ако ова знатно прелази меру уобичајене размене знања и мишљења или би била штетна за интересе клијента;

33.1.3. да прихвати замењивање колеге који то од њега тражи, или да, ако је из оправданих разлога спречен, а нема довољно времена да о томе обавести колегу и да овај пронађе другог заменика, сам изабере другог колегу и препусти му замену, или предузме друге мере које би отклониле последице пропуштања процесне радње за коју је замена тражена;

33.1.4. да о резултатима замене без одлагања обавести колегу који је замену тражио;

33.1.5. да за накнаду везану за замену или другу помоћ коју је тражио лично јамчи.

33.2. У пружању помоћи иностраном колеги адвокат је:

33.2.1. одговоран за савете и тумачења које даје;

33.2.2. дужан да не прихвати случајеве које није способан да обради стручно и без одуговлачења, а иностраном колеги одговори на језику који овај познаје или на коме му се обратио;

33.2.3. дужан да препоручи другог домаћег адвоката, за кога зна да може да удовољи захтевима из правила 33.2.2, уколико такве захтеве сам не може да испуни.

33.3. Право клијента да у истој ствари има више од једног адвоката, налаже адвокату:
33.3.1. да не спречава клијента да, поред њега, за заступање овласти и другог адвоката;
33.3.2. да пре него што се прихвати заступања странке која у истој ствари већ има адвоката, о томе обавести тог адвоката и провери да ли су им подударна схватања о правном основу и организацији заступања, и да разлике у схватањима покуша да усагласи;
33.3.3. да у заједничком заступању са колегама стално усаглашава схватања, договара поделу посла и настоји да у односима са клијентом, заступником супротне странке, судом и другим органима и организацијама, наступа као део усклађене стручне групе.

33.4. Адвокати који имају и задржавају одвојене адвокатске канцеларије могу уговорити трајније облике професионалне сарадње.

34. Преузимање заступања

34.1. Адвокат коме се за преузимање заступања обрати странка коју у истој ствари још увек заступа други адвокат, дужан је:
34.1.1. да се не упушта у оцењивање рада колеге који заступа;
34.1.2. да обавести странку да заступање не може преузети пре него што је колеги који заступа отказана пуномоћ и пре него што странка од тог колеге прибави и прикаже потврду да му не дугује накнаду за заступање;
34.1.3. да обавести странку о обавези да колегу који заступа упозна са чињеницом да му се његов клијент обратио, осим ако се странка определи само за саветовање.

34.2. Пре него што се прихвати да заступа странку која тврди да је у истој ствари престао да је заступа други адвокат, адвокат је дужан:
34.2.1. да се на поуздан начин увери да је раније заступање престало;
34.2.2. да се увидом у потврду колеге који је раније заступао увери да му странка не дугује накнаду за заступање.

35. Решавање спорова

35.1. Интереси колегијалности, професионалне сарадње и угледа адвокатуре налажу адвокату:
35.1.1. да поремећене односе са колегом настоји да поправи;
35.1.2. да не дозволи да поремећени односи дођу до изражаја у заступању пред судом и другим органом или организацијом;

35.1.3. да не дозволи да због поремећених односа са колегом на било који начин буде ограничена или ускраћена помоћ коју треба да пружи клијенту;

35.1.4. да личне поремећене односе, или поремећене односе свог клијента са колегом, пре обраћања суду или другом надлежном органу, покуша да реши на миран начин, осим ако прети опасност од застаревања права или би то очигледно било на штету његовог властитог угледа и достојанства.

35.2. Адвокат треба да, увек када то допуштају околности, одмерено и обазриво, без присуства трећих лица, укаже колеги на поступке који су супротни закону, статуту адвокатске коморе и Кодексу.

35.3. Дисциплинску или другу пријаву адвокат ће поднети против колеге само ако покушаји и указивања из правила 35.1.4. и 35.2. нису дали резултате, или ако је кршење закона, статута и Кодекса у тој мери тешко, очигледно, безобзирно или упорно да предузимање мера за њихово сузбијање или кажњавање, у интересу права и угледа професије, не трпи одлагање.

36. Заједничка адвокатура

36.1. Два или више адвоката могу радити у истој просторији само ако имају заједничку адвокатуру.

36.2. Припадност заједничкој адвокатури не искључује право адвоката да буде ослобођен задатака који су супротни Кодексу.

36.3. Независност и самосталност адвоката у заједничкој адвокатури могу бити ограничени само:

36.3.1. уговореном организацијом и условима рада;

36.3.2. искључењем прихватања личних клијената;

36.3.3. искључењем или ограничењем самосталног прихватања, одбијања или отказивања заступања, сем ако се ради о личним клијентима;

36.3.4. обавезом прихватања правних схватања руководилаца канцеларије, стручног колегијума или већине адвоката, у складу са правилима канцеларије.

36.3.5. обавезом да не иступа из канцеларије у време и на начин који би канцеларији нанели штету или повредили интересе клијента.

36.4. Одговорност адвоката прописана правилима заједничке адвокатуре не искључује дисциплинску одговорност пред органима адвокатске коморе.

IV – АДВОКАТ И АДВОКАТСКА КОМОРА

37. Однос адвоката према адвокатској комори

37.1. Адвокат треба да уважава углед, аутономију и интегритет адвокатске коморе чији је члан и друге адвокатске коморе са којом саобраћа.

37.2. У односу према адвокатској комори чији је члан, адвокат треба да:
37.2.1. извршава коначне одлуке њених органа;
37.2.2. благовремено и у потпуности испуњава своје материјалне и друге обавезе;
37.2.3. у остављеном року одговори на писано обраћање или се одазове на позив њених надлежних органа;
37.2.4. у службеном саобраћању износи истините податке;
37.2.5. достави тражене исправе и пружи тражена објашњења, осим ако би тиме повредио обавезу чувања адвокатске тајне;
37.2.6. без оправданог разлога не одбија избор и именовање у њене органе и радна тела тих органа;
37.2.7. стручно, савесно и благовремено извршава обавезе у органима и радним телима у које је изабран или именован, и учествује у њиховом раду.

37.3. Правила о односу адвоката према адвокатској комори примењују се и на друге облике организовања адвоката, које је одобрила адвокатска комора.

37.4. Адвокат треба да извршава одлуку надлежног органа адвокатске коморе о обустављању рада адвоката, под условом да је установљен минимум рада неопходан за заштиту основних права и интереса клијената.

38. Однос представника адвокатске коморе према адвокату

38.1. Адвокат на положају у органима и радним телима адвокатске коморе треба да штити законска права и интересе адвоката и да се у службеном саобраћању према колеги опходи одмерено и уљудно.

38.2. Члан дисциплинског суда и дисциплински тужилац адвокатске коморе, који је у дисциплинском поступку од окривљеног колеге сазнао адвокатску тајну, дужан је да ову тајну чува изван оквира дисциплинског поступка, као да је њему поверена.

V – АДВОКАТ И ДРЖАВНИ ОРГАНИ

39. Међусобно уважавање

39.1. Однос адвоката према суду, другим државним органима и њиховим представницима, и однос суда, других државних органа и њихових представника према адвокату, израз је поштовања права, правне културе и правничке професије.

39.2. Према суду, другим државним органима и њиховим представницима адвокат треба да се опходи одмерено и уљудно, настојећи да обезбеди исто такво опхођење клијента, али и представника ових органа према себи и клијенту.

39.3. Одмерено и уљудно опхођење подразумева поштовање правила поступка, пристојност у садржају и начину изражавања и прикладност у одевању.

39.4. Поднесци и усмена излагања адвоката треба да буду јасни, сажети, умесни и логични, а критика коју адвокат упућује суду, другим државним органима и њиховим представницима не сме да буде саопштена на непримерен или увредљив начин.

40. Забрана злоупотребе

40.1. У односу према суду, другим државним органима и њиховим представницима адвокат не сме:

41.1.1. да утиче на ток поступка и доношење одлуке непрофесионалним средствима и притисцима, а нарочито обраћањем органима и лицима која немају право да се уплићу у поступак, расправљање и одлучивање;

40.1.2. да личне родбинске или пријатељске односе са судијама и другим представницима органа власти испољава пред клијентом, супротном странком или њеним заступником, или да пред овим лицима ствара утисак постојања таквих односа;

40.1.3. да неповољан ток или исход поступка правда приписивањем корупције и других видова злоупотреба судијама и другим представницима органа власти, или да подржава такво уверење клијента, осим ако он или клијент располажу доказима који би им давали право на подношење кривичне или дисциплинске пријаве;

40.1.4. да злоупотребљава улогу браниоца да би клијенту, или посредством клијента који је у притвору или на издржавању казне, другим притвореницима или затвореницима кришом дотурао писма, поруке или предмете, чије је достављање забрањено, подложно контроли, или намењено недозвољеним циљевима;

40.1.5. да пред клијентом, супротном странком или њеним заступником, уочи рочишта улази у судницу или другу службену просторију намењену расправи пре него што је прозван, или се након завршетка рочишта у судници или таквој просторији задржава и по изласку свих ових лица, осим ако свој улазак или останак претходно тим лицима оправда постојањем изузетних, оправданих и истинитих разлога.

40.2. Адвокат не сме да прибегава процесним злоупотребама, а нарочито да користи неосноване разлоге за одлагање рочишта и да износи податке и доказе за које зна да нису истинити.

VI – АДВОКАТ И АДВОКАТСКИ ПРИПРАВНИК

41. Обавезе адвоката

41.1. Приправника, кога је примио на рад, адвокат треба да оспособи за самостално обављање адвокатске професије и других звања у правосуђу, у складу са планом и програмом приправничке обуке који доноси адвокатска комора.

41.2. Током обуке адвокат је дужан да приправнику:

41.2.1. посветити довољно времена, пажње и васпитног утицаја да би му пренео своја професионална знања и искуства;

41.2.2. пружи податке за коришћење прописа и правне литературе;

41.2.3. у складу са Кодексом укаже на начин рада у адвокатској канцеларији, на обавезу чувања адвокатске тајне, на однос према клијенту, колегама и супротним странкама и на понашање пред судом и пред другим органима и лицима пред којима заступа;

41.2.4. даје упутства за заступање;

41.2.5. надзире и анализира рад и указује на добре и лоше стране његовог рада;

41.2.6. пружи прилику за упознавање предмета из свих области права у којима заступа, и да настоји да му, кроз сарадњу са колегама, омогући праксу и у оним областима права којима се он не бави;

41.2.7. својим понашањем и радом пружа позитиван пример;

41.2.8. обезбеди услове рада у складу са позитивним прописима, Кодексом и сврхом приправничке обуке;

41.2.9. исплаћује награду у складу са законом и уговором;

41.2.10. остави довољно слободног времена за припремање правосудног испита.

41.3. Адвокат не сме да приправника:

41.3.1. прима на привидан рад и пријављује га иако зна да овај неће радити, или не одјављује иако се испостави да не ради стварно и стално;

41.3.2. користи као партнера и са њим уговара поделу добити или ортаклук;

41.3.3. искоришћава за послове који нису у вези са приправничком обуком.

41.4. Адвокат не сме да злоупотребљава очигледно незнање или неискуство приправника свог колеге.

42. Обавезе приправника

42.1. Адвокатски приправник дужан је:

42.1.1. да се упозна са садржајем статута и Кодекса;

42.1.2. да се придржава плана и програма приправничке обуке који је донела адвокатска комора;

42.1.3. да се према адвокату код кога ради опходи пристојно и да се придржава обавеза проистеклих из организације рада адвокатске канцеларије;

42.1.4. да се придржава упутстава адвоката код кога ради, осим ако су супротна позитивним прописима и Кодексу;

42.1.5. да приправничку обуку искористи за што потпуније стицање знања и искуства и оспособљавање за самосталан рад;

42.1.6. да приправничку вежбу обавља стварно и стално и да се у исто време не бави другим, са адвокатуром неспојивим послом;

42.1.7. да се у првом службеном сусрету представи другим адвокатима, судијама и другим представницима органа или правних лица пред којима заступа.

42.2. Адвокатски приправник не сме:

42.2.1. да заступа без питања и упутства адвоката код кога ради, а ако замењује адвоката који замењује колегу, и без упутстава замењиваног колеге;

42.2.2. да без знања и одобрења адвоката код кога ради прихвата или отказује заступање, или замењује друге адвокате;

42.2.3. да прима властите клијенте и води властите предмете.

VII – АДВОКАТ И СУПРОТНА СТРАНКА

43. Однос према супротној странци

43.1. Адвокат треба да уважи претпоставку да супротна странка наступа са једнаким осећајем правичности и са једнаком увереношћу у своја права, као и његов клијент.

43.2. Према супротној странци адвокат треба да се опходи одмерено и учтиво, али не на начин који ће оставити утисак колебљивости, попустљивости, или неодлучног заступања права и интереса клијента.

43.3. Адвокат не сме:

43.3.1. да искоришћава очигледну неукост, заблуду или збуњеност супротне странке која нема заступника, да би за клијента прибавио неосновану корист;

43.3.2. да према супротној странци примењује претњу, принуду или обману;

43.3.3. да супротну странку изазива и подстиче на недопуштено понашање;

43.3.4. да ступа у разговоре и преговоре се супротном странком, без знања клијента, или на начин супротан правилу 31.1.9;

43.3.5. подстиче клијента на кривично гоњење, или сам прибегава кривичном гоњењу супротне странке за увреде које је ова, изазвана од њега или његовог клијента, изнела на расправи.

Д. ПРЕЛАЗНА И ЗАВРШНА ПРАВИЛА

44.1. Ступањем на снагу овог Кодекса престаје да важи Кодекс професионалне етике адвоката Адвокатске коморе Југославије од 16. јануара 1999. године, који се примењује као Кодекс професионалне етике Адвокатске коморе Србије.

44.2. У дисциплинским поступцима који нису правноснажно окончани, правила овог Кодекса примењиваће се само ако су повољнија за окривљеног адвоката.

44.3. Овај Кодекс ступа на снагу осмог дана од дана објављивања у „Службеном гласнику Републике Србије“.

ЧЛАНЦИ

UDK 343.544(497.11)

Мр Вељко М. Делибашић
адвокат из Београда

КРИВИЧНО ДЕЛО ПОСРЕДОВАЊЕ У ВРШЕЊУ ПРОСТИТУЦИЈЕ ИЗ ЧЛАНА 184. КРИВИЧНОГ ЗАКОНИКА

САЖЕТАК

У Србији је бављење проституцијом санкционисано Законом о јавном реду и миру, као прекршај. Кривично дело посредовање у вршењу проституције прописано је чланом 184. Кривичног законика, који првим ставом предвиђа основни, а другим ставом тежи облик. Радња извршења основног облика прописана је алтернативно. Прво су наведене радње подстрекавања на проституцију, а састоје се у навођењу или подстицању другог на проституцију. Затим се као радња основног облика прописује помагање у вршењу проституције, а састоји се у учествовању у предаји неког лица другоме ради вршења проституције. На крају, основни облик обухвата пропагирање или рекламирање проституције путем средстава јавног информисања и других сличних средстава. Тежи облик кривичног дела постоји ако је основни облик извршен према малолетном лицу. За потребе овог кривичног дела могло би се поставити питање да ли се под проституцијом подразумева само једна радња проституисања, једна радња проституисања уз намеру тог лица да се тиме бави или више радњи проституисања. Имајући у виду чињеницу да законодавац не користи израз бављење проституцијом, а не спомиње ни намеру лица да се тиме бави, прихватљивије би било да се под проституцијом код овог кривичног дела подразумева и само једна радња проституисања. Кривично дело може бити извршено само са умишљајем, који

треба да обухвати и свест да се радња извршења предузима у циљу вршења проституције. Када је у питању тежи облик кривичног дела, неопходно је да умишљај обухвати и свест да се ради о малолетном лицу. У супротном, уколико старост пасивног субјекта не би била обухваћена умишљајем учиниоца, радило би се о основном, а не о тежем облику овог кривичног дела. За основни облик кривичног дела посредовање у вршењу проституције запрећена је казна затвора од шест месеци до пет година и новчана казна, док је за тежи облик овог кривичног дела запрећена казна затвора од једне до десет година и новчана казна.

У Србији је бављење проституцијом санкционисано Законом о јавном реду и миру, као прекршај. Наиме, члан 14. овог закона предвиђа да ће се лице које се одаје проституцији или лице које уступа просторије ради проституције казнити казном затвора до 30 дана. Тежи облик прекршаја, прописан је у ставу два истог члана, који као квалификаторну околност предвиђа старост лица коме се уступају просторије ради вршења проституције. Тако ће се лице које малолетној особи уступа просторије ради проституције казнити казном затвора до 60 дана.[1]

Закон о јавном реду и миру, иако проституцију санкционише као прекршај, не даје дефиницију проституције, па је то питање препуштено пракси органа за вођење прекршајног поступка. Имајући у виду чињеницу да ниједан други закон не дефинише појам проституције, у пракси се може појавити проблем које понашање се може и сме подводити под биће овог прекршаја. С тим у вези, треба нагласити да се Законом о јавном реду и миру утврђују прекршаји и кривична дела којима се угрожавају и ремете јавни ред и мир. Чланом 2. овог закона, јавни ред и мир се дефинише као усклађено стање међусобних односа грађана настало њиховим понашањем на јавном месту и деловањем органа и организација у јавном животу ради обезбеђивања једнаких услова за остваривање права грађана на личну и имовинску сигурност, мир и спокојство, приватни живот, слободу кретања, очување јавног морала и људског достојанства и право малолетника на заштиту.

У пракси, иако се то по правилу експлицитно не наводи, под проституцијом се подразумева ступање у сексуалне односе, које карактерише одсуство емоција, са већим, унапред углавном неодређеним бројем лица, ради стицања материјалне добити. Полазећи од ове дефиниције проституције, поставља се питање да ли се и када таквим понашањем нару-

[1] Закон о прекршајима чланом 31. предвиђа да се казна затвора за прекршаје не може прописати у трајању дужем од тридесет дана, односно за теже прекршаје у трајању дужем од шездесет дана.

шава јавни ред и мир, у смислу како га одређује Закон о јавном реду и миру. Самим тим, поставља се и питање да ли проституција може бити понашање које се предвиђа као прекршај против јавног реда и мира. Ако би одговор био позитиван, поставља се додатно питање у којим то ситуацијама проституција поприма облик којим се може нарушити јавни ред и мир.

Сексуални однос, који представља централни део проституције, по правилу се одиграва на местима која нису јавна. Самим тим, тешко се може бранити став да се проституцијом a priori ремети јавни ред и мир. Такође, договор о сексуалним услугама и цени, чак и када се одвија на јавном месту, не ремети јавни ред и мир у довољној мери да би био санкционисан као прекршај против јавног реда и мира. Ово тим пре јер се договор о пружању сексуалних услуга када се склапа на јавном месту, али и на месту које није јавно, одвија дискретно и ни на који начин не нарушава јавни ред и мир. Као што је истакнуто, сама реализација договора се по правилу не врши на јавном месту па се став да проституцију не треба санкционисати као прекршај, бар не као прекршај против јавног реда и мира, показује као прихватљив.

С тим у вези, још је теже бранити став да се јавни ред и мир ремети уступањем просторија, поготово ако су оне приватног карактера. Уступањем просторија да би се у њима радила било која интимна радња, макар то био и сексуални однос ради стицања материјалне користи, не нарушава се јавни ред и мир.

Суштина проблема је у стицању материјалне користи, јер се у ствари то понашање санкционише. Наиме, уколико би се одигравао сексуални однос без прибављања материјалне користи, односно ако би се просторије уступале за сексуалне односе без прибављања материјалне користи такво понашање се не би ни подводило под биће овог прекршаја.

На основу изнетог, долази се до закључка да само бављење проституцијом не угрожава јавни ред и мир у довољној мери да би се предвидело као прекршај. Стога, бављење проституцијом би могло бити прописано као прекршај против јавног реда и мира само уколико се врши на местима на којим је то заиста непримерено. Сасвим је прихватљиво да се као прекршај против јавног реда и мира прописује бављење проституцијом ако се то ради у близини школе, болнице, цркве, културно-историјског споменика или неког сличног места. У том случају, бављење проституцијом постаје прекршај само уколико је са њом повезана квалификаторна околност која се огледа у месту на коме се врши проституција. Наравно, у овом случају појам проституције обухвата и сам чин договарања између лица које пружа услуге и корисника тих услуга.

Осим у наведеном случају, када се проституција врши на местима где је то апсолутно непримерено, поставља се и начелно питање да ли се проституција уопште сме санкционисати као прекршај, имајући у виду прокламовану слободу на самоопредељење, што свакако укључује право и на сексуално самоопредељење. Уз неспорну чињеницу да је проституција друштвено неприхватљиво и штетно понашање и да заслужује моралну осуду, тешко се аргументовано може бранити став да се треба и сме, прописивањем проституције као прекршаја, ограничити прокламовано право на сексуално самоопредељење.

Наиме, да бисмо се определили да ли проституцију треба дозволити или не, прво се морамо определити за један од два могућа става према сексуалним услугама, односно сексу. Према једном ставу секс је легитиман само унутар брака или ванбрачне заједнице и служи као средство за зачеће или да би појачао љубавни однос. Према другом ставу секс је начин уживања, односно активност која пружа велико задовољство и може се упражњавати одвојено од брака и зачећа без икаквих емоција. Стоји чињеница да је секс средство зачећа, да се одвија у браку, односно да би требало да се одвија у браку и да се сексом појачава постојећи љубавни однос. Међутим, не може се игнорисати ни општепознати и општеприхваћени став да је секс друштвено дозвољен и прихватљив пре брака, али и изван брака. Такође, неспорно је да данас секс ни у самом браку не служи само као средство зачећа јер постоје брачне заједнице које и не помишљају на потомство, као што постоје и бракови који се не заснивају на позитивним емоцијама супружника, па у таквим срединама секс представља пуко средство за уживање.[2] Томе треба додати и чињеницу да се данас људи, без обзира да ли јесу или нису у браку, упуштају у сексуалне односе са познаницима са којима немају никакав емотивни однос, без жеље да створе или појачају било какав однос, љубавни или емотивни, са јединим циљем да себи приуште физичко задовољство. Имајући све ово у виду, став да је секс искључиво средство за зачеће и појачавање љубавног односа, који се упражњава у браку или ванбрачној заједници, појављује се као застарео, превазиђен и нетачан.

Ако се прихвати став да је секс уживање и да му у многим случајевима то може бити једина функција, долази се до закључка да се онда секс може пружати другој особи са јединим или првенственим циљем да се тој

[2] Једини природни начин зачећа је путем вагиналног коитуса, па у контексту питања да ли је секс само средство зачећа не треба испустити из вида чињеницу да секс у ширем смислу подразумева и орални и анални коитус, који никако не служе зачећу, већ искључиво задовољству.

другој особи пружи задовољство. Другим речима, ступање у сексуалне односе, може имати за циљ да се задовољавају потребе других, односно секс се може испољавати и у облику пружања сексуалних услуга. Ако је то тако, онда се поставља питање да ли се за пружање сексуалних услуга сме примати новац или нека друга материјална корист, као што је то дозвољено и за сваку дугу пружену услугу, попут услуге масаже, шишања, певања, лекарске или адвокатске услуге и слично. Да би се добио одговор на ово питање мора се поћи од аргумената који се износе за тезу против дозвољености проституције.

Аргументи који се најчешће истичу против проституције су:

1. Проституцијом се повећава опасност ширења венеричних и других болести, укључујући и опасност од ширења ХИВ инфекције.
2. Непријатно, понижавајуће, чак и насилничко понашање клијената према проституткама.
3. Експлоатација од стране власника јавних кућа или макроа.
4. Изузетно низак друштвени статус проститутки и презир околине.
5. Проституција је максимално безлична.
6. Особа која се бави проституцијом сведена је на пуко средство.
7. Проституција је неприхватљива због интимне природе чина који се пружа за новац.
8. Особа која се бави проституцијом заправо продаје своје тело, односно себе.[3]

Што се тиче прва четири аргумента који се истичу против проституције, треба рећи да је кључни узрок свих тих ризика професионалне проституције управо негативан став друштва према њој. У случају да се бављење проституцијом дозволи и да се та делатност правно регулише, особе које се баве проституцијом могле би да уживају далеко бољу медицинску заштиту, као и далеко ефикаснију полицијску заштиту од агресивног и малтретирајућег понашања клијената. Такође, особе које се баве проституцијом биле би правно заштићене од експлоатације од стране макроа и власника јавних кућа.[4] Затим, легализацијом проституције њен друштвени статус би био знатно другачији, односно бољи.[5]

---

[3] Приморац И., op. cit., стр. 123. и 133.

[4] Треба имати у виду да је наша земља преузела међународну обавезу да пропише кажњавање лица која друге подстрекавају на проституцију, односно која искоришћавају проституцију других лица. То значи да би и у случају да се дозволи бављење проституцијом, ове активности, које углавном улазе у круг делатности макроа и власника јавних кућа, и даље морале бити санкционисане. Самим тим, у доброј мери би била пружена заштита лицима која се баве проституцијом.

[5] Приморац И., op. cit., стр. 124.

Аргументи изнети под тачком 5. и 6. не морају да стоје увек и у сваком појавном облику проституције. У ствари, да ли ће ти аргументи постојати или не зависи од модалитета, односно начина на који се пружају услуге проституција. То значи да је то ствар договора између даваоца и примаоца услуга, и у том погледу важе правила која успоставе учесници посла, као што је то случај и са многим другим занимањима. Истовремено, аргументи под тачком 7. и 8. су ствар личног избора особе која се одлучује на бављење проституцијом. То је нешто што је лична ствар особе која жели да се бави тим послом а та особа не мора нужно имати такав, негативан став према послу којим жели да се бави.

На основу овога, може се прихватити став да је продаја секса само још једна услуга, сама по себи легитимна као и било која друга и коју не треба ометати све док принуда, експлоатација или превара нису укључене.[6] Уколико дође до принуде или преваре, мора се реаговати, али не санкционисањем особе која се бави проституцијом јер се она у том случају појављује као жртва, већ санкционисањем оних који су употребили принуду или превару.

Према томе, аргументи који се износе против проституције, данас више немају тежину коју су некада имали, и суштински не представљају аргументе против проституције као неразборитог избора занимања, него представљају аргумент против проституције ако и када се она врши неразборито. Једини прави разлог због којег би друштво могло да се меша у избор здраве и одрасле особе да ради као проститутка је управо провера да ли је такав избор слободан. Такав избор може учинити само одрасла и здрава особа, а држава је дужна да води рачуна да избор није резултат принуде или преваре. Наравно, слободу избора да се овим занимањем баве не могу имати особе које су некомпетентне услед трајних или привремених душевних поремећаја, као и особе које нису достигле узраст погодан за давање пристанка да се упусте у живот са проституцијом. Треба имати у виду и чињеницу да се особе које се упуштају у бављење проституцијом на тај корак одлучују под екстремним притиском социјалних и економских околности, без пуног схватања праве природе и ризика проституције. Међутим, то није аргумент против проституције него аргумент против недостатка алтернатива проституцији. Дакле, ако је једна одрасла и здрава особа потпуно разумела опасности и штетност које носи проституција, па и поред тога одлучи, без притиска било које врсте, да су предности проституције вредне да се њоме бави, онда за ту особу није ни неразборито ни погрешно да се упути на пут свог изабраног посла.[7]

[6] Ibid., стр. 133.

[7] Ibid., стр. 126. и 127.

Кривично дело посредовање у вршењу проституције, прописано је у глави осамнаестој Кривичног законика, која носи назив „Кривична дела против полне слободе“. Према Стојановићу, заштитни објект код ових кривичних дела своди се на једно основно добро, или право, а то је право на сексуално самоопредељење, сматрајући да би у складу с тим, у сексуалној сфери требало инкриминисати само оне сексуалне радње у којима не постоји свесни и вољни пристанак лица према коме се предузимају. То су у основи само две ситуације и то: ситуација када се сексуална радња врши уз употребу принуде, односно када се користи стање немоћи, и ситуација када се радња врши према лицу коме се због психофизичке незрелости не може признати право на сексуално опредељење.[8]

Имајући у виду овај став, који у новијој литератури није споран, исправно је да се проституција не прописује као кривично дело. Овакво решење се појављује као једино могуће јер се проституција не може сузбијати кривичноправним нормама, тим пре што ни прекршајно кажњавање не показује добре резултате на том плану. Такође, мора се дати негативан одговор на питање да ли је уопште дозвољено да се кривичноправном репресијом задире у права појединаца која су везана за сексуално самоопредељење, а које укључује и њихово право да се баве или не баве проституцијом. Бављење проституцијом је питање морала, односно васпитања на које се мало може утицати мерама кажњавања. Много бољи резултати у сузбијању проституције могу се постићи првенствено васпитним али и другим мерама које стоје ван кривичног и прекршајног права. Међутим, подстрекавање или помагање у вршењу аморалне појаве, каква је проституција, која је уз то прописана као прекршај, њено пропагирање или рекламирање путем средстава јавног информисања и других сличних средстава, довољно је штетно да оправдава кривичноправну интервенцију. Таква интервенција је усмерена и ограничена управо на лица која подстичу или помажу проституцију, а не на лица која се проституцијом баве. Међутим, кривичним прогоном подстрекача и помагача посредно се делује и на сузбијање проституције. Стога, постојање кривичног дела посредовање у вршењу проституције, за сада, има своје криминалнополитичко оправдање.

С друге стране, могло би се поставити питање доследности кривичноправне репресије. Наиме, ако је оправдање за постојање ове инкриминације у томе што подстрекавање, помагање, пропагирање или рекламирање друштвено штетне појаве путем средстава јавног информисања и других сличних средстава, каква је проституција, садржи довољну коли-

[8] Стојановић З. – Перић О., *Кривично право*, посебни део, Београд, 2006, стр. 97.

чину друштвене штетности да би се такве активности прописале као кривично дело, поставља се питање зашто се то не ради и са подстрекавањем, помагањем, пропагирањем и рекламирањем и других друштвено штетних појава.

Наиме, потпуно је неспорно да је бављење играма на срећу, односно коцкање, друштвено штетна појава и тешко би се аргументовано могао бранити став да је коцкање мање друштвено штетно од проституције. С тим у вези, стоји чињеница да организовање, помагање, пропагирање и рекламирање коцкања није кривично дело, напротив, такве активности су допуштене, а управо је држава та која је у последње време најактивнија у тој делатности. Не само да је држава организовала и да помаже коцкање, него је пропагирањем и рекламирањем коцкања путем средстава јавног информисања и других сличних средстава заузела највећи део простора намењеног у те сврхе. Ради се о разним облицима коцкања у виду спортске прогнозе, лутрије, затим игара као што су лото, бинго, томбола и слично. Присутан је и огроман број кладионица, као и коцкарница са електронским апаратима за коцкање. Наравно, стоји чињеница да се најопаснији вид коцкања, уз благонаклон однос државе, у облику игара као што су рулет, барбут, покер, блек-џек и слично, организује у облику коцкарница које се отварају на најелитнијим местима.

Треба прихватити чињеницу да свако има право да слободно одлучи да ли хоће или неће да се бавити друштвено штетном појавом каква је коцка. Али, уколико се неко слободно одлучио за такву активност није прихватљиво да се кривичноправном репресијом санкционишу они који такву активност подстичу, помажу, пропагирају или рекламирају. Стога се може поставити питање – да ли подстицање, помагање, пропагирање, односно рекламирање проституције путем средстава јавног информисања и других сличних средстава треба и даље санкционисати као кривично дело. При том се не сме изгубити из вида Конвенција за сузбијање и укидање трговине лицима и експлоатације проституисања других, донета у Њујорку 2. 12. 1949. године, коју је наша земља ратификовала 1950. године. Потписнице ове Конвенције сагласиле су се и са првим чланом – да се казни свако лице које, да би задовољило страсти другог, врбује, намамљује или заводи друго лице у циљу проституисања, чак и са пристанком тог лица, односно да казне лице које искоришћава проституисање другог лица, чак и са пристанком тог лица. Такође, члан 2. Конвенције предвиђа кажњавање сваког лица које држи, управља или свесно финансира или учествује у финансирању неке јавне куће, као и свако лице, које свесно издаје или узима под закуп, потпуно или делимично неку зграду или неко друго место у циљу проституисања других. Међутим, ова

Конвенција предвиђа обавезу кажњавања, што не значи нужно кривичноправно кажњавање, односно за испуњење ове међународне обавезе било би довољно и прописивање прекршајног кажњавања.

Подаци о кривичном делу „посредовање у вршењу проституције", према евиденцији Републичког завода за статистику, за територију Србије у 2008. години, дати су у табели:[9]

Број кривичних пријава против пунолетних лица	34
Број оптужница	43
Укупно осуђена пунолетна лица	28
Осуде на казну затвора	11
Осуде на новчану казну	4
Условна осуда	11
Осуђена лица, ослобођена од казне	2

Кривично дело посредовање у вршењу проституције прописано је чланом 184. Кривичног законика, који првим ставом предвиђа основни, а другим ставом тежи облик. Радња извршења основног облика прописана је алтернативно. Прво су наведене радње подстрекавања на проституцију, а састоје се у навођењу или подстицању другог на проституцију. Затим се као радња основног облика прописује помагање у вршењу проституције, а састоји се у учествовању у предаји неког лица другоме ради вршења проституције. На крају, основни облик обухвата пропагирање или рекламирање проституције путем средстава јавног информисања и других сличних средстава.

Када су у питању радње подстрекавања на проституцију, битно је нагласити да оне према општим правилима о подстрекавању, као облику саучесништва, не би биле кажњиве, с обзиром на то да само бављење проституцијом не представља кривично дело, већ прекршај.[10] Подстрекавање на проституцију, код овог кривичног дела, врши се навођењем или подстицањем. Ради се о појмовима који су довољно широки да обухвате многобројне и разноврсне утицаје на друга лица да се баве проституцијом. Поред уобичајених радњи којима се неко наводи или подстиче на проституцију, као што је наговарање, савет, предочавање и обећање користи која ће се на тај начин остварити, подржавање жеље за проституцијом, разни облици убеђивања, молбе и слично, у пракси се као чест на-

[9] Републички завод за статистику, Саопштење број 344 од 09. 12. 2008. године.

[10] Детаљније о подстрекавању као облику саучесништва види Стојановић З., *Кривично право,* општи део, Београд, 2005, стр. 241–247.

чин подстрекавања на проституцију користи стварање ситуације која делује на лице да одлучи да се бави проституцијом. Битно је да се радња навођења или подстицања на проституцију предузима према индивидуално одређеном лицу, уз напомену да се на страни пасивног субјекта може наћи и већи број индивидуално одређених лица.

Међутим, када је у питању подстрекавање на проституцију, поготово када се ради о коришћењу ситуације створене да би се друго лице навело или подстакло на проституцију, треба бити опрезан јер се може догодити да та радња представља радњу извршења кривичног дела трговине људима из члана 388. Кривичног законика. Првенствено због тога што је једна од радњи кривичног дела трговина људима врбовање, што се у пракси поклапа са радњама које обухватају термини навођење и подстицање. Суштина је у следећем – уколико би извршење тих радњи било на један од начина који предвиђа кривично дело трговина људима, или уколико би се на страни пасивног субјекта појавило малолетно лице, онда би се радило о том кривичном делу а не о кривичном делу посредовање у вршењу проституције. Свакако, тада се не би радило о стицају ова два кривична дела, јер је стицај у овом случају привидан. Најчешће би се радило о привидном стицају на основу консумпције.[11]

Друга радња којом може да се изврши основни облик овог кривичног дела јесте радња помагања у вршењу проституције, односно учествовање у предаји неког лица другоме ради вршења проституције. Као и код радње подстрекавања, само помагање у вршењу проституције, према општим правилима о помагању, као облику саучесништва, не би било кажњиво с обзиром на то да само бављење проституцијом не представља кривично дело, већ прекршај.[12]

Радња учествовања у предаји неког лица другоме ради вршења проституције обухвата разноврсне делатности, као што су на пример, упућивање неког лица другоме, предаја неког лица у истом месту другоме, одвођење из једног места у друго, одвођење из једне земље у другу земљу, предаја неког лица другоме да га одведе у друго место или иностранство, тако да учествовање у предаји не треба схватити само као непосредну, фактичку предају неког лица, већ и као друге делатности којима се другоме упућује неко лице.[13]

---

[11] Детаљније о привидном стицају види Стојановић З., *Кривично право,* општи део, Београд, 2005, стр. 221–231.

[12] Детаљније о помагању као облику саучесништва види Стојановић З., *Кривично право*, општи део, Београд, 2005, стр. 247–249.

[13] Лазаревић Љ., *Кривични закон СРЈ са краћим коментаром*, Београд, 1999, стр. 513.

Тако на пример, пресудом Окружног суда у Београду Кж 1247/2004 од 27. 5. 2004. године, утврђује се да је првооптужени врбовао на проституцију женска лица. Затим, он је са другооптуженим учествовао у њиховој предаји другоме ради вршења проституције тако што је првооптужени најпре давао огласе у листовима који објављују огласе да ангажује девојке, са којима је уговарао сарадњу по принципу да зараду деле на пола, па је у истим листовима у рубрици „лични контакти" објављивао огласе из чије садржине се видело да се нуде сексуалне услуге. На дате телефоне првооптуженог јављали су се клијенти са којима је уговарао врсту, цену и место пружања сексуалних услуга, склапао договоре са њима, а затим позивао ангажоване девојке које су пружале услуге на договореним адресама, где их је одвозио у свом возилу другооптужени, који их је за то време чекао и пружао им по потреби физичку заштиту.

Сама предаја мора да се врши ради остваривања одређеног циља, а то је бављење проституцијом, и акценат мора да буде управо на томе а не у самој фактичкој радњи. Уколико се радња предаје не би вршила ради одређеног циља, а то је вршење проституције, не би ни било кривичног дела, бар не овог. С тим у вези, важно је истаћи да се радња предаје мора вршити уз пристанак лица које се предаје ради вршења проституције, јер би се, у противном, радило о помагању у неком другом кривичном делу, или би постојало кривично дело трговина људима.[14] Наравно, предаја неког лица другоме, без његове сагласности, у неким случајевима могла би представљати, поред радње помагања у неком другом кривичном делу, и радњу извршења неког другог кривичног дела. Уколико постоји сагласност лица које се проституцијом бави да буде предато другом, дело „посредовање у вршењу проституцијом" постоји, а потпуно је ирелевантно да ли је иницијатива за предају била на том лицу или не. То би се, евентуално, узимало у обзир приликом одмеравања казне.

Последња радња којом се може извршити основни облик овог кривичног дела јесте пропагирање или рекламирање проституције путем средстава јавног информисања и других сличних средстава. Пропагирање представља радње које су усмерене на подржавање проституције, односно на стварање код других тежње и намере да се тиме баве. Радња пропагирања проституције усмерена је према индивидуално неодређеном броју лица. С друге стране, рекламирање проституције је нуђење услуга проституције потенцијалним муштеријама. И једно и друго може се вршити на различите начине, али је за постојање овог кривичног дела неопходно да

[14] Стојановић З., *Коментар Кривичног законика*, Београд, 2006, стр. 475.

[15] *Закон о јавном информисању*, Сл. гласник РС, број 43/2003 и 61/2005.

се то врши путем средстава јавног информисања и других сличних средстава. Под средствима јавног информисања се првенствено подразумевају јавна гласила, чији је појам одређен чланом 11. Закона о јавном информисању.[15] У јавна гласила спадају новине, радио-програми, телевизијски програми, сервиси новинских агенција, Интернет и друга електронска издања наведених гласила, као и друга средства јавног информисања која помоћу речи, слике или звука објављују идеје, информације и мишљења намењена јавној дистрибуцији и неодређеном броју корисника.

Пасивни субјект може бити свако пунолетно лице, мушко или женско. Уколико би се радња извршења састојала у пропагирању или рекламирању проституције путем средстава јавног информисања и другог сличног средства, без обзира на мотив извршиоца, а на страни пасивног субјекта се појави малолетно лице – не би се радило о основном облику, већ би се радило о тежем облику овог кривичног дела, прописаног у ставу два, где се као квалификаторна околност појављује узраст пасивног субјекта. Под малолетним лицем се, према члану 112. став 10. Кривичног законика, сматра лице које није навршило осамнаест година.

Уколико би се радња извршења састојала у подстрекавању или помагању проституције, а на страни пасивног субјекта се појави малолетно лице, и уз то буде остварен услов да циљ извршења радње не буде експлоатација проституције, не би се радило о основном облику, већ би се радило о тежем облику овог кривичног дела, прописаног у ставу два, где се као квалификаторна околност појављује узраст пасивног субјекта. С обзиром на то да је најчешћи мотив за извршење овог кривичног дела профит, односно експлоатација проституције, у пракси ће таква ситуација бити врло ретка, али не и немогућа. Наиме, циљ особе која некога подстрекава или му помаже у проституцији може бити да се на тај начин освети, на пример родитељима пасивног субјекта, брату, сестри или некој другој особи блиској пасивном субјекту, а којој је стало до моралног угледа пасивног субјекта, односно моралног угледа његове породице. Такође, подстрекачу на проституцију, односно помагачу у проституцији, уколико се и сам бави проституцијом, циљ не мора бити експлоатација проституције, већ да себи пронађе адекватно друштво у послу.

Међутим, уколико би се радња извршења састојала у неком од предвиђених облика подстрекавања или помагања у вршењу проституције, са циљем експлоатације проституције, што се у пракси редовно дешава, а на страни пасивног субјекта се појави малолетно лице, не би се радило о тежем облику кривичног дела посредовање у вршењу проституције, већ о кривичном делу трговина људима из члана 388. став 2. Кривичног законика. Овакво решење се намеће као једино могуће јер се термини наво-

ди или подстиче, који су употребљени код кривичног дела посредовање у вршењу проституције, подударају са термином врбује, који је употребљен код кривичног дела трговина људима. Термин предаја употребљен је код оба кривична дела. С тим у вези, треба имати у виду чињеницу, да кривично дело трговина људима из члана 388. став 2. Кривичног законика, када се на страни пасивног субјекта налази малолетно лице, не захтева да се подстрекавање или помагање врши на неки од начина које иначе предвиђа ово кривично дело.[16] Напротив, тада се радња подстрекавања или помагања у вршењу проституције малолетног лица поклапа са радњом коју предвиђа тежи облик кривичног дела посредовање у вршењу проституције. Пошто је за тај облик кривичног дела трговина људима запрећена казна затвора од три до дванаест година, дакле строжија казна, треба узети у обзир да постоји то кривично дело. Овакво решење се појављује као оправдано, јер је сасвим прихватљиво да се строжије кажњава за сваку сексуалну експлоатацију малолетног лица.

Из ових разлога, погрешан је став Окружног јавног тужилаштва у Београду, изражен у предлогу правне квалификације кривичног дела у оптужници Кт. број 1170/08 од 19. 9. 2008. године, у којој се наводи: „Окривљени У. Ђ. је у периоду мај – јун месец 2008. године, у Београду, наводио на проституцију оштећену малолетну Ш. Х., при чему је могао да схвати значај свог дела и да управља својим поступцима, свестан свог дела и његове противправности и желећи његово извршење, на тај начин што је подржао њену жељу за бављење проституцијом и обећао корист од бављења проституцијом, као и заштиту од агресивних 'клијената', да би тако постигао материјалну корист у виду већег дела зараде коју је оштећена малолетна добијала пружајући сексуалне услуге, чиме је учинио кривично дело посредовање у вршењу проституције из члана 184. став 2. у вези става 1. Кривичног законика." Правилна правна квалификација оваквог чињеничног стања била би: кривично дело трговина људима из члана 388. став 2. у вези са ставом 1. Кривичног законика.

Кривично дело посредовање у вршењу проституције свршено је у моменту када је предузета било која радња која се може сматрати навођењем или подстицањем на проституцију, учествовањем у предаји неког лица другоме ради вршења проституције, или пропагирање, односно рекламирање проституције путем средстава јавног информисања и других

[16] Кривично дело „трговина људима" из члана 388. Кривичног законика као начин извршења радње предвиђа: силу или претњу, довођење у заблуду или одржавање у заблуди, злоупотребу овлашћења, поверења, односа зависности, тешких прилика другог, задржавање личних исправа или давање или примање новца или друге користи.

сличних средстава. За постојање дела није потребно да се пасивни субјект бавио проституцијом. Из тог разлога покушај кривичног дела навођењем или подстицањем није могућ. Могуће је, евентуално, да кривично дело остане у покушају када је у питању радња учествовање у предаји неког лица другоме ради вршења проституције, или, само изузетно, код радњи пропагирања или рекламирања проституције.[17] С обзиром на запрећену казну за основни облик овог кривичног дела, такав покушај би био кажњив. Такође, с обзиром на запрећену казну за тежи облик овог дела, у ситуацији када неко покуша да учествује у предаји малолетног лица другоме ради вршења проституције, под условом да циљ извршења радње не буде експлоатација проституције, или покуша да пропагира или рекламира проституцију малолетног лица, постојао би кажњив покушај тежег облика овог кривичног дела.[18]

За потребе овог кривичног дела могло би се поставити питање да ли се под проституцијом подразумева само једна радња проституисања, једна радња проституисања уз намеру тог лица да се тиме бави или више радњи проституисања. Имајући у виду чињеницу да законодавац не користи израз бављење проституцијом, а не спомиње ни намеру лица да се тиме бави, прихватљивије би било да се под проституцијом код овог кривичног дела подразумева и само једна радња проституисања. Стога, не звучи довољно аргументован став Лазаревића да свака обљуба са другим лицем за новац или другу корист не значи проституцију, ако то лице није имало намеру да се и даље тиме бави.[19] Овакав став, Лазаревић поткрепљује тврдњом да је проституција трајног карактера, али и сам наводи да је то само „по правилу“, што значи да не мора нужно и бити тако. Имајући у виду да за постојање кривичног дела није потребно да је до проституисања уопште дошло, треба сматрати да код овог кривичног дела, појам проституције обухвата и само један чин проституисања, уз констатацију да се то у пракси ретко догађа.

С обзиром да законодавац радњу овог кривичног дела одређује трајним глаголима, наводи, подстиче, учествује у предаји, пропагира, односно рекламира, потребно је нагласити, да је, на основу члана 112. став 30. Кривичног законика, дело учињено ако је радња извршена једном или више пута.

---

[17] Као пример, могла би се навести ситуација, када неко лице плати оглас у коме се пропагира или рекламира проституција, али до објављивања огласа не дође услед интервенције полиције.

[18] Детаљније о покушају кривичног дела види Стојановић З., *Кривично право*, општи део, Београд, 2005, стр. 203–209.

[19] Лазаревић Љ., *Коментар Кривичног законика*, Београд, 2006, стр. 527.

Ово кривично дело се у пракси најчешће врши ради остваривања материјалне користи, за себе или другога. Међутим, иако је то најчешћи мотив за извршење овог кривичног дела, то није услов за постојање самог дела, јер мотив не улази у биће овог кривичног дела. Такође, поред материјалне користи, могуће је да мотиви за извршење овог кривичног дела буду и друге врсте, али су то само околности које могу бити од значаја приликом одмеравања казне.

Уколико би се приликом извршења кривичног дела посредовање у вршењу проституције употребила принуда, не би се радило о стицају кривичних дела, већ би се радило о кривичном делу трговина људима. Евентуална употреба силе или претње, односно принуде према лицу које се бави проституцијом, невезано од активности лица које употребљава принуду, с циљем да се лице које се бави проституцијом принуди да преда новац стечен проституцијом, представљала би неко самостално кривично дело, на пример принуда, изнуда, разбојништво, разбојничка крађа и слично.

За постојање кривичног дела посредовање у вршењу проституције, довољно је да је радња извршења предузета према једном лицу. Такође, ако се, истом приликом, радња извршења предузима према више лица постојаће само једно кривично дело, а не стицај кривичних дела. Међутим, поставља се питање да ли се ради о једном кривичном делу или о стицају кривичних дела, ако се радња извршења предузме више пута, у различитом временском периоду, према једном, односно према више лица. У том случају, потребно је утврдити да ли се може применити члан 61. Кривичног законика, па уколико је одговор позитиван, радило би се о једном кривичном делу посредовање у вршењу проституције у продуженом трајању.[20] Уколико би одговор био негативан, радило би се о стицају више кривичних дела посредовање у вршењу проституције. Наравно, ако се на страни пасивног субјекта појављује више лица, па је међу тим лицима макар једно лице малолетно, радило би се о тежем облику кривичног дела посредовање у вршењу проституције, како у ситуацији када је у питању обично тако и у ситуацији када је у питању продужено кривично дело. Наравно, ово само под условом да циљ дела, које је извршено навођењем или подстицањем, односно учествовањем у предаји неког лица другоме, у односу на малолетно лице, није био експлоатација проституције, што је у пракси тешко замислити.

Међутим, уколико навођење или подстицање, односно учешће у предаји неког лица другоме, има за циљ експлоатацију проституције, што је

[20] Детаљније о продуженом кривичном делу види Стојановић З., *Кривично право,* општи део, Београд, 2005, стр. 226–231.

најчешћи случај, па се посредује у проституцији више лица, од којих је макар једно пунолетно а једно малолетно, радиће се о стицају кривичних дела. У том случају, постојао би стицај основног облика кривичног дела посредовање у вршењу проституције, где се на страни пасивног субјекта појављује пунолетно лице, и посебног облика кривичног дела трговина људима (члан 388. став 2. КЗ), где се на страни пасивног субјекта појављује малолетно лице.

Ово кривично дело може да изврши свако лице. Потпуно је неспорно да, предузимањем било које радње извршења, дело може да изврши и лице које се бави проституцијом. Међутим, донекле би могла бити спорна ситуација када лице које се бави проституцијом рекламира, односно путем средстава јавног информисања и других сличних средстава нуди само сопствене услуге проституисања. Имајући у виду заштитни објект код кривичних дела из главе осамнаест, односно право на сексуално самоопредељење, могао би се бранити став да се у том случају не ради о кривичном делу посредовање у вршењу проституције.

Кривично дело може бити извршено само са умишљајем, који треба да обухвати и свест да се радња извршења предузима у циљу вршења проституције. Када је у питању тежи облик кривичног дела, неопходно је да умишљај обухвати и свест да се ради о малолетном лицу. У супротном, уколико старост пасивног субјекта не би била обухваћена умишљајем учиниоца, радило би се о основном, а не о тежем облику овог кривичног дела.

За основни облик кривичног дела посредовање у вршењу проституције запрећена је казна затвора од шест месеци до пет година и новчана казна, док је за тежи облик овог кривичног дела запрећена казна затвора од једне до десет година и новчана казна.

Када је у питању кривично дело посредовање у вршењу проституције, приликом будуће реформе Кривичног законика треба уважити мишљење Шкулића да код овог кривичног дела треба прописати посебни тежи облик, ако је пасивни субјект кривичног дела дете у кривичноправном смислу те речи, тј. лице које није навршило четрнаест година. С тим у вези, Шкулић истиче да би такво додатно нормативно диференцирање пасивних субјеката према њиховом узрасту боље одговарало потребама криминалне политике. На тај начин би се омогућила појачана кривичноправна заштита најмлађих старосних категорија, за шта је друштво свакако веома заинтересовано, а што треба да буде јасно изражено и у оквирима кривичноправног система.[21] Овакво решење се намеће као нужно

[21] Шкулић М, *Малолетници као учиниоци и као жртве кривичних дела*, Београд, 2003, стр. 480–481.

зато што, ако је реч о малолетном лицу испод четрнаест година, онда се ради, у пуном смислу те речи, о посредовању у вршењу проституције без воље тог лица, јер воља лица млађег од четрнаест година није правно релевантна.[22] При том, не треба испустити из вида чињеницу да ће се у пракси, уколико се на страни пасивног субјекта појави дете, односно лице млађе од 14 година, најчешће радити о кривичном делу трговина људима из члана 388. став 2. Кривичног законика.

Посредовање у вршењу проституције, у ситуацији где се као пасивни субјект појављује лице млађе од четрнаест година, уколико до проституисања дође, представља случај у коме би кривично одговарало и лице које користи такве услуге. Наиме, у том случају корисник услуга врши кривично дело обљуба са дететом из члана 180. Кривичног законика, које забрањује обљубу или са њом изједначен чин са дететом, односно са лицем млађим од четрнаест година. С тим у вези, лице које је подстрекавало дете на проституцију, односно помагало у проституцији детета, врши кривично дело трговина људима из члана 388. став 2. Кривичног законика, уколико је остварен услов да се то ради у циљу експлоатације проституције.

Међутим, уколико неко лице подстрекава дете на проституцију, односно помаже у проституцији детета, уз услов да циљ те радње није експлоатација проституције, односно ако неко лице пропагира или рекламира проституцију лица млађег од четрнаест година, путем средстава јавног информисања и других сличних средстава, па до проституције и дође, појављивало би се у улози подстрекача или помагача код кривичног дела обљуба са дететом. Поставља се питање, да ли се у том случају ради само о саучесништву у кривичном делу обљуба са дететом, или се ради о стицају кривичних дела обљуба са дететом и посредовање у вршењу проституције. Имајући у виду, с једне стране, чињеницу да је кривично дело посредовање у вршењу проституције свршено предузимањем радње извршења, без обзира да ли је до проституције дошло или не и, с друге стране, чињеницу да кривично дело обљуба са дететом у себи не мора да садржи све елементе проституције, треба узети да је стицај ових кривичних дела могућ. Дакле, у том случају постоји стицај кривичног дела обљуба са дететом учињеног помагањем и кривичног дела посредовање у вршењу проституције.

[22] Атанацковић Д., *Кривично право*, посебни део, Београд, 1985, стр. 279.

Veljko M. Delibašić

Criminal Offence of Mediation in Prostitution from Article No 184 of the Criminal Code

SUMMARY

In Serbia prostitution is sanctioned as an offence by the Law on Public Peace and Order. Criminal offence of mediation in prostitution is defined in Article No 184 of the Criminal Code. The first paragraph defines the basic case, and the second defines a more severe case. The action of performing the basic form of this offence is alternatively prescribed. Firstly, the listed actions of incitement to prostitution include inducing or inciting the other person to prostitution. Then, the action of the basic form of this offence is defined as aiding in practising prostitution and it includes participation in handing over one person to another for the purpose of prostitution. Finally, the basic form of the offence includes promoting or advertising prostitution by means of media or otherwise. If the offence is committed against a minor it is a more severe case of the offence. In order to understand this offence one may ask whether prostitution consists of a single action of prostitution, or of one action of prostitution and the intention of that person to practise prostitution, or it is comprised of several actions of prostitution. Bearing in mind the fact that the legislator does not use the term 'practising prostitution ' and also does not mention the intention of the person to practise it, it would be more acceptable that prostitution, as seen in this criminal offence, is to be considered as a single action of prostitution. A criminal offence can be done with premeditation which should include the consciousness that action is taken for the purpose of practising prostitution. If we talk about a more severe case of the offence, it is necessary that premeditation includes the awareness of the minor being involved. Otherwise, if the age of the passive subject would not be included in perpetrator's premeditation, then it would be a basic, not a severe case of the offence. For the basic form of the offence mediation in prostitution the offender is punished with imprisonment from six months to five years and a fine, whereas a more severe case of this offence is punished with imprisonment from one to ten years and a fine.

UDK 347.5:347.77

Проф. др Мирослав Врховшек
професор емеритус, проректор Универзитета Привредна академија у Новом Саду, научни саветник

Др Владимир Козар
судија Вишег трговинског суда

НЕМАТЕРИЈАЛНА ШТЕТА ЗБОГ НАРУШАВАЊА УГЛЕДА ПРАВНОГ ЛИЦА

Сажетак
У раду су приказане законске одредбе, мишљења правне теорије и ставови судске праксе о врсти штете проузроковане повредом жига и нелојалном конкуренцијом уз неовлашћену употребу жига. Спорно је да ли у том случају носилац права на жиг има право само на имовинску (материјалну) штету, или му се због повреде његовог права може досудити и неимовинска (нематеријална штета).
Посебно су обрађена питања која се односе на нематеријалну штету због нарушавања пословног угледа предузећа услед повреде права на жиг; на непружање судске заштите захтеву правног лица за накнаду нематеријалне штете у случају повреде пословне репутације; на повреду заштићеног робног жига и нематеријалну штету; на симболични карактер нематеријалне штете због нелојалне конкуренције неовлашћеном употребом робног жига; на утврђивање висине накнаде нематеријалне штете као сатисфакције правном лицу због повреде права на жиг и нелојалне конкуренције, по слободној оцени; као и на непризнавање нематеријалне штете правном лицу због повреде угледа неовлашћеним коришћењем жига.

Кључне речи: углед правног лица, нематеријална штета због нарушавања пословног угледа привредног друштва.

Нематеријална штета због нарушавања пословног угледа предузећа (привредног друштва) услед повреде права на жиг

У пракси је заузет став о непризнавању права на новчану накнаду нематеријалне штете због нарушавања пословног угледа предузећа услед повреде права на жиг.

По становишту актуелне судске праксе, накнада за нематеријалну штету се може признати само за ону нематеријалну штету коју као такву признаје закон, а не за било коју нематеријалну штету. Под нематеријалном штетом у смислу Закона о облигационим односима подразумевају се физички бол, психички бол и страх и иста штета се везује (по природи ствари) за физичко лице. Повреда доброг пословног угледа тужиоца, неовлашћеном употребом жига и нелојалном конкуренцијом, сама по себи не може довести до новчане накнаде на име нематеријалне штете, зато што се последице те повреде не манифестују у једном од правно признатих видова нематеријалне штете. Из повреде пословне репутације правног лица може проистећи само имовинска штета у смислу пољуљаног угледа који треба повратити одговарајућим средствима грађанско-правне заштите.

У конкретном случају, првостепеном пресудом привредног суда, у ставу I изреке забрањено је туженом да врши повреду жига тужиоца који је под одређеним називом регистрован. У ставу II забрањено је туженом да врши дело нелојалне конкуренције, док је у ставу III тужени обавезан да плати тужиоцу на име нематеријалне штете одређен новчани износ. Виши привредни суд је одбио жалбу туженог и потврдио првостепену пресуду. Врховни суд Србије је уважио ревизију туженог и укинуо пресуде привредних судова у усвајајућем делу тужбеног захтева на име нематеријалне штете. Ревизијски суд не може да прихвати изражено правно становиште привредних судова да се за повреду доброг пословног угледа (као вид неимовинске штете) правном лицу може досудити новчана накнада у смислу члана 200. Закона о облигационим односима. Наиме, накнаду за нематеријалну штету је могуће признати само за ону нематеријалну штету коју као такву признаје закон, а не за било коју нематеријалну штету. Под нематеријалном штетом у смислу Закона о облигационим односима подразумевају се физички бол, психички бол и страх и иста штета се везује (по природи ствари) за физичко лице. Нематеријалне штете су у закону таксативно набројане: претрпљени и будући физички болови, претрпљени и будући страх, претрпљени и будући душевни болови због умањења животне активности, због наруженост, због повреде угледа и части, због повреде слободе, због повреде права личности, због смрти блиског лица, због нарочито тешког инвалидитета блиског лица и због кривичног дела против полног интегритета, достојанства личности или морала, као и претрпљени и будући душевни болови због повреде угледа и части (одредбе члана 200. став 1. и члана 203. Закона о облигационим односима). Повреда доброг пословног угледа тужиоца сама по себи не може довести до новчане накнаде на име немате-

ријалне штете, зато што се последице те повреде не манифестује у једном од правно признатих видова нематеријалне штете. Неимовинска штета је субјективна категорија. Досадашња судска пракса чврсто стоји на становишту да одговорност за нематеријалну штету постоји само онда када штетни догађај проузрокује штету схваћену као физичке односно психичке патње, није довољна само повреда иначе правно заштићеног нематеријалног добра. Судска пракса оквире одређених правно признатих нематеријалних штета на одговарајући начин употпуњава и даје им богатији садржај, али повреда пословног угледа правног лица није нека нова нематеријална штета коју Закон о облигационим односима не познаје, већ се такав тужиочев захтев може разматрати у склопу читавог случаја повреде права на жиг и нелојалне утакмице, и то у оквиру накнаде материјалне штете. Из повреде пословне репутације правног лица може проистећи само имовинска штета у смислу пољуљаног угледа који треба повратити одговарајућим средствима грађанско-правне заштите (објављивање пресуде на трошак штетника или друге мере публицитета). Таква имовинска штета може се огледати у опадању броја купаца, изостанку придобијања нове клијентеле, смањење броја пословних партнера. Ту више није реч о сатисфакцији и могућности да новчана накнада оствари своју функцију у личности жртве, него је потребно доказати материјалну штету, која је наступила као последица слабије тржишне проће оних производа који су означени жигом који је нападнут по било ком основу. Одмеравање висине накнаде овакве имовинске штете судови не могу чинити под видом накнаде неимовинске штете, позивајући се на слободну оцену свих расположивих података, значај повређеног добра и циљ коме иначе служи накнада неимовинске штете.[1]

Повреда пословне репутације и непружање судске заштите захтеву правног лица за накнаду нематеријалне штете

И у другим сличним ситуацијама судска пракса заузела је став о немогућности проузроковања нематеријалне штете правном лицу, односно непружању судске заштите захтеву правног лица за накнаду нематеријалне штете због повреде пословне репутације.

Према ставу праксе, накнада нематеријалне (моралне) штете коју потражује правно лице (привредни субјекат) не ужива судску заштиту јер се видови нематеријалне штете (претрпљени бол, страх и др.) могу досуђивати само физичким лицима.

---

[1] Из решења Врховног суда Србије, Прев. 127/97 од 26. марта 1997. године.

У образложењу овог става наведено је да се према одредбама члана 155. Закона о облигационим односима, под нематеријалном штетом подразумевају физички бол, психички бол и страх и таква штета везује се за физичко лице. Тужилац потражује накнаду моралне нематеријалне штете због повреде пословне репутације. Пошто је накнаду за нематеријалну штету могуће признати само за ону нематеријалну штету коју као такву признаје закон, и како се накнада тражене моралне штете постиже одговарајућим средствима грађанско правне заштите, као што је објављивање пресуде на трошак туженог, то је првостепена пресуда преиначена у делу у коме је тужиоцу досуђена накнада за моралну односно нематеријалну штету, па је такав захтев одбијен.[2]

Повреда заштићеног робног жига и нематеријална штета

Међутим, у судској пракси постоје и супротна правна схватања, према којим за повреду заштићеног робног жига тужилац има право и на накнаду нематеријалне штете.

Она представља сатисфакцију због повреде коју је претрпео. Утврђивање висине ове штете врши се сагласно одредби из члана 200. став 2. Закона о облигационим односима.

У образложењу овог схватања наводи се да су пресудом Вишег привредног суда одбијене као неосноване жалбе парничних странака и потврђена пресуда Привредног суда, којом је тужени обавезан да тужиоцу накнади штету по основу повреде заштићених робних жигова. Врховни суд Србије је одбио ревизију туженог као неосновану. Према чињеничном стању утврђеном у поступку, правоснажном пресудом привредног суда, утврђено је да је тужени извршио повреду четири заштићена робна жига тужиоца. Полазећи од овако утврђеног чињеничног стања привредни судови су усвојили тужбени захтев за накнаду нематеријалне штете у девизном износу у динарској противвредности на дан исплате. У овом случају правилно се пошло од одредбе члана 117. Закона о заштити проналазака, техничких унапређења и знакова разликовања, према коме лице које повреди право из пријављеног или заштићеног проналаска, модела, узорака или жига или неовлашћено користи заштићену ознаку порекла производа, одговара за штету по општим правилима о накнади штете. С тим у вези, испуњени су услови за накнаду штете из чл. 154. и 155. Закона о облигационим односима, јер је правоснажном пресудом утврђено да

[2] Из пресуде Вишег привредног суда у Београду, Пж. 1885/98 од 21. октобра 1998. године.

је тужени извршио повреду заштићених жигова тужиоца. Неосновано се ревизијом туженог истиче да у овом случају може бити евентуално речи само о накнади материјалне, а не и нематеријалне штете. Тужилац би имао право и на накнаду материјалне штете, уколико би доказао да је овакву штету претрпео. Међутим, по самој природи ствари, нематеријална штета такође није искључена. Она представља сатисфакцију тужиоцу због повреде коју је претрпео. За утврђивање висине ове штете нижи судови су правилно пошли од одредбе члана 200. тачка 2. Закона о облигационим односима.[3]

Симболични карактер нематеријалне штете због нелојалне конкуренције неовлашћеном употребом робног жига

И у случају нелојалне конкуренције неовлашћеном употребом робног жига, у судској пракси постоји став да суд може да обавеже туженог на плаћање нематеријалне штете по својој оцени, и таква накнада има симболичан карактер.

У образложењу овог становишта наводи се да је правилно првостепени суд нашао да је тужени поднео дело нелојалне конкуренције у смислу члана 23. тачка 7. Закона о трговини („Сл. лист СРЈ“, бр. 32/93, 50/93, 41/94, 29/96), по коме неовлашћена употреба законом заштићених спољних ознака другог трговца (назив, фирма, робни жиг, услужни жиг, знак квалитета и др.) или употреба ознака које нису законом заштићене, којом ствара или се може створити заблуда у промету робе на штету другог трговца који те ознаке употребљава у свом пословању, представља нелојалну конкуренцију. Неоснован је навод жалбе којим се указује да је потраживање тужиоца застарело. Према одредбама Закона о жиговима („Сл. лист СРЈ“, бр. 15/95, 28/96), тужба се може поднети у року од три године од сазнања за повреду, односно у року од пет година од извршене повреде (члан 52). После протека ових рокова, наступа преклузија. Одредбом члана 370. Закона о облигационим односима прописано је да се правила из овог закона о застарелости не примењују у случајевима када у закону, који се примењује као lex specialis, одређени рокови у којима треба да се подигне тужба и изврши одређена радња под претњом губитка права. Како је тужилац поднео тужбу, у овом случају благовремено од дана сазнања за повреду жига и нелојалну конкуренцију, то се жалба туженом не може прихватити као основана. Правилно је првостепени суд обавезао туженог на плаћање нематеријалне штете, јер је она досу-

[3] Из пресуде Врховног суда Србије, Прев. 47/95 од 12. јула 1995. године.

ђена по оцени суда правилно и има симболичан карактер и примерена у потпуности локалним приликама и стању на тржишту.[4]

Утврђивање висине накнаде нематеријалне штете као сатисфакције правном лицу због повреде права на жиг и нелојалне конкуренције, по слободној оцени

Насупрот изложеном ставу о немогућности досуђивања накнаде нематеријалне штете правном лицу због повреде права на жиг и нелојалне конкуренције, у судској пракси постоје и други правни ставови о допуштености таквог вида штете и у пословању правних лица.

При томе, висину нематеријалне штете коју је претрпело правно лице, суд је утврђивао по слободној оцени на основу овлашћења из члана 223. ранијег Закона о парничном поступку.[5] Правило о слободној оцени садржи и нови Закон о парничном поступку који у члану 224. прописује да „ако се утврди да странци припада право на накнаду штете, на новчани износ или на заменљиве ствари, али се висина износа, односно количина ствари не може утврдити или би се могла утврдити само са несразмерним тешкоћама, суд ће висину новчаног износа, односно количину заменљивих ствари одредити по слободној оцени".

Оправданост досуђивања нематеријалне штете правном лицу објашњава се потребом сатисфакције због повреде коју је претрпело.

Према ставу судске праксе, ако је тужени неовлашћеном употребом речи у називу своје фирме повредио заштићене жигове тужиоца и неовлашћеном употребом заштићених спољних ознака тужиоца створио могућност заблуде у промету на штету тужиоца, истовремено учинивши и дело нелојалне конкуренције, у том случају тужиоцу и ако је правно лице, а не физичко лице, поред права на накнаду материјалне штете, припада и право на накнаду нематеријалне штете, чију висину суд утврђује по слободној оцени, јер новчана накнада представља сатисфакцију тужиоцу због повреде коју је претрпео.

У конкретном случају, пресудом Привредног суда у Б., која је потврђена пресудом Вишег привредног суда, у ставу I изреке утврђено је да је тужени повредио жиг тужиоца неовлашћеном употребом речи „Х." у називу своје фирме. У ставу II изреке утврђено је да је тужени неовлашћеном употребом заштићених спорних ознака тужиоца створио могућност заблуде у промету на штету тужиоца чиме је учинио дело нелојалне кон-

[4] Из пресуде Вишег привредног суда у Београду Пж. 4060/97. од 11. јула 1997. године.

[5] „Службени лист СФРЈ", бр. 4/77...

куренције, а у ставу III изреке првостепене пресуде тужени је обавезан да у року од 8 дана престане са повредом тужиочевог права брисањем речи „X.“ из назива своје фирме. У ставу IV изреке првостепене пресуде тужени је обавезан да тужиоцу на име накнаде нематеријалне штете учињене повредом жига исплати износ од 6.000 динара са затезном каматом почев од 5. децембра 1996. године до исплате, а у ставу V да му исплати износ од 2.000 динара на име накнаде нематеријалне штете почињене нелојалном конкуренцијом. Преко досуђеног износа за накнаду штете тужбени захтев је одбијен. Одлучујући по ревизији туженог Врховни суд Србије у Београду је пресудом преиначио првостепену и другостепену пресуду у делу којим је тужени обавезан да тужиоцу на име накнаде нематеријалне штете причињене повредом жига и нелојалном конкуренцијом исплати износ од укупно 8.000 динара (ст. IV и V првостепене пресуде) тако што је тужбени захтев тужиоца у том делу одбијен као неоснован, а у преосталом делу наведене судске одлуке овај суд је потврдио.[6] Против ревизијске пресуде у делу којим је ревизија туженог делимично усвојена и преиначена првостепена и другостепена пресуда тако што је одбијен тужбени захтев тужиоца да му тужени исплати износ од 8.000 динара на име накнаде нематеријалне штете причињене повредом жига и нелојалном конкуренцијом, Савезни државни тужилац је подигао захтев за заштиту законитости због повреде савезног закона са предлогом да се наведена судска одлука у побијаном делу преиначи тако што ће се ревизија туженог у том делу одбити као неоснована. Захтев је основан. Према чињеничном утврђењу на коме се заснива побијана пресуда, тужени је повредио тужиочево право на заштићени жиг на тај начин што је у назив своје фирме уврстио реч „X.“, чиме је у исто време учинио и дело нелојалне конкуренције. При том ревизијски суд стао је на становиште да тужилац сагласно одредби члана 200. Закона о облигационим односима нема право на накнаду нематеријалне штете због учињене повреде права на жиг и нелојалне конкуренције јер према тој законској одредби право на новчану накнаду нематеријалне штете припада само физичким лицима, а да би у конкретном случају тужиоцу евентуално припадало само право на накнаду материјалне штете уколико докаже да је трпи. Наведено становиште ревизијског суда се не може прихватити. Према одредби члана 117. Закона о заштити проналазака, техничких унапређења и знакова разликовања, лице које повреди право из пријављеног или заштићеног проналаска, модела, узорка или жига

[6] Пресуда Врховног суда Србије Прев. 32/98 од 16. септембра 1998. године којом је преиначена пресуда Вишег привредног суда Пж. 4060/97

или неовлашћено користи заштићену ознаку порекла производа одговара за штету по општим правилима о накнади штете. Сагласно одредби члана 49. став 2. Закона о жиговима, одговорност за повреду права на жиг не искључује одговорност за дело нелојалне конкуренције. С тим у вези у конкретном случају испуњени су услови за накнаду штете из чл. 154, 155. и 158. Закона о облигационим односима, јер је према утврђеним чињеницама тужени неовлашћеном употребом речи „Х.“ у називу своје фирме повредио заштићене жигове тужиоца и неовлашћеном употребом заштићених спољних ознака тужиоца створио могућност заблуде, односно забуне у промету на штету тужиоца, чиме је учинио дело нелојалне конкуренције. Сагласно изложеном, у захтеву за заштиту законитости Савезног државног тужиоца основано се указује да тужиоцу, поред права на накнаду материјалне штете, према наведеним одредбама посебних закона припада и право на накнаду нематеријалне штете, јер та новчана накнада представља сатисфакцију тужиоцу због повреде коју је претрпео, а чију висину је првостепени суд правилно одмерио сагласно одредби члана 200. став 2. Закона о облигационим односима, у вези са чланом 223. Закона о парничном поступку.[7]

Сматрамо да изложени став судске праксе да се и правном лицу може признати право на накнаду нематеријалне штете због повреде права на жиг и нелојалне конкуренције, није прихватљив, јер се под нематеријалном штетом у смислу Закона о облигационим односима подразумевају физички бол, психички бол и страх, а ова врста штете везује се (по природи ствари) за физичко лице, јер и законом набројане видове нематеријалне штете, односно осећања (физички бол, психички бол и страх) преко којих се испољава (манифестује) нематеријална штета, представљају телесне и психичке категорије, односно психичке доживљаје својствене само физичким лицима.

Још мање се може прихватити потреба пружања сатисфакције предузећу или другом правном лицу због повреде коју је претрпело, као циљ досуђивања нематеријалне штете, јер је и осећање сатисфакције, као психички доживљај, везано само за физичка лица, па се не види сврха досуђивања овог вида штете правним лицима, осим материјалне користи за власнике, односно оснивача правног лица. Ако се има у виду да се кроз стварну штету и измаклу добит у потпуности може надокнадити материјална штета, коју је због повреде жига и нелојалне конкуренције претрпело правно лице, као и одредба из члана 57. став 3. важећег Закона о

[7] Из пресуде Савезног суда, Гзс. 5/99 од 30. септембра 1999. године, објављене у билтену „Судска пракса привредних судова“, бр. 1/2000, ПС „Грмеч“, Београд

жиговима о могућности плаћања троструког износа уобичајене лиценцне накнаде коју би тужилац примио за коришћење жига ако је повреда жига учињена намерно, односно слична одредба из члана 49. став 1. старог Закона о жиговима о могућности плаћања троструког износа стварне штете и измакле користи у случају намерног проузроковања штете, онда се нематеријална штета појављује као нека врста неочекиваног добитка за правно лице и санкција *sui generis* за штетника.

Непризнавање нематеријалне штете правном лицу због повреде угледа неовлашћеним коришћењем жига

Став о непризнавању нематеријалне штете правном лицу због повреде угледа неовлашћеним коришћењем жига, заступљен је и у новијој судској пракси. При томе, признаје се да и правно лице има углед, дакле једно од најважнијих права личности, али се примењује субјективна концепција нематеријалне штете, према којој се видови нематеријалне штете испољавају кроз психичке доживљаје својствене искључиво физичким лицима – дакле као страх, физички бол или душевне патње.

Према ставу праксе, правно лице нема право на накнаду нематеријалне штете због повреде угледа неовлашћеним коришћењем жига, зато што је накнада нематеријалне штете сатисфакција која се даје оштећеном физичком лицу за штету коју је претрпео на неком свом нематеријалном добру, па се не може везивати за случај повреда угледа правног лица, без обзира што углед има и правно лице, а не само физичко лице.

У образложењу изложеног става наведено је да из списа произлази да предмет спора представља захтев тужиоца за заштиту жига из пријаве З-1729/03, којим су заштићени лик С... С... са фреске у Манастиру М..., и речи С... С... који представљају духовну баштину Српске православне цркве и име њене најистакнутије духовне личности, као и захтев за накнаду штете у висини од 60.000,00 динара. Тужени првог и другог реда су оспоравали тако постављен тужбени захтев, истичући да својим радњама нису починили повреду заштићеног жига тужиоца, а осим тога тужени другог реда је оспоравао и висину досуђене накнаде штете, код којих навода је и остао у поступку по жалби. Првостепени суд је туженом првог реда забранио продају боца вина друготуженог са етикетом на коју су речи С... С... и лик С... С..., а туженом другог реда да врши дело нелојалне утакмице продајом боца вина са етикетом на којој су означене речи, а потом је туженог реда обавезао да тужиоцу на име накнаде материјалне штете плати 60.000,00 динара. За своју одлуку у делу пржања судске заштите поводом заштите жига тужиоца из пријаве З-1729/03 од

29. децембра 2003. године првостепени суд темељи на законском пропису из члана 31. став 1, а у вези члана 49. став 1. и члана 50. Закона о жиговима („Сл. лист СРЈ“, бр. 15/95 и 28/96), док одлуку у погледу накнаде штете у висини од 60.000,00 динара, заснива на одредбама члана 199. Закона о облигационим односима а у вези члана 200. истог закона. Међутим, по налажењу овога суда основаним се указују наводи у жалби туженог у делу којим је суд одлучио о накнади материјалне штете и обавези туженог другог реда да тужиоцу накнади износ од 60.000,00 динара, као и у делу којим је одлучено о трошковима парничног поступка, због чега је првостепену пресуду у том делу ваљало укинути. Из списа произлази да је тужилац спорни износ од 60.000,00 динара потраживао на име накнаде моралне штете, и да суд у том делу одлучује о захтеву тужиоца са позивом на одредбу члана 199. у вези члана 200. Закона о облигационим односима, а да при том не даје разлоге о одлучним чињеницама битним за овај део постављеног захтева, због чега се пресуда у том делу није могла са сигурношћу испитати, јер је захваћена битном повредом одредаба парничног поступка из члана 354. став 2. тацка 14. Закона о парничном поступку. У конкретном случају, и без датих разлога досуђена је морална штета тужиоцу, при том ради се о спору између правних лица – привредном спору, те без ваљаних утемељења становишта првостепеног суда нема места накнади моралне штете. Накнада нематеријалне штете је сатисфакција која се даје оштећеном физичком лицу за штету коју је претрпео на неком свом нематеријалном добру, па се не може везивати са случај повреда угледа правног лица, без обзира што углед има и правно, а не само физичко лице. То су разлози због којих је првостепену пресуду у овом делу ваљало укинути и предмет вратити првостепеном суду на поновни поступак и одлучивање. У наставку поступка првостепени суд ће поново одлучити о преосталом делу постављеног тужбеног захтева за накнаду штете, тако што ће позвати тужиоца да захтев за накнаду штете определи, будући да се морална штета не може везивати за случај повреде угледа правног лица, па ће након тога на основу резултата целокупног поступка накнадно одлучити о овом делу постављеног тужбеног захтева. Овај суд је укинуо и одлуку о трошковима поступка, налазећи да ће се о трошковима парничног поступка дефинитивно одлучити по окончању преосталог дела захтева тужиоца.[8]

[8] Из пресуде Вишег трговинског суда Пж. 6501/04 од 29. октобра 2004. године, објављене у билтену „Судска пракса трговинских судова“ бр. 4/2004, „Привредни саветник“ АД, Београд, стр. 108. и 109.

Субјективна концепција нематеријалне штете примењена је и у другим судским одлукама приликом одлучивања о захтевима за накнаду нематеријалне штете правном лицу због повреде жига. Према ставу актуелне судске праксе, правно лице нема право на накнаду нематеријалне штете због повреде пословног угледа проузроковане неовлашћеним коришћењем регистрованог жига или нелојалном конкуренцијом, зато што право на накнаду нематеријалне штете припада искључиво физичком лицу, јер само оно може претрпети физички или психички бол, односно страх.

У образложењу изложеног става наведено је да тужилац тражи да се тужени обавеже да му накнади нематеријалну штету у висини од 1.500.000,00 динара. Претрпљену нематеријалну штету тужилац види у повреди регистрованог жига од стране туженог и акту нелојалне конкуренције туженог. Нематеријална штета се манифестује у томе што је тужиоцу умањен углед у пословном свету, уздрман положај на тржишту и створено неповерење у очима клијената. Првостепени суд је стао на правно становиште да правно лице нема права на накнаду нематеријалне штете. Овако изражено правно становиште првостепени суд правно утемељује у одредбама чланова 155. *Закона о облиīационим односима* и 49. *Закона о жиīу.* Образложење за такав резон првостепени суд проналази у томе да правно лице не може трпети физички и психички бол и страх и да лице које повреди жиг одговара за штету према општим правилима о накнади штете који су наведени у Закону о облигационим односима. Према члану 155. Закона о облигационим односима штета је умањење нечије имовине (обична штета) и спречавање њеног повећања (измакла корист) као и наношење другоме физичког или психичког бола или страха (нематеријална штета). Из ове дефиниције штете произлази да је неимовинска штета наношење другом физичког или психичког бола или страха. Закон не предвиђа да нематеријалну штету представља повреда пословног угледа правног лица. Закон даје право на накнаду нематеријалне штете искључиво физичком лицу, јер по логици ствари само оно може претрпети физички или психички бол, односно страх. Пошто *Закон о облиīационим односима* није установио право правном лицу на накнаду нематеријалне штете, а *Закон о жиīу* упућује на сходну примену Закона о облигационим односима, то је тужбени захтев тужиоца за њену накнаду неоснован. У конкретном случају се не ради о правној празнини, већ о вољи и намери законодавца да не заштити пословни углед правног лица и да не да правном лицу право на накнаду нематеријалне штете. Тачна је тврдња – *„ако īравно лице нема срца, оно има часī, уважавање, īе да услед њихове īовреде īруīа īрūи шīеīу“*. Но, ова констатација сама по себи није довољна. За признавање права правном лицу за накнаду нематеријалне штете неопходно је да је ово право засновано на

закону, што у правном систему СРЈ није случај. Овакво тумачење није рестриктивно, већ једино правно могуће. Право на накнаду неимовинске штете не садржи и право на део накнаде имовинске штете, како то сматра жалилац. То што је у цитираним одлукама Вишег привредног суда, Врховног суда Србије и Савезног суда изражен став да правно лице има право на накнаду материјалне штете, не обавезује ово веће Вишег трговинског суда. Суд суди на основу закона, а не на основу судских одлука. Пошто у закону не постоји правна норма да правно лице има право на накнаду нематеријалне штете, Виши трговински суд је нашао да ово право не припада тужиоцу и да због тога не ужива судску заштиту.[9]

У образложењу изложене судске одлуке помиње се изрека из француског одштетног права – „Ако правно лице нема срца, има част и поштовање" („*Si unepersonne morale n'a pas de coeur, elle a un honneur et une consideration"*).[10] Наиме, француска правна теорија разликује материјалне и моралне састојке имовине, како физичког лица, тако и правног лица. Морална имовина има две стране: друштвену – коју чине част, углед, поштовање и сл, и афективну (*sentiments d'affection*) – коју чине морални и религијски осећаји и уверења. Правно лице може претрпети неимовинску штету једино повредом друштвене стране моралне имовине.[11]" Дакле, за разлику од нашег права и става који преовладава у домаћој судској пракси, француско одштетно право признаје правном лицу право на поправљање неимовинске штете, не само у виду неновчаних облика поправљања – објаве судске одлуке, исправке и сл. већ и у виду новчане накнаде, али само у случају повреде друштвене стране моралне имовине.[12]

Најновија схватања у теорији о нематеријалној штети због нарушавања угледа правног лица

Кад се ради о правном лицу, неимовинска штета се може састојати у томе што је у питање доведен његов углед. Такав би случај могао постојати ако је банка одбила да исплати чек мада је постојало чековно покриће. Ремитент и пословни партнери трасанта чека можда ће помислити да

---

[9] Из пресуде Вишег трговинског суда Пж. 7022/02 од 30. октобра 2002. године, објављене у билтену „Судска пракса трговинских судова" бр. 1/2003, „Привредни саветник" АД, Београд.

[10] Mazeaud, H. L. J. – Tunc, A., нав. дело (т. II 1970), стр. 968 (бр. 1878–18).

[11] Mazeaud, H. L. J. и Chabas, F., Lecons de droit civil, t. II, vol. 1, Obligations, theorie generale, Paris, 1991, стр. 405 (бр. 417).

[12] Кларић П., „Неимовинска штета правне особе", Збирка радова Накнада штете у примјени новог Закона о обвезним односима, редакција: Кларић П., „Народне новине" Загреб, 2005. год, страна 56.

је банка одбила да исплати чек јер није постојало покриће, што ће свакако имати негативне последице по пословни углед трасанта.

Наша судска пракса у већини случајева не признаје новчану накнаду за нематеријалну штету због повреде уговора. Тако је у једном случају пресуђено да нема основа за признавање нематеријалне штете за душевне болове због ускраћивања посете и разгледавања одређених градова у оквиру уговореног програма туристичког путовања.[13] У прилог оваквог становишта може се истаћи да су у члану 200. Закона о облигационим односима као видови нематеријалне штете за које се признаје новчана накнада наведени: физички болови, душевни болови због умањења животне активности, наруженост, повреда угледа, части, слободе или права личности, смрти блиског лица, као и страх. Та се одредба налази у одељку о накнади вануговорене штете, а видови штете су прилагођени ситуацијама кад је физичко лице оштећено.

Хармонизација нашег права са правом земаља Европске уније свакако ће захтевати да и наше право призна накнаду евентуалне нематеријалне штете у случају повреде уговора. То би био значајан допринос заштити потрошача (не само физичких него и правних лица), које добија све већи значај у модерним друштвеним односима.[14]

У теорији је правним лицима признато право на накнаду неимовинске штете и то углавном оних врста штете које настају повредом тзв. друштвене стране моралне имовине – друштвеног угледа и репутације правног лица. Тако проф. Станковић наводи мишљење које износи Калођора: „Правне особе имају право на накнаду сваке неимовинске штете осим оне коју он по својој нарави не могу трпети, од накнаде ће бити искључене само оне врсте неимовинске штете, које нужно претпостављају физичку особу (болнина, накнада због повреде осећаја љубави, итд.)".

На питање неоснованости постојања права правних лица на накнаду неимовинске штете одређени утицај имала је органска теорија правних лица. То се нарочито односи на Dorvillea. Његово је мишљење да новчане накнаде које судови досуђују правним лицима за повреде њиховог друштвеног угледа врше у основи ону исту функцију коју врше и на физичка лица. Правним лицима, каже он, ми признајемо једну реалну личност и властиту вољу и живот.[15]

---

[13] Пресуда Врховног суда Хрватске, Рев-985/88 од 24. XI 1988. године, Привреда и право, број 1–2/91, стр. 74–100.

[14] Маја Јанковец-Ђурић, Накнада штете због повреде уговора, Правни живот бр. 11–08, стр. 595. и 599.

[15] Станковић, О., *Новчана накнада неимовинске штете*, „Савремена администрација", Београд 1968, стр. 85.

Гиворт такође признаје правним лицима право на накнаду неимовинске штете, али са сасвим другом аргументацијом. Његов закључак је да накнада која се досуђује правном лицу јесте накнада штете коју трпе његови чланови, односно руководиоци.[16]

У пракси и законодавствима се у извесној мери правним лицима признаје новчана накнада на име неимовинске штете. Француски судови редовно досуђују правним лицима новчане суме на терет туженика за разноврсне повреде њиховог друштвеног угледа.

У нашој стручној литератури су се појавила мишљења која се углавном заснивају на правним схватањима Европског суда за заштиту права и основних слобода, и своде се на то да право на накнаду нематеријалне штете због повреде угледа правних лица треба увести у наше право.

Овакви ставови, по нашем мишљењу, немају логичну подлогу, те да се у оваквим случајевима више бежи од стварности, јер услед немогућности да се утврди и определи висина материјалне штете решење се покушава пренети на терен нематеријалне штете и фикције да и правно лице може трпети душевни бол и тиме стећи право на накнаду нематеријалне штете.[17]

Према правном схватању Врховног суда Србије утврђеном на седници Грађанског одељења Врховног суда Србије 5. фебруара 2001. године:

Правно лице нема право на правичну новчану накнаду нематеријалне штете због повреде пословног угледа, јер то није законом призната штета.

Врховни суд је у образложењу овог правног става навео да: „У судској пракси постоје различите одлуке о томе да ли правно лице има право на накнаду нематеријалне штете због повреде пословног угледа, па се показује потребним заузимање правног става о томе. При решавању наведене дилеме треба имати у виду да када је посебним законом (нпр. Законом о заштити проналазака, техничких унапређења и знакова разликовања у члану 117) прописано да штетник одговара по општим правилима о накнади штете или да по истим правилима оштећени има право на накнаду штете, то не значи да сваки оштећени има право на сваку законом прописану накнаду штете. У питању је упућујућа норма, а то у овом случају значи да се пре свих морају имати у виду одредбе члана 155. и 200. став 1. Закона о облигационим односима. Према одредбама члана 155. Закона о облигационим односима штета је и наношење другоме физич-

[16] Op. cit., стр. 86.

[17] Илија Зиндовић, (Не)комплетност правне регулативе неких видова нематеријалне штете, Правни живот бр. 11/08, стр. 700, 701. и 702.

ког или душевног бола или страха (нематеријална штета), а према одредбама члана 200. став 1. истог закона суд ће досудити правичну новчану накнаду, независно од накнаде материјалне штете као и у њеном одсуству, и за претрпљене болове због повреде угледа. Из таквих одредби по логици ствари следи да право на правичну новчану накнаду нематеријалне штете за претрпљене душевне болове због повреде угледа има само физичко лице, јер само оно може претрпети душевне болове. Такве болове због повреде угледа не трпи правно лице, па му због тога наведена накнада није законом призната. Из свега изложеног следи закључак да правно лице нема право на правичну новчану накнаду нематеријалне штете због повреде пословног угледа, јер то није законом призната штета. Тиме се не оспорава право свакоме да заговара законско признање тог права правном лицу, уз напомену да је тешко пронаћи оправдане научне и животне основе за то".

У правној теорији и упоредној судској пракси постоје и супротна становишта. Овакав правни став највишег суда треба *преиспитати* и с обзиром на праксу Европског суда за људска права у Стразбуру[18], а предстојеће новелирање Закона о облигационим односима представља праву прилику да се ово спорно питање реши, будући да се последице повреде пословног угледа неког правног лица или институције не морају односити само на њихову имовину.[19]

Најприхватљивијим ставом у најновијој теоријској расправи спорног питања налазимо у идеји да преиспитивање става Врховног суда Србије, по којој правно лице нема право на новчану накнаду нематеријалне штете због повреде пословног угледа, не би било целисходно јер би довело до истоветног већ изнесеног резултата. Због тога би било целисходније да се у будући грађански законик унесу одредбе о установљењу права правних лица на заштиту пословног угледа и право на накнаду нематеријалне штете. И неке бивше републике СФРЈ, које су се осамосталиле, унеле су такве измене у свој Закон о облигационим односима, као што је случај са Словенијом и Хрватском. Такође, ово је потребно учинити и због хармонизације нашег права са правом Европске уније, с обзи-

[18] У предмету *UMD v. Ukraina,* представка број 72713/01 од 29. марта 2005. године, подносилац представке је правно лице, које је проглашено одговорним за клевету пред националним судом „успостављена је судска пракса да Суд може да додели надокнаду на име нематеријалне штете правном лицу ... и предузећу доделио пуну своту тражене надокнаде на име нематеријалне штете, 33.000 евра", Правни билтен број 64/2005, Људска права у Европи, AIRE Centre, Лондон, стр. 10–13.

[19] Снежана Андрејевић, Судска пракса, ставови о накнади, стр. 183–184. Правни живот бр. 11/07, стр. 174

ром да је познато да је Европски суд за људска права у Стразбуру већ донео одлуке којима је признавао накнаду неимовинске штете правним лицима у предметима где је држава обавезана на новчану накнаду штете због повреде права на суђење у разумном року.[20]

У раду су изнети разлози који произлазе из најновијих ставова у теорији и упоредном праву, као и праксе Европског суда за људска права у Стразбуру, који упућују на то да је једино основан онај закључак који води ка томе да се у Грађански законик Србије, на коме се сада ради, унесу одредбе којима ће се установити право правних лица на нематеријалну штету због повреде угледа.

Доказ основаности изведеног закључка налазимо у чињеници да је комисија за израду Грађанског законика Србије већ предложила проширење појма нематеријалне штете на следећи начин:

Дефиниција штете

У том смислу могући су различити приступи:

– наставити постојећи текст члана 155. ЗОО и после речи: „психичког бола или страха“, додати речи: „као и повреда угледа правног лица“ (Облигацијски законик Словеније, члан 132);

– додати речи: „као и повреда права личности“ (Закон о обавезним односима Хрватске, члан 106);

– додати речи: „него и повреда сваког законитог интереса, као и повреде права личности“ (Скица, члан 124).[21]

Закључна разматрања

Закон о облигационим односима из 1978. године прихватио је субјективну концепцију неимовинске штете.

Лице које повреди жиг или право из пријаве одговара за штету по општим правилима о накнади штете из Закона о облигационим односима, а одговорност за штету због повреде жига не искључује одговорност за дело нелојалне конкуренције.

Међутим, ако је повреда жига учињена намерно, тужилац може од туженог, уместо накнаде имовинске штете, захтевати накнаду до троструког износа уобичајене лиценцне накнаде коју би примио за коришћење жига, чиме је знатно пооштрена одговорност у случају намерног

[20] Вера Марковић, Нематеријална штета правног лица-пословни улед-лично право коме треба установити заштиту, Правни живот бр. 11–08, стр. 661–662.

[21] Предлог комисије за израду Грађанског законика, Правни живот бр. 11/07 стр. 171. и рад на изради Грађанског законика Републике Србије, Београд, новембар 2007, стр. 171.

проузроковања штете, односно у случају намерне повреде жига, јер се уводи могућност вишеструког увећања обима накнаде, што представља и одступање од општег правила о потпуној накнади из чл. 190. и 191. Закона о облигационим односима, али има и казнени карактер за туженог, а карактер сатисфакције за тужиоца. А у делу који превазилази износ уобичајене лиценцне накнаде коју би примио за коришћење жига ова накнада у суштини представља и својеврстан вид новчане накнаде нематеријалне – неимовинске штете.

У судској пракси превладава став о непризнавању нематеријалне штете због нарушавања пословног угледа предузећа услед повреде права на жиг, уз образложење да новчана накнада нематеријалне (моралне) штете коју потражује правно лице (привредни субјекат) не ужива судску заштиту, јер се видови нематеријалне штете (претрпљени бол, страх и др.) могу досуђивати само физичким лицима. При томе, признаје се да и правно лице има углед, дакле једно од најважнијих права личности, али се примењује субјективна концепција нематеријалне штете, према којој се видови нематеријалне штете испољавају кроз психичке доживљаје својствене искључиво физичким лицима – дакле као страх, физички бол или душевне патње.

Међутим, у судској пракси постоје и супротна правна схватања, према којим за повреду заштићеног робног жига тужилац има право и на накнаду нематеријалне штете, која представља сатисфакцију због повреде коју је претрпео. И у случају нелојалне конкуренције неовлашћеном употребом робног жига, у судској пракси постоји став да суд може да обавеже туженог на плаћање нематеријалне штете по својој оцени, и таква накнада има симболичан карактер. При томе, висину нематеријалне штете коју је претрпело правно лице, суд је утврђивао по слободној оцени.

Најприхватљивијим ставом у најновијој теоријској расправи спорног питања налазимо у идеји да преиспитивање става Врховног суда Србије, да правно лице нема право на новчану накнаду нематеријалне штете због повреде пословног угледа, не би било целисходно јер би исто довело до истоветног, већ изнесеног резултата. Због тога би било целисходније да се у будући грађански законик унесу одредбе о установљењу права правних лица на заштиту пословног угледа и право на накнаду нематеријалне штете. Ово због тога што су неке бивше републике СФРЈ, које су се осамосталиле, такве измене унеле у свој Закон о облигационим односима, као што је случај са Словенијом и Хрватском. Ово је потребно учинити и због хармонизације нашег права са правом Европске уније, с обзиром да је познато да је Европски суд за људска права у Стразбу-

ру већ донео одлуке којима је признавао накнаду неимовинске штете правним лицима у предметима где је држава обавезана на новчану накнаду штете због повреде права на суђење у разумном року.

PhD Miroslav Vrhovsek, Professor Emeritus, Business Academy, Novi Sad, Academic Advisor
PhD Vladimir Kozar, Judge, High Commercial Court

NON-PECUNIARY LOSS FLOWING FROM DAMAGE TO REPUTATION OF LEGAL ENTITY

SUMMARY

In judicial practice, the position of non-acceptance of compensation for non-pecuniary loss flowing from damage to reputation of legal entity due to violation of trademark rights prevails, with an explanation that financial compensation of non-pecuniary loss does not enjoy judicial protection, because all forms of non-pecuniary loss could be awarded only to natural persons. At the same time, it is accepted that legal entities have reputation, but subjective conception of non-pecuniary loss is dominant, which means that forms of physical state, i.e. fear, physical and mental suffering are related only to natural persons.

However, in judicial practice there are opposite doctrines, and a plaintiff has the right to compensation of non-pecuniary loss because of violation of trademark rights. In case of unfair competition, the court can hold the defendant responsible to pay non-pecuniary loss in the symbolic amount. The court is free to assess for non-pecuniary loss.

In a new Serbian civil code it would be appropriate to introduce regulation on establishment of protection of reputation rights for legal entities and the right to compensation for non-pecuniary loss. Some of the ex-republic of SFRY changed their obligation acts, i.e. Slovenia and Croatia. This is also needed in order to harmonize our legislation with the EU legislation and with the practice of the European Court of Human Rights in Strasbourg. Namely, European Court, in its practice and rendered judgments, awarded compensation for non-pecuniary loss suffered by legal entities due to unreasonable length of proceedings.

Key words: reputation of legal entity, non-pecuniary loss flowing from damage to reputation of legal entity.

UDK 342.7 ; 341.231.14 ; 343.211.3(497.11)

Мр Анђела Стојановић
Београд

ЧЛАН 7. ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ ЗА ЗАШТИТУ ЉУДСКИХ ПРАВА И ОСНОВНИХ СЛОБОДА И КРИВИЧНО ЗАКОНОДАВСТВО СРБИЈЕ

САЖЕТАК

Члан 7. Конвенције се не односи само на забрану ретроактивне примене кривичног закона на штету оптуженог, заштита која се пружа њиме је нешто шира, и развија се кроз праксу Европског суда а људска права. Због знатног утицаја *common law*-а члан 7. се не може схватити на начин на који се начело законитости традиционално схвата у континенталном праву. Када је реч о нашем кривичном законодавству поводом испуњености стандарда које поставља Европска конвенција, као и стандарда који су се развили из праксе Суда, проблем кршења члана 7. Конвенције би се пре свега могао поставити у вези са аутономним појмом казне, и евентуално у вези захтева *lex certa*. До кршења начела забране ретроактивности би могло доћи и у примени кривичног права, и то вероватно не на неки директан начин, као на пример услед погрешне процене који је закон блажи за учиниоца, или можда кроз институт продуженог кривичног дела.

Кључне речи: Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, Европски суд за људска права, кривично законодавство Србије, забрана ретроактивности кривичног закона, начело законитости.

Општа питања

Начело забране ретроактивности представља једно од основних људских права, као и један од основних принципа кривичног права, путем којег се обезбеђује да кривично дело, односно кривична санкција делује искључиво за будућност. Овај принцип је предвиђен чланом 7. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту Конвенција):

1. Нико се не може сматрати кривим за кривично дело извршено чињењем или нечињењем које, у време када је извршено, није представљало кривично дело према унутрашњем или међународном праву. Исто тако, не може се изрећи строжа казна од оне која је била прописана у време када је кривично дело извршено.

2. Овај члан не утиче на суђење и кажњавање неког лица за чињење или нечињење које се у време извршења сматрало криминалним према општим правним начелима признатим од стране цивилизованих народа.[1]

Појмови који су садржани у члану 7. се кроз праксу Европског суда за људска права даље разјашњавају и дефинише се њихова садржина, и у његовим одлукама су заузети различити начелни ставови којима се даље проширују права која су садржана у члану 7. Конвенције.

Забрана ретроактивности кривичног закона представља најважнији сегмент начела законитости[2], и када се говори о начелу законитости обично се пре свега мисли на забрану повратног дејства кривичног закона. Члан 7. Конвенције се зато међу ауторима често ословљава као „забрана ретроактивности кривичног закона“[3] мада се и у том случају тиме обухватају и други сегменти начела законитости које обухвата члан 7. Конвенције. Такође се користи и термин „нема казне без закона“[4], као и латинска формулација којом се начело законитости уобичајено изражава

[1] На значај захтева за предвиђеношћу законом указује и чињеница да је садржан и у другим члановима Конвенције, у вези конкретних људских права која се њима штите, на пример у члану 5. став 1. се каже да: „нико не може лишити слободе осим у наведеним случајевима, а у сагласности са поступком прописаним законом“, у члану 8. став 2: „Јавне власти се неће мешати у вршење овог права сем ако то није у складу са законом“, члану 9. став 2: „слобода исповедања вере или убеђења може бити подвргнута само оним ограничењима која су прописана законом“, у члану 10. став 2: „пошто коришћење ових слобода за собом повлачи дужности и одговорности, оно се може подвргнути формалностима, условима, ограничењима или казнама прописаним законом“, као и у члану 2. став 1. Конвенције се каже да: „нико не може бити намерно лишен живота, сем приликом извршења пресуде суда којом је осуђен за злочин за који је ова казна предвиђена законом“ (мада је овај изузетак у потпуности изгубио значај након усвајања Протокола бр. 13. којим је у потпуности укинута смртна казна).

[2] З. Стојановић, Начело законитости у кривичном законодавству Србије и Црне Горе и Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода. У: *Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода и кривично законодавство Србије и Црне Горе*, Златибор, 2004, стр. 105.

[3] D. Gomien, D. Harris, L. Zwaak, *Law and practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Council of Europe, Germany, 1996, p. 203; R. Smith, *Taxebook on International Human Rights*, Oxford University Press, London, 2007, p. 239.

[4] S. Greer, European *Convention on Human Rights: achievements, problems and prospects*, Cambridge University Press, 2006, p. 239.

„nullum crimen, nula poena sine lege“[5], и најзад, једноставно као „начело законитости“[6]. Међутим, због природе Европског суда за људска права, и тражења „средине“ између *common law* система и континенталног правног система, не може се једноставно рећи да је реч о начелу законитости у класичном смислу, бар не у смислу у којем се оно схвата у континенталном праву, уколико се пође од традиционалне поделе начела законитости. Иако су различити термини којим се ословљава члан 7. Конвенције такође примерени, због специфичности у систему заштите Европског суда за људска права (у даљем тексту Суд), члан 7. Конвенције, и поред тога што пружа нешто већу заштиту, можда се ипак првенствено може повезати са начелом забране ретроактивности кривичног закона, будући да је реч о заштити која је нешто другачија од оне која произлази из начела законитости, како се оно најчешће схвата у континенталном праву. Такође је значајно и да повреда било којег од других сегмената начела законитости може довести и до повреде начела забране ретроактивности кривичног закона. Осим тога, ни међу ауторима не постоји дефинитивна сагласност поводом садржине начела законитости, она додуше постоји у вези два њена основна дела, то јест да се оно поистовећује са максимом *nullum crimen, nula poena sine lege*, међутим када је реч о појединим сегментима, присутна су различита гледишта.[7]

Начело законитости је у савременим правним системима подигнуто на ранг уставног начела. Тако је и у нашем праву, члан 34. Устава Републике Србије од 2006. године (који иначе носи назив „правна сигурност у казненом праву“) предвиђа да се: „нико не може огласити кривим за дело које, пре него што је учињено, законом или другим прописом заснованим на закону није било предвиђено као кажњиво, нити му се може изрећи казна која за то дело није била предвиђена. Казне се одређују према пропису који је важио у време кад је дело учињено, изузев кад је каснији пропис повољнији за учиниоца. Кривична дела и кривичне санкције одређују се законом“.[8] Ова одредба се односи на сва три деликта казненог права у ширем смислу – кривично дело, привредни преступ и прекршај. [9]

---

[5] K. Ambos, Nulla poena sine lege in International Criminal Law. In: *Sentencing and sanctioning in supranational Criminal Law*, Antwerp-Oxford, 2002, p. 17.

[6] M. Delmas-Marty, *The European Convention for the Protection of Human Rights – International Protection Versus National Rectrictions,* Martinus Nijhoff Publishers, 1992, p. 323.

[7] P. Westen, Two rules of legality in Criminal Law, *Law and Philosophy*, Vol. 26(3), 2007, Michigan Law, p. 232.

[8] Службени гласник РС, бр. 98/2006.

[9] З. Стојановић, op. cit., стр. 110.

У члану 1. Кривичног законика РС се каже да: „никоме не може бити изречена казна или друга кривична санкција за дело које пре него што је учињено законом није било одређено као кривично дело, нити му се може изрећи казна или друга кривична санкција која законом није била прописана пре него што је кривично дело учињено".[10] Само начело законитости је у нашем кривичном праву формулисано на мање-више уобичајен начин. Кршење члана 7. став 1. Конвенције, и то *in abstracto*, представља скоро немогућу ситуацију на данашњем степену развоја права (недоумице би могле постојати једино у односу на захтев да закон мора бити у што је могуће вишем степену одређен и прецизан, мада ипак треба имати у виду да је реч о донекле релативном критеријуму). Један од ретких примера кршења члана 7. Конвенције *in abstracto* би био члан 117. Став 2. Кривичног законика за Гренланд од 1954. године, којим је пренет ауторитет за доношење закона којим се прописују одређене кривичне санкције са парламента на органе управе.[11] Дакле, у вези поштовања члана 7. Конвенције потребно је испитати да ли је ово начело дословно спроведено у нашем кривичном законодавству као и у пракси. Иначе, члан 10. нашег Кривичног законика би можда могао да асоцира на одступање од начела законитости. Њиме су регулисани посебни услови за кривично гоњење за кривично дело учињено у иностранству, у ставу 3. се предвиђа да „у случају из члана 9. став 2. овог законика, ако је у питању дело које је у време када је извршено сматрано кривичним делом према општим правним начелима признатим у међународном праву, гоњење се може предузети у Србији по одобрењу републичког јавног тужиоца, без обзира на закон земље у којој је кривично дело учињено". Међутим, овде није реч о одступању од начела законитости, јер се у односу на странца који је у иностранству учинио кривично дело према странцу или страној држави, примењује наше кривично право а не општа правна начела призната од стране међународне заједнице. Ова одредба никада није примењена у нашој судској пракси.[12] Постоје и схватања да овакве одредбе у кривичним законодавствима иду у прилог непосредној примени међународног права, без обзира на њихову трансформацију у домаћем праву.[13] Међутим, општа правна начела призната од стране просвећених народа нису примерена у области кривичног права, тј. представљају извор

[10] Службени гласник РС, бр. 85/05, 88/05 (испр.) и 107/05 (испр.).

[11] Институт за упоредно право: *Кривични законик за Гренланд од 5. марта 1954. године*, Серија Е, бр. 9, Београд, 1957, стр. 74, члан 117.

[12] З. Стојановић, op. cit., стр. 113.

[13] В. Камбовски, Међународно казнено право у заштити људских слобода и права. У: *Међународно кривично право и људске слободе*, Тара, 2008, стр. 25.

међународног права који не може пружити прецизно одређена кривична дела и казне.

Начело законитости се састоји из два дела, први део се односи на прописивање неког понашања као кривичног дела (*nullum crimen sine lege)* и другог дела, према којем казна, да би могла бити примењена, мора претходно бити прописана законом (*nulla poena sine lege*). Начело законитости се састоји и из четири сегмента: *nulla poena sine lege scripta* који искључује примену неписаног права, *nulla poena sine lege previa* који садржи забрану ретроактивне примене кривичног закона, *nulla poena sine lege certa* који садржи захтев да закон мора бити у што је могуће вишем степену одређен и прецизан и *nulla poena sine lege stricta* који садржи забрану стварања права путем аналогије. Ови сегменти се односе на оба дела начела законитости, дакле како на *nullum crimen sine lege* тако и на *nulla poena sine lege*.[14]

Lex scripta

Из праксе Суда се може закључити да недостаје сегмент *lex scripta*, дакле не постоји захтев за постојањем писаног права у облику закона, јер се под појмом „права" за сврхе Конвенције подразумева како писано, тако и неписано право,[15] што представља логичну последицу чињенице да се Европски суд суочава како са земљама континенталног правног система, тако и са *common law* земљама.

Lex praevia

Када је реч о начелу забране ретроактивности, случајеви његовог кршења нису забележени у нашој пракси, то јест може се рећи да се оно у нашем праву поштује. Евентуално би се могли јавити проблеми у вези са питањем који је закон блажи за учиниоца.[16] Иначе, према правилу је блажи онај закон који доводи до повољнијег положаја окривљеног, довољно је да пружа могућност примене неке погодности коју нема ранији закон и да у вези осталих мера она има одлучујући значај, а када је реч о законском минимуму и максимуму казне, требало би прихватити схватање да превагу има минимум казне, јер представља одлучујућу погодност за окривљеног, а максимум казне може само изузетно бити ори-

[14] З. Стојановић, op. cit., стр. 105.

[15] Случај *Sunday Times v. UK*, пресуда од 26. априла 1979, године, Series A, No. 30, представка бр. 6538/74, par. 47.

[16] З. Стојановић, op. cit., стр. 110.

јентир у оцени блажег закона (тј. блажи је закон који прописује мањи минимум, без обзира на то што има већи максимум казне).[17]

У пракси Суда су случајеви директног кршења начела забране ретроактивности права реткост. Као што се може приметити из праксе Суда, продужено кривично дело може бити пут за посредно кршење начела забране ретроактивности закона, под условом да се радње извршења временски простиру за време важења два различита закона. Продужено кривично дело се састоји из више повезаних кривичних дела истоветног и истоврсног бића, која су управљена према истом објекту и између којих постоји временски континуитет. У нашем праву преовлађује схватање да треба применити нови закон. Према једном делу наше раније судске праксе, примениће се нови закон чак и у случају да је он строжи по учиниоца, али само под условом да делатност оптуженог садржи законска обележја како ранијег, тако и новог законског прописа.[18] Два случаја из праксе Суда, у којима је утврђено кршење члана 7. Конвенције, односила су се на ретроактивну примену новог закона на радње које су предузете за време важења старог закона, којим уопште није била предвиђена кривична одговорност за дело у питању,[19] тако да још увек није јасно какав би био став Суда у случају ретроактивне примене строже казне на радње које улазе у састав продуженог кривичног дела, а које су предузете за време важења старог закона који је предвиђао блажу казну за исто дело.

Lex stricta

Када је реч о сегменту начела законитости *lex stricta,* то јест забрани стварања нових кривичних дела путем аналогије може се такође рећи да се и овај сегмент поштује у нашем праву. Нашој судској пракси се не би могло пребацити да користи креативну аналогију.[20] Међутим, из праксе Суда није сасвим јасно да ли је овај сегмент начела законитости обухваћен, јер према ставу Суда члан 7. Конвенције обухвата принцип да се „кривично право се не сме екстензивно тумачити на штету оптуженог, као на пример путем аналогије".[21] Из овога се може закључити да Суд не

[17] Т. Делибашић, op. cit., стр. 143.

[18] Ibid., стр. 46–47.

[19] Случај *Weeber v. Estonia,* пресуда од 21. јануара 2003, представка бр. 45771/99, EHCR 2003-I; Случај *Puhk v. Estonia*, пресуда од 10. фебруара 2004, представка бр. 55103/00 (Sect. 4).

[20] З. Стојановић, op. cit., стр. 110.

[21] Случај *Kokkinakis v. Greece*, пресуда од 25. маја 1995, Series A, No. 260-A, представка бр. 14307/88, par. 52.

схвата *lex stricta* као сегмент начела законитости на начин на који се он уобичајено схвата у континенталном праву, тако да је и овде *common law* имао свој утицај. Јер, у континенталном праву је забрањено стварање права путем аналогије, тако да се један закон примењује на сличне ситуације које тим законом нису покривене, за разлику од тумачења путем аналогије које остаје у оквиру законске норме и не представља повреду начела законитости.[22] Тумачење путем аналогије којом се не ствара право дозвољено је у нашем праву (па чак и на штету оптуженог), као и у осталим земљама континенталног правног система. Тумачење путем аналогије представља врсту логичког тумачења, које подразумева закључивање од сличног ка сличном, с тим да такође треба имати у виду да оно не представља врсту екстензивног тумачења (што се може закључити из става Суда). Екстензивно тумачење се бави одређивањем садржине појединих појмова, мада се приликом екстензивног тумачења, проширивањем значења неког појма могу обухватити и слични случајеви на које се тај појам односи.[23] Стриктно говорећи аналогија путем које су створена нова кривична дела не представља метод тумачења права, већ погрешну примену права на понашање које није покривено правом.[24]

Међутим, иако се у пракси Суда не спомиње креативна аналогија, већ аналогија која према ставу Суда представља облик екстензивног тумачења, ипак сматрамо да ово питање и није од практичног значаја, будући да ће у случају примене креативне аналогије којом се ствара ново правило бити повређено начело забране ретроактивности кривичног закона, то јест забраном ретроактивности кривичног закона је обухваћена креативна аналогија. Иначе, у једном случају из праксе Суда[25] је утврђено кршење члана 7. Конвенције, у односу на једног од подносилаца представке јер је у односу на њега изречена казна затвора, која се према тексту закона може изрећи само у односу на лица која су уредници, док је за лица која су издавачи, као и подносилац представке, законом предвиђено да могу бити кажњена искључиво новчаном казном. Може се закључити да је у овом случају ипак реч о креативној аналогији, будући да је на подносиоца представке примењена казна која је за исто дело предвиђена за уредника, дакле да је реч о ситуацији где се ствара нова кривична санкција. Ипак, Суд је сматрао да је реч о екстензивном тумачењу путем аналогије.

---

[22] З. Стојановић, *Коментар кривичног законика*, Београд, 2006, стр. 28.

[23] З. Стојановић, *Кривично право, Општи део*, Београд, 2006, стр. 64.

[24] R. Haveman, op. cit., p. 47.

[25] Случај *Ba kaya and Okçuo lu v. Turkey*, пресуда од 8. јула 1999, представка бр. 23536/94, 24408/94, ECHR 1999-IV.

Један случај из праксе Суда отвара сумњу у вези принципа стриктног тумачења у корист оптуженог, у којем је између осталог, било спорно тумачење појма геноцида.[26] Суд је указао да је истина да многи теоретичари дају предност уском тумачењу кривичног дела геноцида, међутим тумачење „намере да се уништи група" од стране немачких судова, која не захтева искључиво физичко уништење групе, тј. широко тумачење кривичног дела геноцида је такође заступљено у правној науци. Суд је сматрао да је подносилац представке, могао разумно предвидети да је у опасности да буде осуђен за кривично дело геноцида, као и да су домаћи судови имали право да одлуче које тумачење кривичног дела геноцида желе да усвоје. Дакле, у овом случају није било релевантно да ли овакво тумачење иде на штету подносиоца представке. Могло би се можда закључити да је Суд водио рачуна о чињеници да је у континенталном правном систему дозвољено екстензивно тумачење на штету оптуженог.

Lex certa

Када је реч о захтеву за одређеношћу може се пре свега приметити да је реч о донекле релативном критеријуму, често је тешко направити границу између одређених и неодређених закона. Ово начело није доследно спроведено у нашем законодавству, јер постоје одредбе за које се може рећи да су недовољно одређене.[27] Не само да у нашем праву постоје неодређени закони, већ законодавац наставља да усваја неодређене норме. На пример, Законом о изменама и допунама кривичног законика од 2009. године је измењен члан 336. Кривичног законика, тако да се осим силе и претње кривично дело спречавања и ометања доказивања радња извршења може извршити „или другим обликом принуде"[28], ова норма није довољно јасна будући да је у кривичном праву (и у теорији и у пракси) неспорно да су облици принуде само сила (апсолутна и компулзивна) и претња, а не нешто треће. Истим законом је, на пример, члану 45. Кривичног законика придодат став 6. којим се регулише кућни притвор и који предвиђа да ако осуђено лице „једном у трајању до дванаест часова или два пута у трајању до шест часова самовољно напусти

[26] Случај *Jorgic v. Germany*, пресуда од 12. јула 2007, представка бр. 74613/01 (Sect. 5*)*, ECHR 2007.

[27] З. Стојановић, Начело законитости у кривичном законодавству Србије и Црне Горе и Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода. У: *Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода и кривично законодавство Србије и Црне Горе*, Златибор, 2004, стр. 111.

[28] Службени гласник РС, бр. 72\09.

просторије у којима станује, суд ће одредити да остатак казне издржава у затвору". Дакле, овде није јасно шта у случају да лице три пута напусти просторије или на пример једном у трајању од тринаест часова? Проблем би се могао решити логичким тумачењем, али је законодавац без потребе неразумљиво дефинисао одредбу, иако је могао да се изрази једноставно и прецизно (вероватно: „а који једном у трајању преко шест часова", и „или више пута у трајању до шест часова").

Ипак, уколико се узме у обзир пракса Суда, чини се да одредба кривичног закона може бити и врло неодређена а да Суд ипак не утврди кршење члана 7. Конвенције. Тако на пример Суд у случају Кокинакис против Грчке[29] није утврдио кршење у пракси установљеног захтева да „кривичне одредбе морају бити у довољној мери прецизне и јасне", иако је била реч о законској одредби која на први поглед изразито неодређена.[30] Може се претпоставити да је Суд оклевао да окарактерише закон неке земље као неодређен. Ипак, у једном случају из новије праксе Суда, утврђено је кршење захтева lex certa.[31] Подносилац представке се жалио на неразумљивост права на основу којег је осуђен за кривично дело злоупотребе службеног положаја, а Суд је приликом анализе члана 161. Кривичног законика, на основу којег је подносилац представке осуђен, нашао да појам „проузроковања значајне штете" представља битан елемент кривичног дела злоупотребе службеног положаја, и да подносилац представке није могао разумно да предвиди да ће његова дела проузроковати значајну штету, а пракса домаћих судова према његовом мишљењу није разјаснила значење појма значајне штете.

Значај праксе домаћих судова

Једна од специфичности Суда јесте да, приликом испитивања да ли је дошло до повреде члана 7. Конвенције, испитује и постојаност судске праксе, у смислу да ли је могла појединцу да учини разумно предвидљивом осуду за одређено кривично дело и казну, што опет представља после-

[29] Случај *Kokkinakis v. Greece*, пресуда од 25. маја 1995, Series A, No. 260-A, представка бр. 14307/88.

[30] Наиме, била је спорна законска дефиниција кривичног дела прозелитизма у грчком праву, у одељку 4. Закона бр. 1363/1938. се под прозелитизмом подразумева „нарочито било који директан или индиректан покушај наметања у односу на религијска веровања особе другачијих верских убеђења, са циљем подривања тих веровања, било путем било какве врсте подстицања или обећања подстицања или моралне подршке или материјалне помоћи или путем непоштених средстава или стицањем предности због неискуства особе у питању, њеног поверења, ниског интелекта или наивности".

[31] Случај *Liivik v. Estonia*, пресуда од 25. јуна 2009, /05, (Sect. 5).

дицу утицаја *common law-a*. С тим у вези су значајна два става Суда: „многи закони нису апсолутно прецизни. Због потребе да се избегне претерана ригидност и како би се омогућило прилагођавање променљивим околностима, многи закони су руковођени терминима који су у мањој или већој мери неодређени. Тумачење и примена оваквих закона зависи од судске праксе“[32], и схватање да: „колико год да је јасна нека одредба у било којем систему права, укључујући и кривично право, увек ће постојати неизбежан елемент судског тумачења. Члан 7. Конвенције се не може тумачити у смислу онемогућавања постепеног разјашњавања правила кривичне одговорности, кроз судско тумачење од случаја до случаја, под условом да је резултат развоја у складу са суштином кривичног дела и да је могао бити разумно предвидљив“.[33] У принципу, оба става упућују на судску праксу, с тим да се први односи на постојећу праксу поводом закона у којима се употребљавају поједини неодређени термини, па се у том смислу испитује пракса домаћих судова, а нарочито да ли је она била постојана, тј. да ли је појединац из постојеће праксе могао да закључи шта је обухваћено таквим „појединим“ неодређеним терминима. Може се рећи да је испитивање домаће судске праксе у овом смислу у пракси Суда често имало неку форму ублажавања сегмента *lex certa*. Други став Суда упућује на оправданост развоја судске праксе, односно постепено одступање судске праксе од постојећег права, под условом да је такав развој био „разумно предвидив“, који је посебно био актуелан у случајевима који потичу из *common law* земље, мада се може рећи да у овим случајевима није било речи о „разумно предвидивом“ развоју права, већ о прецеденту.[34]

Интересантно је да је Суд установио и критеријум тзв. „погрешне праксе“. У ситуацијама где је установљена пракса погрешна, она ипак неће бити релевантан моменат у процени да ли је дошло до кршења члана 7. Конвенције, било зато што је подносилац представке учествовао у креирању такве погрешне праксе[35], било да је поступао у складу са погре-

[32] Случај *Kokkinakis v. Greece*, пресуда од 25. маја 1995, Series A, No. 260-A, представка бр. 14307/88, par. 40.

[33] Случај *Radio France and others v. France*, пресуда од 30. марта 2004, представка бр. 53984/00 (Sect. 2), ECHR, par 20; Случај *S.W. v. UK*, пресуда од 22. новембра 1995, Series A, No. 335-C, представка бр. 20166/92, par. 36; Случај *C. R. v. UK*, пресуда од 22. новембра 1995, Series A, No. 355-C, представка бр. 20166/9, par. 34.

[34] Случај *S.W. v. UK*, пресуда од 22. новембра 1995, Series A, No. 335-C, представка бр. 20166/92; Случај *C. R. v. UK*, пресуда од 22. новембра 1995, Series A, No. 355-C, представка бр. 20166/9.

[35] Случај *Strelez, Kessler and Krenz v. Germany*, пресуда од 22. марта 2001, [GC], представка бр. 34044/96, 35532/97, 44801/98, ECHR 2001-II.

шном праксом установљеном од стране овлашћених органа.[36] Ипак треба имати на уму да су се ови случајеви тицали једне сасвим специфичне ситуације.

Аутономни појам казне

У светлу праксе Европског суда за људска права (пре свега су значајни случај Џамил против Француске и случај Велч против Уједињеног Краљевства[37], у којима је установљен аутономни појам казне) можда би се могло поставити питање да ли се начело законитости, може односити и на кривичноправне мере које формално не представљају кривичне санкције у нашем праву, али које у знатној мери погађају учиниоца кривичног дела, какав је случај пре свега са правним последицама осуде и одузимањем имовинске користи.

Уколико се има у виду аутономни појам казне за сврхе члана 7. Конвенције, када је реч о правним последицама осуде, логично, реч је о мери која представља последицу осуде за кривично дело, што иначе представља основни критеријум у процени да ли је реч о казни за сврхе члана 7. Конвенције. Правне последице осуде наступају по сили закона код осуде за одређена кривична дела или на одређене казне, дакле први и најбитнији критеријум је испуњен. Остали критеријуми могу бити релевантни, али не и одлучујући сами по себи. Када је реч о критеријуму класификације у домаћем праву, као што је речено, оне у домаћем праву нису класификоване као кривичне санкције. Следећи критеријум је природа и сврха мере, која је пре свега превентивна, односно циљ је отклањање опасних ситуација из којих може проистећи поновно вршење кривичних дела, међутим са друге стране оне могу погодити учиниоца кривичног дела више него казна, због чега постоји спор око њихове правне природе, пре свега око питања да ли су ближе казни или мерама безбедности.[38] Може се приметити да постоји могућност да Суд у случају ретроактивне примене правних последица осуде, ипак дође до закључка да јесте реч о казни за сврхе члана 7. Конвенције.

Одузимање имовинске користи такође не представља кривичну санкцију у нашем праву, већ *sui generis* меру регулисану у посебној глави КЗ.

---

[36] ECHR 2001-II, par. 73*;* Случај *K.-H. W v. Germany*, пресуда од 22. марта 2001. године, [GC], представка бр. 37201/97, ECHR 2001-II.

[37] Случај *Welch v. UK*, пресуда од 9. фебруара 1995, *Series A, No. 307-A*, представка бр. 17440/90, Paras 25–28; Случај *Jamil v. France*, пресуда од 8. јуна 1995, Series A 320, представка бр. 15197/89, par. 31.

[38] З. Стојановић, *Коментар кривичног законика*, Београд, 2006, стр. 286.

У члану 91. став 1. КЗ РС се каже: „Нико не може задржати имовинску корист прибављену кривичним делом“, тј. одузимање имовинске користи која је прибављена кривичним делом је обавезно. Корист се одузима судском одлуком којом је утврђено да је кривично дело учињено. Дакле, реч је такође о мери која представља последицу осуде за кривично дело. Одузимање имовинске користи представља у нашем праву специфичну кривичноправну меру која је и имовинскоправног карактера и која има за циљ успостављање пређашњег стања.[39] Међутим, и оваква мера може у знатној мери погодити учиниоца кривичног дела. Закон о одузимању имовинске користи, проистекле из кривичног дела од 2008. године, још је неповољнији, будући да се њиме предвиђа одузимање имовине која је у очигледној несразмери са законитим приходима окривљеног, сведока сарадника или чак оставиоца, (тачније власника имовине проистекле из кривичног дела). Предвиђа се могућност одузимања имовине која не мора бити у вези са кривичним делом, с тим да могућност одузимања имовине није временски ограничена. Дакле, ова мера може бити примењена чак и у односу на лице које није осуђено за одређено кривично дело. Сматрамо да би мера из поменутог закона свакако представљала казну за сврхе члана 7. Конвенције. Јер, на пример у случају Велч против Уједињеног Краљевства, Суд је тврдећи да је реч о казни указао да за меру која је изречена у односу на подносиоца представке, важи претпоставка да сва имовина која је прошла кроз руке учиниоца у протеклих шест година представља производ трговине опојним дрогама, а у нашем Закону о одузимању имовинске користи проистекле из кривичног дела, не постоји чак ни поменуто временско ограничење. Такође, мера из поменутог случаја је усмерена на целокупну имовину учиниоца, то јест не на стварно стицање профита, а у нашем Закону је осим тога управљена и на имовину окривљеног, сведока сарадника или оставиоца. Основна разлика у односу на случај Велч против Уједињеног Краљевства јесте чињеница да оваква мера уопште не мора представљати последицу осуде за кривично дело (као и да судија приликом утврђивања висине износа не узима у обзир степен кривице оптуженог, и да се у случају неуспеха исплате утврђене суме повећава изречена казна затвора). Иако је поменути критеријум, то јест да је изречена мера последица осуде за кривично дело одлучујући у оцени да ли је реч о казни, ипак би њена ретроактивна примена требала да представља кршење члана 7. Конвенције (то јест да представља казну за сврхе члана 7. Конвенције).

[39] Ibid., стр. 283.

Ретроактивна примена новијег, строжег закона

Питање застарелости је представљало посебан проблем у пракси Суда. У нашем праву је ретроактивна примена новог кривичног закона којим се регулише питање застарелости обавезна ако је тај закон блажи по учиниоца, то јест ако предвиђа краће рокове застарелости, а ретроактивна примена блажег закона је ирелевантна уколико застарелост још није наступила ни према старом закону, дакле води се рачуна и о осталим одредбама закона који могу представљати повољност за окривљеног, а које се не морају односити само на кривично дело и казну.[40] Дакле, искључена је могућност ретроактивне примене закона којим се продужавају рокови застарелости, то јест строжег закона, ако је реч о делу које је по старом закону већ застарело, без обзира на правну природу института застарелости. Ту би била реч о свршено наступелој застарелости коју затиче нови закон, па би било неправично и строже по окривљеног ако би се укинула застарелост која је већ наступила и оживели већ протекли рокови.[41]

У складу са одредбама нашег Кривичног законика о временском важењу кривичног законодавства, у случају измене закона након извршења кривичног дела, примениће се закон који је најблажи за учиниоца. У вези с тим би се могло рећи да би чланом 7. Конвенције требало обухватити заштиту која се не мора односити искључиво на кривично дело и казну, већ и на ретроактивну примену новијег, строжег закона (који се може односити на шире питање кажњавања, као што је то на пример случај са повратом), ако не након извршења, онда бар у време извршења кривичног дела.

Члан 7. став 2. Конвенције

Осим изузетка којим се дозвољава ретроактивна примена блажег закона и који је опште прихваћен у савременом кривичном законодавству, у члану 7. став 2. је предвиђен додатни изузетак од начела забране ретроактивности. Уколико се погледа текст става 2, он се може учинити сувишним у односу на члан 7. став 1. Конвенције, то јест да је став 2. обухваћен ставом 1. и да самим тим не може имати форму изузетка у односу на став 1. Конвенције. Јер, у ставу 1. члана 7. Конвенције као услов за остварење права на забрану ретроактивне примене кривичног закона се поставља захтев да није реч о делу које је представљало кривично дело у време извршења ни према домаћем ни према међународном праву. Као што је познато општа правна начела призната од стране цивилизованих народа према члану 38.

[40] Д. Николић, op. cit., стр. 248–251.

[41] Т. Делибашић, op. cit., стр. 117.

став 1. Статута Међународног суда правде представљају један од главних формалних извора међународног права. Међутим овде је реч о изузетку пре свега у погледу принципа *nulla poena sine lege*, јер се омогућава кажњавање које је у сагласности са извором који по логици ствари не може да пружи одређену казну. Када је реч о принципу *nullum crimen sine lege*, прави се извесна терминолошка разлика јер се у члану 7. став 1. користи термин кривичног дела (*criminal offence*), док се у члану 7. став 2 користи термин криминално (*criminal*) који се односи на чињење или пропуштање.

Предвиђени изузетак се према *travaux preparatoires* односи на врло изузетне околности које су постојале након II светског рата. Наиме, према припремним радовима Конвенције, члан 7. Конвенције не утиче на право које је у врло изузетним околностима донето након II светског рата како би се казнили ратни злочини, издаја или сарадња са непријатељем, и ни на који начин овој одредби није циљ да пружи правну или моралну осуду таквог права. Овакво образложење је према мишљењу Комисије применљиво и у односу на злочине против човечности.[42] Суд је у својој пракси био врло обазрив у вези примене члана 7. став 2. Конвенције, исто као што је био обазрив и у вези евентуалне констатације да је реч о понашању које је у време извршења представљало кривично дело према међународном праву, како је предвиђено у члану 7. став 1. Конвенције. Може се рећи да Суд никада није експлицитно у својој пракси применио ову одредбу, чак ни у случајевима где би према припремним радовима Конвенције примена изузетка била адекватна.

Завршне напомене

Може се закључити да кривично законодавство Србије начелно испуњава стандарде које поставља Европска конвенција, као и стандарде који су се развили из праксе Суда. Питање кршења члана 7. Конвенције би се пре свега могло можда поставити у вези са аутономним појмом казне, то јест Суд би могао утврдити да ретроактивна примена мере која у нашем праву није окарактерисана као кривична санкција, ипак представља казну за сврхе члана 7. Конвенције. Када је реч о захтеву *lex certa* ситуација је мање јасна будући да је реч о донекле релативном критеријуму. Иако у нашем законодавству постоје одредбе за које се може рећи да су недовољно одређене, треба имати у виду да је овај захтев пре свега управљен на законодавца, па је самим тим Суду било теже да

[42] Случај *Touvier v. France*, одлука о прихватљивости представке од 13. јануара 1997, представка бр. 29430/95.

окарактерише закон неке земље као неодређен. У скорашњој пракси Суда је забележен само један случај у којем је утврђено кршење овог принципа. До кршења начела забране ретроактивности би могло доћи пре свега у примени кривичног права, и то вероватно не на неки директан начин, већ услед погрешне процене који је закон блажи за учиниоца, или можда кроз институт продуженог кривичног дела.

Када је реч о захтеву Суда да је забрањено екстензивно тумачење на штету оптуженог, као на пример путем аналогије, остаће извесне недоумице у вези његове тачне садржине (да ли се мисли на тумачење путем аналогије којим се не ствара право, или на екстензивно тумачење који су у континенталном праву дозвољени, или се мисли на креативну аналогију која није допуштена), а оне нису решене кроз праксу Суда на један уопштен начин. Суд ће ово питање вероватно решавати од случаја до случаја кроз испитивање постојаности домаће судске праксе о спорном питању, то јест да ли је осуда за кривично дело била доступна и предвидљива за појединца, што је у суштини последица утицаја *common law*-а. И уопште гледано, Суд је приликом испитивања испуњености захтева из члана 7. Конвенције придавао велики значај домаћој судској пракси.

Такође, чланом 7. Конвенције би требало обухватити заштиту која се не мора односити искључиво на кривично дело и казну, већ и на ретроактивну примену новијег, строжег закона.

Anđela Stojanović, LLM

Art. 7 of The European Convention for Human Rights Protection and Basic Freedoms and Criminal Legislation of Serbia

SUMMARY

Article 7 of the Convention does not apply only to the prohibition of retrospective application of the criminal law to an accused's disadvantage, provided protection is slightly wider, and it is developed through practise of the European Court of Human Rights. However, because of the significant impact of the common law, Article 7 can not be understood in a way that the principle of legality is traditionally recognized in civil law. When it comes to our criminal legislation regarding compliance with standards set by the European Convention, and standards that have evolved from the practice of the Court, the issue of violation of Article 7 Convention could primarily occur in connection with the autonomous concept of punishment, and possibly lex certa. Violation of the principle of prohibition of retroactivity might occur in the application of criminal law, and probably not in a direct way, for example because of incorrect assessing of wich law is more favorable for the perpetrator, or possibly through the Institute of continued criminal acts.

Key words: European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, European Court of Human Rights, Serbian criminal legislation, prohibition of retroactivity, principle of legality.

ПРИКАЗИ

ВЕЉКО ГУБЕРИНА, „СВЕДОК ИСТОРИЈЕ“, књига IX (издавач – аутор, Београд 2009)

Пред нама је књига *Сведок историје*, познатог београдског адвоката Вељка Губерине, легенде југословенске адвокатуре. Ради се о деветој књизи аутобиографског садржаја. Књига је обимна (358 страна), лепо опремљена и са интересантним садржајем и лака за читање. Аутор је изложио актуелна збивања, како је сам навео, значајна за српски народ, обухваћајући збивања 2006, 2007. и 2008. године.

Из 2006. године аутор обрађује актуелну политичку ситуацију на основу својих дневника, посебно обрађујући питања значајна за цели српски народ и као најзначајније – проблем Косова и Метохије. Аутор износи хронологију догађаја на Космету током 2006. године и хронолошки, по датумима, наводи активности појединих личности и даје вредносну оцену о садржају њихових иступања у одбрани Косова и Метохије. Аутор предлаже шта би требало урадити у том правцу (стр. 21–23) а затим анализира политичке догађаје значајне за Србију и Црну Гору. Посебно истиче датум 11. март 2006, када је умро Слободан Милошевић, који је 28. јуна 2001. године изручен Хашком трибуналу. Милошевић је током процеса тужитељку Карлу дел Понте („изабране од стране Олбрајтове“) доводио не само у тешку ситуацију већ и у смешан положај, те је због тога „препуштала заменику да води тужбу“ (стр. 24). Аутор посебно наглашава годишњицу пада Крајине и парастос у храму Светог Марка посвећен настрадалом народу у „Олуји“, када је Туђман остварио оно што није могао да уради ни ратни злочинац Анте Павелић (стр. 39).

Трећи део књиге посвећен је Ђукановићу који је остварио план да Црна Гора постане независна! Аутор примећује да су „београдски“ Црногорци запрепашћени и осрамоћени.

У четвртом делу књиге аутор наводи да је 11. јануара 2006. код њега у посети био колега Гојко Рељић, некадашњи окружни тужилац у Задру. Рељић је после хрватске војно-полицијске акције „Олуја“ отишао у

Швајцарску, његова супруга је иначе Швајцаркиња, где сада живи и тамо је отворио биро за правне савете нашим грађанима.

Аутор надаље обрађује славе, информације о штампи и промоцијама, о умрлима – осврће се на рехабилитације осуђених због другачијег политичког мишљења.

Аутор се посебно осврће на Хаг и догађаје везане за суђења у Хагу.

У књизи су приказани и догађаји око предлога да Вељко Губерина буде изабран за члана Српске академије наука и уметности и његова преписка са појединим члановима академије.

Књига је илустрована и бројним фотографијама аутора из разних животних ситуација и догађаја.

На крају аутор наводи одређене личности за које држи да су својим животом и радом обележили време у којем су живели. Између осталих издваја др Владету Јеротића, др Ратка Ковачевића, др Василија Крестића, др Слободана Перовића, др Косту Чавошког и Саву Штрпца, оснивача Документационо-инофрмационог центра „Веритас“, иначе бившег судију Окружног суда у Задру и прогнаника из Хрватске након пада Крајине.

На самом крају, аутор се захваљује Богу што је успео да заврши своју девету књигу *Сведок историје* и што је дочекао 2009. годину. А ми кажемо: хвала Богу, још је жив и здрав и још увек ради и пише драгоцене поруке. Сматрали смо да ову књигу треба приказати члановима адвокатског реда, јер се заиста ради о колеги који је својим радом, како стручним тако и јавним иступима и политичким деловањем, дао снажан печат времену у којем је живео.

Још једном својим колегама искрено препоручујем ову књигу.

Др Недељко Јованчевић, адв.
Главни и одговорни уредник „Бранича“